

EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Maria Lubomira KUBICA

Dipòsit legal: Gi. 2076-2015
<http://hdl.handle.net/10803/328430>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.


**Universitat
de Girona**


Tesis doctoral

El riesgo y la responsabilidad objetiva

MARIA LUBOMIRA KUBICA

2015



**Universitat
de Girona**



Tesis doctoral

El riesgo y la responsabilidad objetiva

MARIA LUBOMIRA KUBICA

Programa de Doctorado: Turismo, Derecho y Empresa
Dirigida por Profesor Dr. MIQUEL MARTÍN CASALS
Memoria presentada para optar al título de Doctor/a de la
Universidad de Girona

2015

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
CAPÍTULO I. CUESTIONES PREVIAS.	18
Resumen	18
Resum	22
Abstract	26
Objetivos	29
Resultados	31
Metodología	35
Introducción	40
CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS Y TÉCNICAS DE DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	60
1. Fundamentos de la responsabilidad objetiva [o cómo se justifica su introducción.]	60
1.1 Una nueva realidad social.....	60
1.2 Riesgo abstracto e inevitable.	69
1.3 Riesgo concreto (<i>Konkrete Mangelgefahr</i>).	83
1.4 Correlación entre beneficio individual y riesgo (<i>ubi emolumentum ibi onus: ubi commodum ibi et incommodum o cuius commodum, eius damnum</i>).....	85
1.5 La idea de la comunidad de riesgo.	94
1.6 El interés general.	98
1.7. <i>Pro damnato</i>	100
1.8 La dificultad probatoria estructural de la víctima.....	104
2. Técnicas del desarrollo de la responsabilidad objetiva	107

2.1 Legislación.....	107
2.1.1 Modelo de enumeración de los supuestos individuales por la Ley.	107
2.1.1.1 Ventajas del llamado <i>enumerationsprinzip</i>	112
2.1.1.2 Desventajas del <i>enumerationsprinzip</i>	114
2.1.2 Cláusula general.	118
2.1.2.1 Ventajas de una cláusula general de la responsabilidad objetiva.	127
2.1.2.2 Desventajas de una cláusula general.	128
2.1.3 Fusión de dos modelos. Una cláusula general mejorada.	130
2.2 Jurisprudencia.	131
2.2.1 Analogía.....	131
2.2.1.1 Ventajas que trae la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva.	143
2.2.1.2 Desventajas que trae la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva.	145
2.2.2 Instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa.	147
CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA- CONCEPTO.....	161
Hacia un concepto de la responsabilidad objetiva- un continuo entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad absoluta.	161
1. Nociones procesales.	179
1.1 La nueva regulación de la carga de la prueba en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.....	179
1.2 Concepto y naturaleza de la carga de la prueba en la doctrina procesal tradicional y moderna. Cómo distintas teorías del proceso civil influyeron en la institución.	182
1.2.1 Aproximación al tema.	182
1.2.2 La carga de la prueba en el Derecho romano postclásico e Justiniano.	185
1.2.3 La carga de la prueba en el sistema primitivo germánico.	187
1.2.4 La doctrina de las negativas y su influencia en el posterior desarrollo del dogma de la carga de la prueba. Especial referencia a la carga subjetiva y objetiva de la prueba.	192
1.2.5 Las reglas romanas en el Código civil de Napoleón y su influencia sobre el art. 1312 del Código civil italiano.	196
1.2.6 Conclusiones de la parte histórica de la carga de la prueba.	198
1.2.7 Las teorías del proceso y su influencia sobre el dogma de la carga de la prueba.	200
1.2.8 Carga subjetiva y objetiva de la prueba.	204

1.2.9 El dogma de la carga de la prueba según la doctrina moderna. Conceptos con más influencia en la doctrina española.	207
1.2.10 Conclusiones.....	209
1.3 Principio de adquisición procesal.	211
1.4 Concepto de la carga de la prueba.	217
1.5 Reglas de distribución de la carga de la prueba.....	221
1.6 Inversión de la carga de la prueba.	228
1.6.1 La inversión legal.	232
1.6.1.1 Inversión legal directa.	233
1.6.1.2 Inversión legal a través de falsas presunciones.	235
1.6.1.3 Inversión legal a través de la presunción sensu stricto.....	238
1.6.2 La inversión judicial.	242
1.6.3 La inversión de la carga de la prueba convencional.	247
1.6.4 El riesgo como criterio de atribución de la carga de la prueba.....	250
2. Riesgo e instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa-transformación del concepto en la jurisprudencia. Caídas en los establecimientos abiertos al público como un ejemplo de ésta. Riesgo y omisión.	269
2.1 Caídas y la teoría del riesgo.....	269
2.2 Primera etapa.	285
2.3 Segunda etapa. Caídas en los establecimientos abiertos al público, un típico supuesto en el que no aplica la “inversión de la carga de la prueba”.	291
2.4 Omisión y su “morfología dogmática”.	316
2.5 Tercera etapa.....	334
2.6 Líneas jurisprudenciales minoritarias. Aplicación de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios.	343
2.7 Creación y control de una situación de peligro como una de las fuentes de los deberes jurídicos de actuar en casos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público.	347
CAPÍTULO IV. SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	360
I.Supuestos especiales del Código Civil.	360
1. Art. 1905. Responsabilidad por posesión de animales.	360
1.1 Ámbito de aplicación.....	360
1.1.1 Condición del animal.....	360
1.1.2 Comportamiento del animal.	368
1.2 Sujeto responsable.	369
1.3 Régimen de la responsabilidad.	383

1.4 Causas de exoneración.....	387
1.5 Fundamento de la responsabilidad.	389
1.6 Responsabilidad por la tenencia de animales peligrosos.....	390
2. Responsabilidad por humos excesivos (art. 1908,2° CC).	391
2.1 Ámbito de aplicación.....	391
2.2 Sujetos responsables.....	400
2.3 Régimen de la responsabilidad (art. 1908,2° CC).....	401
2.4 Causas de exoneración.....	404
2.5 Fundamento de la responsabilidad.	404
3. Responsabilidad por la caída de árboles (art. 1908,3° CC).	406
3.1 Ámbito de aplicación.....	406
3.2 Sujetos responsables.....	408
3.3 Régimen de la responsabilidad.....	412
3.4 Causas de exoneración.....	414
3.5 Fundamento de la responsabilidad.	417
4. Responsabilidad por la caída o arrojo de las cosas (art. 1910 CC).....	418
4.1 Ámbito de aplicación.....	418
4.1.1 La delimitación del lugar desde el que la cosa se cae o es arrojada. ...	418
4.1.2 Cosas que se arrojen o cayeren.....	419
4.2 Sujetos responsables.....	422
4.3 Régimen de la responsabilidad y causas de exoneración.	428
II. Leyes especiales de responsabilidad objetiva.....	440
1. Responsabilidad por la utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos.	440
1.1 Normativa aplicable.....	440
1.2 Ámbito de aplicación.....	444
1.3 Régimen de la responsabilidad y sus límites cuantitativos.....	446
1.4 Sistema de tramos'	453
1.5 Causas de exoneración.....	456
1.6 Fundamentos de la responsabilidad.....	463
2. Responsabilidad por caza.	466
2.1 Normativa aplicable.....	466
2.2 Ámbito de aplicación.....	469
2.3 Sujetos responsables.....	473
2.4 Régimen de la responsabilidad.....	479

2.5 Causas de exoneración.....	480
2.6 Daños cinegéticos provocados por los animales que irrumpen en la carretera. Accidentes de circulación.....	481
3. Responsabilidad por la navegación aérea (daños a terceros).....	485
3.1 Normativa aplicable.....	485
3.2 Ámbito de aplicación.....	487
3.3 Sujetos responsables.....	490
3.4 Régimen de la responsabilidad.....	492
3.5 Causas de exoneración.....	498
3.6 Fundamento de la responsabilidad.....	505
4. Responsabilidad por la Circulación de Vehículos de Motor (daños a la persona).....	514
4.1 Normativa aplicable.....	514
4.2 Ámbito de aplicación.....	518
4.2.1 El hecho de la circulación.....	519
4.2.2 Vehículo de motor.....	520
4.2.3 El concepto del “accidente o hecho de circulación”.....	522
4.3 Sujetos responsables.....	523
4.4 Régimen de la responsabilidad.....	527
4.5 Causas de exoneración de la responsabilidad.....	535
4.5.1 La culpa de la víctima.....	535
4.5.2 Fuerza mayor.....	543
4.6 Fundamento de la responsabilidad.....	552
5. Responsabilidad por productos defectuosos.....	559
5.1 Normativa aplicable. Evolución histórica.....	559
5.2 Sujetos responsables.....	561
5.2.1 Fabricante.....	565
5.2.2 Importador.....	568
5.2.3 Proveedor.....	570
5.3 Régimen de la responsabilidad.....	575
5.4 Causas de exoneración.....	581
5.4.1 Falta de puesta en circulación del producto.....	583
5.4.2 Presunción de inexistencia del defecto cuando el producto se puso en circulación.....	590
5.4.3 Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial.....	592
5.4.4 Elaboración de productos conforme a normas imperativas existentes.....	596

5.4.5 La excepción por los riesgos de desarrollo.....	600
5.4.6 Concurrencia de la culpa del perjudicado.....	607
5.4.7 Intervención de un tercero.	609
5.5 Fundamento de la responsabilidad.	612
6. Responsabilidad por servicios defectuosos.....	615
6.1 Normativa aplicable.....	615
6.2 Ámbito de aplicación.....	617
6.2.1 El concepto de servicio en general.	617
6.2.2 Servicios que incluyan la garantía de determinado nivel de seguridad.	618
6.3 Sujetos responsables.	622
6.4 Régimen de la responsabilidad.	625
6.5 Causas de exoneración.....	627
6.5 Fundamento de la responsabilidad.	630
III. Cláusulas generales de la responsabilidad objetiva.....	632
1. <i>Rylands v. Fletcher</i>.	632
1.1 Introducción.....	632
1.2 Orígenes de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en los Estados Unidos. <i>Rylands v. Fletcher</i> y su impacto.	637
1.2.1 <i>Rylands v. Fletcher</i> (1868).....	637
1.2.2 <i>Ryland v. Fletcher</i> y probabilidad de una cláusula general en el Reino Unido.	647
1.2.2.1 Common Law posterior a <i>Rylands v. Fletcher</i>	647
1.2.2.2 La doctrina británica sobre <i>Rylands v. Fletcher</i>	675
1.3 Factores detrás de la adopción de <i>Rylands v. Fletcher</i> en los Estados Unidos de América.....	683
2. <i>Restatements</i> Norteamericanos comparados con el art. 5:101 del PETL. .	686
2.1 Responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas en el <i>Restatement of the Law Third. Torts</i>	686
2.2 Condiciones que cualifican una actividad como “anormalmente peligrosa”.	690
2.2.1 Riesgo muy elevado de producción del daño.	690
2.2.2 Riesgo previsible.	694
2.2.3 Ejercicio de diligencia debida por parte de todos los actores que da lugar al llamado “accidente inevitable”.	695
2.2.4 Uso común como un factor que previene la actividad como susceptible de ser considerada como “anormalmente peligrosa”.....	703
2.3 Causas de exoneración.....	709

2.4 La “explosión” como ejemplo típico de una actividad anormalmente peligrosa.....	711
CAPÍTULO V. PARTE EN INGLÉS. (TESIS INTERNACIONAL). ORIGINS OF STRICT LIABILITY FOR ABNORMALLY DANGEROUS ACTIVITIES IN THE UNITED STATES. <i>RYLANDS V. FLETCHER</i> AND ITS IMPACT.....	714
1. Introduction.	714
2. Origins of strict liability for abnormally dangerous activities in the United States. Rylands v. Fletcher and its impact.....	719
2.1 <i>Rylands v. Fletcher</i> (1868)	719
2.2 <i>Rylands v. Fletcher</i> and feasibility of a general clause in the United Kingdom.	728
a. Common Law after <i>Rylands v. Fletcher</i>	728
b. British legal doctrine on <i>Rylands v. Fletcher</i>	754
3. Factors behind the adoption of <i>Rylands v. Fletcher</i> in the USA.	760
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.....	764
CHAPTER VII. CONCLUSIONS.	780
BIBLIOGRAFIA	794
LEGISLACIÓN.....	861
1. Textos internacionales:.....	861
Alemania.....	870
Austria	870
Bélgica	870
Dinamarca.....	871
Francia	871
Holanda.....	871
Italia.....	871
Portugal.....	871
Reino Unido.....	871
Suiza	872

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	872
1. España.....	872
Tribunal Supremo:.....	872
Tribunal Constitucional:.....	886
Tribunales Superiores de Justicia:.....	886
Audiencias Provinciales:	887
2. Otros países	905
Alemania.....	905
Austria	906
Francia	906
Holanda.....	907
Italia.....	907
Suiza	907
Reino Unido.....	907
Estados Unidos	909
3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:	914
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:.....	915

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AAVV	autores varios
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
AC	Aranzadi Civil,
<i>Act. Civ.</i>	Actualidad Civil,
ADC	Anuario de Derecho Civil,
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
<i>aff'd in part</i>	affirmed in part
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
<i>Am. J. Com. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Leg. Hist.</i>	<i>American Journal of Legal History</i>
<i>Am. Jur.</i>	<i>American Jurisprudence</i>
<i>Am. L. Rev.</i>	<i>American Law Review</i>
ApNDL	Apéndice 1975-1985 al Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi
<i>Ar. Civ.</i>	<i>Archivio Civile</i>
AtG	Atomgesetz (Ley atómica alemana)
AUM	Anales de Universidad de Murcia,
<i>BAYLOR L. REV</i>	<i>Baylor Law Review</i>
BG	<i>Bundesgericht</i> suizo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch von 18. 8. 1896 (RGBl. 195)</i>
BGE	<i>Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> alemán
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i>
BIMJ	Boletín de Información de Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial de Estado

<i>Bull. Civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière civile</i>
BW	Burgerlijk Wetboek (el Código Civil holandés)
CAII	Convenio sobre actos de intervención ilícita de 2009
<i>Can. Bar. J.</i>	<i>Canadian Bar Journal</i>
<i>Can. Bar. Rev.</i>	<i>Canadian Bar Review</i>
CC	Código Civil español de 1889
CCB	Convenio de Bruselas de 31 de enero 1963, complementario del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear,
CCH	Código Civil húngaro,
CCI	Código Civil italiano,
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,
CCS	Consortio de Compensación de Seguros
cd	consultation date
CdC	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española de 1978
cert. granted	certiorari granted/judicial review granted
<i>Cf</i>	<i>confer</i>
<i>CLJ</i>	<i>Cambridge Law Journal</i>
CM	Convenio de Montreal
CLC	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, Brussels, 1969 as amended by the Protocol of 1976, and by the Protocol of 1984
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
com.	comment
CP	Convenio de París de 29 julio 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE- NEA)
CR	Convenio de Roma de 1952

CRG	Convenio sobre riesgos generales de 2009
CRTD	Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels, Geneva, 1989
CV	Convenio de Viena sobre la responsabilidad civil por los danos nucleares, bajo los auspicios del organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) firmado en mayo de 1963
<i>C.Y.E.L.S</i>	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
D	<i>Recueil de jurisprudence Dalloz</i>
DA	Disposición Adicional
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DEG	Derechos Especiales de Giro
dir	director,
DJ	Documentación Jurídica
DN	Derecho de los Negocios
EC	Estudios sobre Consumo,
ed	edition
EEB	encefalopatía espongiforme bovina,
<i>EKHG</i>	<i>Eisenbahn- und Kraftfahrzeug- Haftpflichtgesetz austriaca</i>
<i>Eng. Rep</i>	English Reports
ENO	Extraordinary Nuclear Occurrence,
<i>EvBl</i>	<i>Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Teil der ÖJZ)</i>
EWHC	England and Wales High Court
Exch	Exchequer Chamber
<i>H&C</i>	<i>Hurlston & Coltman's Exchequer Reports</i>
ICAO	International Civil Aviation Organisation
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
HL	House of Lords
<i>Ins. Counsel J.</i>	<i>Insurance Counsel Journal</i>
JBl	<i>Juristische Blätter</i>

<i>JEL</i>	<i>Journal of Environmental Law</i>
<i>J. Eur. Tort L.</i>	<i>Journal of European Tort Law,</i>
<i>J. Legal Stud.</i>	Journal of Legal Studies
JUR	Documento de Jurisprudencia disponible en http://www.westlaw.es y, en su caso, en productos CD/DVD
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KFG	<i>Kraftfahrzeuggesetz</i>
LANISRV	Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad,
<i>Law & Hist. Rev.</i>	<i>Law and History Review</i>
LC	Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza,
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
let.	letter
LFG	<i>Luftfahrtgesetz</i> suiza
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,
LNA	Ley de Navegación Aérea
<i>LQR</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
LRCSCVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
LTCVMSV	Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial
Mass.	Massachusetts
LUCVM	Ley 122/1962, de 24 de diciembre sobre uso y circulación de vehículos de motor
LuftFG	<i>Luftfahrtgesetz</i> austriaca
<i>LuftVG</i>	<i>Luftverkehrsgesetz</i> alemana
LRM	Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental,
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>Mod. L. Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>

n	nota
<i>N.C. L. Rev.</i>	<i>North Caroline Law Review</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nr	number, issue
NRC	Nuclear Regulatory Commission of United States,
<i>Nuclear L. Bul.</i>	Nuclear Law Bulletin
núm	número
OACI	Organización de la Aviación Civil Internacional
OGH	<i>Oberste Gerichtshof</i>
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen- Zeitung</i>
<i>op. cit</i>	<i>opere citato</i>
<i>Oxf. J. Leg. Stud.</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
OUP	Oxford University Press
p	page
pág.	página
para	paragraph
PETL	Principles of European Tort Law,
pp	páginas
<i>R.A.J.</i>	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi
<i>R. Der. Pat.</i>	Revista de Derecho patrimonial,
<i>RDC</i>	<i>Rivista di Diritto Civile,</i>
RDEA	Revista de Derecho Español y Americano
RDLeg	Real Decreto Legislativo,
RDM	Revista de Derecho Mercantil,
RDN	Revista de Derecho Notarial,
RDP	Revista de Derecho Privado
RdP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
REAF	<i>Revista d'Estudis Autonòmics i Federals</i>
ReDeco	Revista Electrónica de Derecho de Consumo y Alimentación
Repr.	reprinted
RES	Revista Española de Seguros

<i>Resp. civ. et assur</i>	<i>Responsabilité civile et assurance</i>
RG	Reichsgericht
RGD	Revista General del Derecho,
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia,
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
<i>RHG</i>	<i>Reichshaftpflichtgesetz,</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDP</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile</i>
<i>Riv.it.sc. giur</i>	<i>Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche</i>
RiZ	Richterzeitung,
RJC	Revista Jurídica de Cataluña,
RLC	Reglamento 506/1970, de 23 de marzo,
RRCCS	Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro
RRCSCVM	Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
<i>Sem. Jud</i>	<i>Semaine Judiciaire</i>
SGECC	Study Group on European Civil Code
SGMR	Special Group on the Modernisation of the Rome Convention
SHG	Sachschadenhaftpflichtgesetz
SOA	Seguro Obligatorio de Automóvil
STSJCat	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,
STSJCV	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,
SVG	<i>Straßenverkehrsgesetz</i> suizo
<i>SwCo</i>	<i>Schweizerisches Obligationenrecht</i>
SZ	österreichischer OGH, Entscheidungen in Zivil- und Justizverwaltungssachen
<i>Texas LR</i>	<i>Texas Law Review</i>
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,
<i>Torts L.J</i>	<i>Torts Law Journal</i>

trad	traducción
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios
TSJCat	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TSVG	türkisches Straßenverkehrsgesetz
U	Sección única de la sala de lo civil del Tribunal Supremo
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>U. Pitt. L.Rev.</i>	<i>University of Pittsburg Law Review</i>
UTEHA	Unión Tipografica Editorial Hispano-Americana
Vol.	volume
WLR	Weekly Law Reports
<i>Wm. Mary Env'tl. L. Pol. Rev.</i>	<i>William & Mary Environmental Law and Policy Review</i>
VC	Vienna Convention- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
ZBJV	<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i>
<i>Zeup</i>	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,</i>
ZLW	<i>Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> von 01.10.1879; Ordenanza Procesal Civil alemana
ZSR	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i>
ZVR	<i>Zeitschrift für Verkehrsrecht</i>
ZZP	<i>Zeitschrift für deutschen Zivilproceß</i>

CAPÍTULO I. CUESTIONES PREVIAS.

RESUMEN

El *ius* naturalismo racionalista impuso la idea de la responsabilidad basada en la culpa que luego fue acogida en las grandes codificaciones europeas del siglo XIX. Como consecuencia de ello, la responsabilidad sin culpa, a pesar de no estar eliminada por completo de los sistemas jurídicos europeos, fue reducida a casos estrictamente puntuales y excepcionales. Tal situación, sin embargo, no resistió la prueba del tiempo. Los cambios socio-económicos del siglo XX provocaron la crisis de la máxima “no hay responsabilidad sin culpa”. La negligencia demostró no ser apta para resolver los problemas creados por la nueva realidad industrial y tecnológica, dejando otra vez hueco para formas más estrictas de responsabilidad. España, al igual que muchos otros Ordenamientos jurídicos europeos, optó por un modelo de imposición del régimen a través de la promulgación *ad hoc* de diferentes leyes especiales, que limitaron su ámbito de aplicación a fuentes específicas del riesgo (abstracto o concreto). Como resultado, aparte de algunos casos ya previstos en el Código civil (responsabilidad por posesión de animales, por humos excesivos, por caída de árboles y por caída y arrojamiento de cosas de los edificios), la responsabilidad objetiva ha sido impuesta en caso de caza, daños a terceros causados por aviación, explotación de energía nuclear y materiales radioactivos, accidentes de tráfico (daños a la persona) y productos y servicios defectuosos, en este último caso exclusivamente cuando se incluye la garantía de unos determinados niveles de seguridad. La posibilidad de extender el régimen de forma abierta a través de la aplicación analógica de la regulación existente a casos comparables que presentasen características similares fue rechazada por la jurisprudencia, que consideró que no estaba autorizada para hacerlo.

Cuando hablamos de la responsabilidad objetiva nos referimos al régimen de la responsabilidad que está libre de cualquier noción de culpa. Por tanto, en todos estos casos en los que la actividad desarrollada por el actor está sujeta a la responsabilidad sin

culpa, este sujeto será responsable del daño resultante de dicha actividad, incluso si no fuera culpable, es decir, independientemente del grado de diligencia ejercida. Una vez el resto de los elementos exigidos para establecer su responsabilidad ha sido demostrado por la víctima, el demandado puede sustraerse a ésta solamente probando una de las causas de exoneración previstas por la Ley, si es que la hay. De ahí que la denominación genérica de responsabilidad objetiva, ligada por la ley a varios supuestos, no sea homogénea. No existe un único contra principio opuesto a la responsabilidad por culpa, como muchos pensaban inicialmente, sino varias formas del mismo género extendidas a lo largo de una línea y agrupadas dentro de una categoría debido a la común característica que poseen: la falta de necesidad de probar la culpa. El esquema se puede explicar utilizando la siguiente regla de dependencia: mientras menos causas de exoneración estén permitidas por la ley, más estricta será la responsabilidad, llegando en casos extremos a configurarse como una responsabilidad absoluta. Por otra parte, la extensión de las causas de exoneración depende del riesgo inherente a la actividad en cuestión. Si de la fuente de peligro dimanar riesgos de extrema magnitud, como en el caso de la explotación de energía nuclear, el legislador deja al causante del daño sin casi ninguna posibilidad de exoneración.

El riesgo en el sentido mencionado anteriormente juega un papel importante no solamente en las zonas centrales de la responsabilidad objetiva, sino también en la responsabilidad por culpa. Desde los años 40 del siglo XX la Sala Primera del Tribunal Supremo español tomó la dirección de objetivación de la responsabilidad por culpa, recomendando principalmente el uso de la inversión de la carga de la prueba y de las presunciones o extremando el estándar de diligencia exigible. La llamada “teoría del riesgo” fue, en un principio, objeto de numerosos abusos y aplicada sistemáticamente a casi todos los supuestos. Dicha línea de interpretación se justificaba con el principio *pro damnato*, a favor de la víctima. El razonamiento del Tribunal Supremo se basaba en la necesidad de beneficiar en cierto modo al demandante que se enfrentaba con enormes dificultades a la hora de probar la culpa del demandado. En consecuencia, la responsabilidad por culpa fue transformada en una responsabilidad por culpa con generalizada inversión de la carga de la prueba. En casos extremos la práctica imposibilidad de que el causante del daño probase su diligencia o las enormes dificultades para cumplir con la prueba del mayor cuidado exigido por el Tribunal plasmaban estas formas híbridas de responsabilidad por culpa junto a la responsabilidad objetiva. Pero la crítica de esta práctica, lanzada por la doctrina civilista, llevó a un

cambio jurisprudencial. Se puede afirmar que hoy en día el Alto Tribunal español es más reacio a la hora de implementar la teoría mencionada con anterioridad, aplicándola de una forma más cautelosa y mejor pensada, y sujetándola a unos criterios específicos, entre los que destaca el riesgo de producción del daño de la gravedad más alta. Así, se declaró que la idea de la inversión de la carga de la prueba fundamentada en la llamada teoría del riesgo, más allá de los casos en los que así se establece expresamente en la ley, debería ser aplicada restrictivamente: no a todas las actividades de la vida, sino a las que implican un riesgo considerable en comparación con el estándar medio. El proceso de delimitación de las actividades aptas a ser catalogadas como tales está en su fase inicial. Los primeros pasos del Tribunal Supremo dirigidos a definir el ámbito de aplicación de dicha teoría han concluido con la señalización de las actividades que, habiendo estado inicialmente sujetos a ella, no cumplían con el requisito básico exigido para su aplicación, siendo el caso particular de las caídas en los establecimientos abiertos al público uno de los más destacados.

Dicho esto, se puede afirmar que hoy en día no existe una frontera claramente determinada entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Ambas constituyen dos extremos de una cadena en la que, sin solución de continuidad, están incluidas diferentes formas de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba como un ejemplo. La existencia de las anteriormente mencionadas técnicas de objetivación de la responsabilidad por culpa demuestra que los tribunales españoles consideran que la existente maquinaria legislativa de imposición de responsabilidad objetiva es inadecuada por lo que a las exigencias de la vida moderna se refiere. En estas circunstancias, han emergido en la escena europea iniciativas conjuntas dirigidas a la armonización del Derecho privado, con el objetivo de hallar una solución al aludido problema mediante la introducción de una cláusula general. Este es el caso del Grupo Europeo de Derecho de Daños, que en sus Principios del Derecho de la Responsabilidad Civil promueve la implementación de una cláusula de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba para actividades que implican una fuente de riesgo más alto (art. 4:201 PETL) y otra cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas (art. 5:101). Se argumenta que la elaboración judicial de la política a seguir que modela la responsabilidad objetiva y las formas más estrictas de responsabilidad por culpa a través de la remisión a los principios generales constituye una vía más eficiente y flexible de tratar con la cambiante realidad socio-económica. El art. 5:101 PETL tiene su equivalente en la §20 del *American*

Restatements of the Law (Third) Tort. Liability for Physical and Emotional Harm que, por su parte, tiene sus orígenes en el precedente *Rylands v. Fletcher*. Este último podría servir como base para la futura expansión de la responsabilidad objetiva y la introducción de una teoría general de la responsabilidad sin culpa, aplicada a los daños causados por actividades inherentemente peligrosas en el *Common Law* británico, estrechamente atado al principio de la responsabilidad por culpa hasta hoy en día. En una Europa jurídicamente diversa y difícilmente reconciliable en términos de armonización del Derecho, dicha clausula podría constituir un mínimo núcleo común aceptable en lo que a la responsabilidad objetiva se refiere.

RESUM

El *ius* naturalisme racionalista va portar l'imperi de la responsabilitat basada en la culpa, tan ben reflectit en les grans codificacions europees del segle XIX. La responsabilitat sense culpa, tot i no estar eliminada completament dels sistemes jurídics europeus, va ser reduïda a casos estrictament puntuals i excepcionals. Aquesta situació, però, no va resistir la prova del temps. Els canvis socioeconòmics del segle XX van provocar la crisi de la màxima "no hi ha responsabilitat sense culpa". La negligència va demostrar no ser apta per resoldre els problemes creats per la nova realitat industrial i tecnològica, deixant una altra vegada espai per a formes més estrictes de responsabilitat. Espanya, igual que molts altres ordenaments jurídics europeus, va optar per un model d'imposició del règim a través de la promulgació ad hoc de diferents lleis especials, que varen limitar el seu àmbit d'aplicació a fonts específiques del risc (abstracte o concret). Com a resultat d'això, a part d'alguns casos ja previstos en el Codi civil (responsabilitat per possessió d'animals, per fums excessius, per caiguda dels arbres i per coses que cauen o es llencen dels edificis), la responsabilitat objectiva ha estat imposada en cas de caça, danys a tercers causats per aviació, explotació d'energia nuclear i materials radioactius, accidents de trànsit (danys a la persona) i productes i serveis defectuosos, en aquest darrer cas exclusivament quan s'inclou la garantia de uns determinats nivells de seguretat. La possibilitat d'estendre el règim de manera oberta a través de l'aplicació analògica de la regulació existent a casos comparables que presentessin característiques similars va ser denegada per la jurisprudència, que va considerar que no estava autoritzada per fer-ho.

Quan parlem de la responsabilitat objectiva ens referim al règim de la responsabilitat que està lliure de qualsevol noció de culpa. Per tant, en tots aquests casos en què l'activitat desenvolupada per l'actor està subjecta a la responsabilitat sense culpa aquest subjecte serà responsable del dany resultant d'aquesta activitat, encara que no fos culpable, és a dir, independentment del grau de diligència exercida. Un cop la resta dels elements exigits per establir la seva responsabilitat ha estat demostrat per la víctima, el

demandat pot escapar-se d'aquesta només provant una de les causes d'exoneració prevista per la Llei, si és que n'hi ha. D'aquí que la denominació genèrica de responsabilitat objectiva, lligada per la llei a diversos supòsits, no sigui homogènia. No existeix un únic contra principi oposat a la responsabilitat per culpa, com molts pensaven inicialment, sinó diverses formes del mateix gènere esteses al llarg d'una línia i agrupades dins d'una categoria a causa de la comuna característica que presenten: la manca de necessitat de provar la culpa. L'esquema es pot explicar utilitzant la següent regla de dependència: mentre menys causes d'exoneració estiguin permeses per la llei, més estricta serà la responsabilitat, arribant en casos extrems a configurar-se com una responsabilitat absoluta. D'altra banda, l'extensió de les causes d'exoneració depèn del risc inherent a l'activitat en qüestió. Si de la font de perill dimanen riscos d'extrema magnitud, com en el cas de l'explotació d'energia nuclear, el legislador deixa al causant del dany sense gairebé cap possibilitat d'exoneració.

El risc en el sentit esmentat anteriorment juga un paper important no només en les zones centrals de la responsabilitat objectiva, sinó també en la responsabilitat per culpa. Des dels anys 40 del segle XX la Sala Primera del Tribunal Suprem espanyol va prendre la direcció d'objectivació de la responsabilitat per culpa, recomanant principalment l'ús de la inversió de la càrrega de la prova i de les presumpcions, o extremant l'estàndard de diligència exigible. L'anomenada "teoria del risc" va ser, en un principi, objecte de nombrosos abusos i aplicada sistemàticament a gairebé tots els supòsits. Aquesta línia d'interpretació es justificava amb el principi *pro damnato*, a favor de la víctima. El raonament del Tribunal Suprem es basava en la necessitat de beneficiar en certa manera al demandant que s'enfrontava amb enormes dificultats a l'hora de provar la culpa del demandat. En conseqüència, la responsabilitat per culpa va ser transformada en una responsabilitat per culpa amb generalitzada inversió de la càrrega de la prova. En casos extrems la pràctica impossibilitava que el causant del dany provés la seva diligència o les enormes dificultats per complir amb la prova de la major cura exigida pel Tribunal plasmaven aquestes formes híbrides de responsabilitat per culpa al costat de la responsabilitat objectiva. Però la crítica d'aquesta pràctica, llançada per la doctrina civilista, va portar a un canvi jurisprudencial. Es pot afirmar que avui dia l'Alt Tribunal espanyol és més reticent a l'hora d'implementar la teoria esmentada anteriorment, aplicant-la d'una forma més cautelosa i millor pensada, i subjectant-la a uns criteris específics, entre els quals destaca el risc de producció del dany de la gravetat més alta. Així, es va declarar que la idea de la inversió de la càrrega de la prova

fonamentada en l'anomenada teoria del risc, més enllà dels casos en què així s'estableix expressament en la llei, hauria ser aplicada restrictivament: no a totes les activitats de la vida, sinó a les que impliquen un risc considerable en comparació amb l'estàndard mitjà. El procés de delimitació de les activitats aptes per a ser catalogades com a tals està en la seva fase inicial. Els primers passos del Tribunal Suprem dirigits a definir l'àmbit d'aplicació d'aquesta teoria han conclòs amb la senyalització de les activitats que, havent estat inicialment subjectes a ella, no complien amb el requisit bàsic exigít per a la seva aplicació, sent el cas particular de les caigudes en els establiments oberts al públic un dels més destacats.

Dit això, es pot afirmar que avui dia no hi ha una frontera clarament determinada entre la responsabilitat per culpa i la responsabilitat objectiva. Les dues constitueixen dos extrems d'una cadena en la qual, sense solució de continuïtat, estan incloses diferents formes de responsabilitat per culpa amb inversió de la càrrega de la prova com un exemple. L'existència de les anteriorment esmentades tècniques d'objectivació de la responsabilitat per culpa demostra que els tribunals espanyols consideren que l'existent maquinària legislativa d'imposició de responsabilitat objectiva és inadequada pel que fa a les exigències de la vida moderna. En aquestes circumstàncies, han emergít en l'escena europea iniciatives conjuntes dirigides a l'harmonització del dret privat, amb l'objectiu de trobar una solució a l'esmentat problema mitjançant la introducció d'una clàusula general a la qual responguin els diferents supòsits. Aquest és el cas del Grup Europeu de Dret de Danys, que en els seus Principis del Dret de la Responsabilitat Civil promou la implementació d'una clàusula de responsabilitat per culpa amb inversió de la càrrega de la prova per a activitats que impliquen una font de risc més alt (art. 4: 201 PETL) i una altra clàusula general de responsabilitat objectiva per activitats anormalment perilloses (art. 5: 101). S'argumenta que l'elaboració judicial de la política a seguir que modela la responsabilitat objectiva i les formes més estrictes de responsabilitat per culpa mitjançant la remissió als principis generals constitueix una via més eficient i flexible de tractar amb la canviant realitat soci -econòmica. L'art. 5: 101 PETL té el seu equivalent en la §20 l'*American Restatements of the Law (Third) Tort. Liability for Physical and Emotional Harm* que, per la seva banda, té els seus orígens en el precedent *Rylands v. Fletcher*. Aquest últim va servir com a base per a la futura expansió de la responsabilitat objectiva i la introducció d'una teoria general de la responsabilitat sense culpa, aplicada als danys causats per activitats inherentment perilloses en el Common Law britànic i estretament lligada al principi de responsabilitat per culpa concebut fins

avui en dia. En una Europa jurídicament diversa i difícilment reconciliable en termes d'harmonització del Dret, aquesta clàusula podria constituir un mínim nucli comú acceptable pel que fa a la responsabilitat objectiva.

ABSTRACT

The rational *ius* naturalism brought the empire of the liability based on fault, so well reflected in the big 20th century European codifications. Liability without fault, even though not eliminated completely, was reduced to strictly punctual and exceptional cases. Nevertheless, the socio-economical changes of 20th century provoked crisis of the maxima “there is no responsibility without fault”. Negligence proved to be inapt for resolving problems created by the new industrial and technological reality, leaving some room again for stricter forms of liability. Spain, the same as many other European legal systems, opted to impose the regime through separate Statutes, limiting the scope of liability to specific sources of danger (abstract or concrete). As a result, apart of few cases foreseen already in the Civil Code (responsibility for possession of animals, for excessive fumes, for falling down of trees and things from the buildings) strict liability has been imposed in case of haunting, damage caused to third persons by aviation, exploitation of nuclear energy, traffic accidents (damage to a person) and defective products and services, the latter only when it includes a guaranty of a certain level of security. The possibility to extend the regime openly through analogical application of existing law to comparable cases that present similar characteristics was denied by the jurisprudence which felt it was not authorized to do so.

When we speak about strict liability we refer to the regime of liability that is free of any notion of fault. Therefore, in all those cases where the activity developed by the actor is subject to strict liability he will be held liable for the harm resulting from it even though he was not at fault or, in other words, independently of the degree of care exercised. Once the rest of the elements required in order to establish responsibility has been demonstrated by the victim, the tortfeasor can only escape with the liability proving one of the defenses foreseen by the law, if any. Thus, the generic denomination of strict liability, attached by law to several cases, is not homogenous. There is no one counter principle opposed to responsibility based on fault, as many thought at the beginning, but many forms of the same gender spread along a line and gathered within one category due to one common characteristic they pose- lack of necessity of proving fault. We can explain the schema using the following dependence rule: the fewer

defenses allowed by law, the stricter the responsibility is, reaching in extreme cases absolute liability. On the other hand, the extent to which the defenses are allowed depends on the risk inherent to the activity in question. If a source of danger brings about extremely high risks, as in case of exploitation of nuclear energy, the legislator excludes almost all of the defenses.

Risk in the above mentioned sense is a factor that plays an important role not only in the core areas of strict, but also in fault liability. Since 40's of the XX century the first Chamber of the Spanish Supreme Court has moved towards objectifying fault liability, mainly by recommending the reversal of the burden of proof and presumption of fault and by stressing the standard of the care required. The so called "theory based on risk" at the beginning of its emergence was abused by the jurisprudence, being applied systematically to almost every case. This line of interpretation was justified by the so called *pro damnato* principle, in favor of the victim. The reasoning of the Supreme Court was based on the need to benefit to some extent the plaintiff that faces enormous difficulties when having to prove fault of the tortfeasor. As a consequence, it has turned fault liability in tort into a system of fault liability with the generalized reversal of the burden of proof. In extreme cases the practical lack of possibility of tortfeasor to prove his diligence or enormous difficulties with complying with the utmost care required by the court were putting those hybrid forms of liability based on fault in line with strict liability. Critic posed to this practice by the civil law doctrine resulted in a change in the Supreme Court's attitude. It can be affirmed that it is nowadays much more reluctant to implement the theory mentioned above and that it launched the policy of more careful and better thought application, subject to specific criterion, risk of harm of higher gravity being one of them. As a result, it was declared that the idea of the reversal of the burden of proof on the ground of the so called risk theory beyond the cases where it is expressly established by the law, should be applied restrictively, not to all activities of life, but only to those that entail a remarkable risk in comparison to the ordinary standard. The process of delimitation of the activities apt to be classified as those that imply the higher magnitude of risk is in its initial phase. The first steps of the Spanish Supreme Court aimed at defining the ambit of application of the theory mentioned above have concluded with pointing out the activities that having initially been subject to it, were not fulfilling the basic requirement to fall within the scope of its application, the particular case of falls suffered in premises opened to public being one of them.

As a consequence, it can be affirmed that nowadays there is no clearly determined border between liability based on fault and strict liability. Both of the mentioned are the two extremes of a chain on which, without solution of continuity, different forms of fault liability are included with the reversal of the burden of proof as one example. The above mentioned techniques of objectifying the liability based on fault indicate that national courts consider that the existing statutory machinery of imposing strict liability is inadequate to cope with the exigencies of modern life. In those circumstances joined initiatives appeared on the European level which suggested the introduction of a general clause as a possible solution to this situation. This is the case of European Group on Tort Law which promotes in its Principles of European Tort Law the implementation of a general clause of fault liability with reversed burden of proof for activities that pose higher source of danger (art. 4: 101 PETL) and another general clause of strict liability for abnormally dangerous activities (art. 5:101 PETL). The judicial policymaking in form of shaping strict liability and stricter forms of fault liability by referring to a general principle is argued to be a more efficient and flexible way to deal with rapidly changing socio-economical reality. The art. 5:101 PETL has its equivalent in §20 of the *American Restatements of the Law (Third) Tort. Liability for Physical and Emotional Harm* which, on the other hand, has its origins in British precedent *Rylands v. Fletcher*. The latter served as a base for a discussion on future expansion of liability without fault and creation of a general theory of strict liability applied to damage caused by hazardous or inherently dangerous ventures in British *common law*, so far closely tied to fault principle. In a legally diverse and difficult to reconcile in terms of legal harmonisation Europe such a clause could constitute a minimum acceptable common core when it comes to strict liability.

OBJETIVOS

La doctoranda escribió su tesis doctoral en el marco del proyecto “‘Principles of European Tort Law’: más allá del Common Frame of Reference (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa” (FFI2008-00647), previamente “Los ‘Principles of European Tort Law’: principios, prácticas y culturas jurídicas en la aproximación del Derecho de daños” (SEJ2005-00907). El trabajo ha sido supervisado por el Investigador Principal de dicho proyecto, Prof. Dr Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona y miembro del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW que en el año 2005 elaboró los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Por tanto, este estudio forma parte de un proyecto más amplio, y como premisa tiene estar en línea con los principales objetivos del Grupo de investigación presidido por el Prof dr Miquel Martín Casals. Dicho Grupo tiene como finalidad desarrollar la investigación, entre otras, en materia de la responsabilidad extracontractual poniendo especial énfasis a su contexto comparado e internacional. La idea era (y sigue siendo) emplear todos los esfuerzos para que la investigación se realizase con verdadero cometido de mejorar y modernizar esta parte del Derecho civil, sin perder de vista en un futuro cercano la posible armonización del Derecho privado europeo.

Dicho esto, las consecuencias sociales de la revolución industrial han impregnado el Derecho privado de los antiguos países industrializados gradualmente y de forma diferente. La más extendida, respecto a las etapas anteriores, imposición de la responsabilidad objetiva constituye una de estas consecuencias. Así, se puede afirmar que el concepto de la responsabilidad sin culpa, especialmente en el contexto de la llamada teoría del riesgo, sigue teniendo contornos borrosos. Por tanto, el objetivo principal de esta tesis era analizar los principios en los que se fundan diferentes supuestos de la responsabilidad objetiva en España, su ámbito de aplicación, sujetos responsables y causas de exoneración. El conocimiento de los criterios que se encuentran detrás de cada uno de los regímenes especiales de la responsabilidad objetiva, se consideraba, coadyuvaría a extraer un denominador común que permitiese crear un regla de carácter general que, una vez asumida por el legislador, facilitaría la

extensión judicial de la responsabilidad objetiva a los supuestos no previstos expresamente por la ley- comparables o análogos, incidiendo de esta manera en la desaparición de las eventuales lagunas causadas por los retrasos o la inactividad legislativa. El art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil ofrece un ejemplo de la cláusula general de la responsabilidad objetiva, brindando un estándar mínimo y básico, posiblemente aceptable incluso en estos países en los que este régimen de responsabilidad está marginado (el Reino Unido). De ahí que otro de los objetivos de la tesis era estudiar la eventual viabilidad de introducción de esta cláusula en España. La redacción del art. 5:101 PETL se asemeja en gran medida, por no decir que se solapa por completo, con la redacción de la §20 del *Restatement of the Law (Third) Tort. Liability for Physical and Emotional Harm*. Es por ello que en el trabajo se trató de incluir también el análisis de los distintos elementos de la cláusula estadounidense, elaborado por el AMERICAN LAW INSTITUTE, así como el alcance práctico que a la §20 se da en este país. Se consideró que fijar unos contornos razonables de la experiencia americana podría facilitar la interpretación y contribuir a una mejor aplicación de la cláusula europea.

Por otra parte, la adecuada conceptualización de la regla(s) de la responsabilidad objetiva exigía también la realización de un estudio de los instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa. En esta materia, se trató de abordar aspectos procesales de la llamada “teoría del riesgo”, sus implicaciones para el Derecho material, en este caso concreto para el Derecho civil, y, partiendo de la influencia que ejercen mutuamente estas dos disciplinas sobre sí emprender un intento de reconciliación de ambas y de construcción de una teoría general que desde el Derecho material hace tiempo pide su reconocimiento por el Derecho procesal; todo esto en el marco del art. 4:201 PETL y en base de la jurisprudencia de los últimos 60 años.

Finalmente, el trabajo trata de definir, a medida de lo posible, los conceptos de “riesgo incrementado” y “riesgo anormal” como eventuales principios fundadores de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba y de la responsabilidad objetiva, respectivamente.

En términos generales, se intenta también evaluar la gradual recepción de los PETL en el Ordenamiento jurídico español, examinar y exponer las referencias jurisprudenciales que hacen mención a ellos, y donde la situación lo exige, aclarar los conceptos, su modo de aplicación y alcance dada la considerable generalización del texto.

RESULTADOS

La presente tesis doctoral aborda en su parte general el tema de los diferentes fundamentos de la responsabilidad objetiva, las técnicas y modelos de su implementación así como el concepto de esta. De allí se da un paso al estudio de las llamadas zonas grises de la responsabilidad por culpa, cercanas a la responsabilidad objetiva, demostrando que entre ésta y la responsabilidad por culpa no existe una clara línea de demarcación, sino un *continuum*. Dado que entre los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa que conforman estas zonas grises se encuentran herramientas procesales, una sección del trabajo incluye el análisis histórico de la dogmática de la carga de la prueba y una sistemática exposición de los diferentes tipos de su “inversión”. Debido a que el modelo de configuración de esta, escogido en este trabajo de investigación, establece en ciertos casos una relación de dependencia entre dicha inversión y las presunciones, la sección hace referencia también a estas últimas. En las conclusiones se contrasta la nueva regulación procesal de la carga de la prueba (art. 217 LEC) con el uso que se da a esta herramienta en el Derecho material a base de la llamada “teoría del riesgo”, desarrollada por el Tribunal Supremo a lo largo de los últimos 70 años, señalando cuestiones que por una u otra razón pasaron desapercibidas para el legislador y postulando la introducción de algunas “innovaciones” *de lege ferenda*.

Una sección entera incluye un estudio pormenorizado de los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de las caídas en los establecimientos abiertos al público. Este supuesto suscita un interés especial debido a varias razones. Es un claro ejemplo de los muchos casos en los que el Tribunal Supremo en los inicios de la teoría del riesgo no dudaba en aplicar “generosamente” todos los expedientes que dan lugar a la “objetivación de la responsabilidad por culpa”, acercándola, a veces, peligrosamente a la responsabilidad objetiva. Pero es también uno de los primeros con el que el Tribunal Supremo inició el proceso de redefinición de los conceptos, limitando el alcance de la doctrina solamente a las actividades de riesgo elevado y excluyendo de su aplicación supuestos que no cumplieran con esta premisa. El análisis evidencia la evolución experimentada por la jurisprudencia en la materia, permitiendo distinguir entre varias etapas, claramente diferenciadas de su desarrollo. Finalmente, se trata con el clásico caso de omisiones que sirve de base para desarrollar una breve exposición sobre la

construcción dogmática de estas y el papel del riesgo en la creación de los deberes jurídicos de actuar, que, por su parte, permite dibujar la relación dialéctica entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

La parte especial del trabajo incluye el análisis de todos los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva establecidos en España, codiciales y extracodiciales, distinguidos según el tipo de actividad de que se trata, donde una categorización de acuerdo con este criterio fuera posible. A este efecto, cada sección concierne un tipo de supuesto sujeto a este tipo de régimen, dividiéndose en subsecciones, siguiendo siempre un mismo esquema: ámbito de aplicación, sujetos responsables, régimen de responsabilidad, causas de exoneración y fundamento de la responsabilidad. Los supuestos regulados por las leyes especiales incluyen además una sección referente a la normativa aplicable. El estudio conducido desde este ángulo permitió analizar estos aspectos de la responsabilidad que se consideraron esenciales para poder esbozar en base a la regulación actual, la existencia de un principio general de la responsabilidad objetiva y su consiguiente comparación con la propuesta del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW.

Penúltimo capítulo hace referencia a las cláusulas generales de la responsabilidad objetiva más relevantes, en lo que a los objetivos de este trabajo se refiere. El último capítulo constituye la versión inglesa de la sección que hace referencia a los orígenes de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas en los Estados Unidos, por tanto, al precedente *Rylands v. Fletcher* y fue elaborado con tal de obtener el doctorado con mención internacional.

Finalmente, en la realización de este trabajo de investigación me vi ayudada por varias estancias de investigación realizadas en el extranjero a lo largo del periodo de la elaboración de la tesis.

Durante el verano del año 2002 (Julio-Septiembre) la doctoranda realizó una estancia de investigación financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia de España en el marco de la beca FPI de la que gozaba en la *School of Law* de la *Wake Forest University* de la Carolina del Norte, EEUU, bajo la supervisión del Prof. Michael D. GREEN, uno de los más destacados *Reporters* del *American Restatement of the Law (Third) Tort. Liability for Physical and Emotional Harm* y uno de los juristas más relevantes en materia del Derecho de daños estadounidense. Dicha estancia, así como la cooperación con el Profesor GREEN dio frutos en forma de dos capítulos diferentes de la

tesis: uno relativo a la sección 20 del *Restatements of the Law (Third)*, y otro concerniente el precedente *Rylands v. Fletcher* y su adopción en los EEUU.

En el periodo comprendido entre los meses de Octubre de 2012 y abril de 2013, en cambio, la doctoranda permaneció en la Universidad de Hamburgo, Alemania, bajo la supervisión del Profesor Ulrich MAGNUS, uno de los miembros del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. La estancia fue posible gracias a la generosa beca otorgada a la doctoranda por la Agència de Gestió d' Ajuts Universitaris i de Recerca de Catalunya. El objetivo de la estancia de investigación era aludir al Ordenamiento jurídico alemán como aquel de referencia a nivel europeo, examinar los supuestos de la responsabilidad objetiva extensamente establecidas por el legislador alemán con los factores que justificaban su introducción, así como las zonas grises entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva donde los tribunales han implementado los incrementados deberes de cuidado (*Verkehrssicherungspflichten* o simplemente *Verkehrspflichten*) y en los que la judicatura invertía la carga de la prueba. Alemania es también uno de los países que en su tiempo consideró la introducción de la cláusula general de la responsabilidad objetiva. A pesar de que la propuesta de que dicha cláusula fuese parte del Ordenamiento jurídico alemán perdió su momento, la bibliografía generada por el debate constituye un muy válido material de estudio. De hecho, parte de la doctrina civilista alemana sigue pronunciándose a favor de la idea dado que, como se ha señalado, la solución es actualmente seguida por los Tribunales alemanes.

Para obtener mejores resultados la beneficiaria de la ayuda realizó un curso intensivo de alemán durante los primeros meses desde la llegada al centro de investigación. Gracias a esto y a sus conocimientos previos de la lengua alemana ha podido leer y analizar algunos de los textos legales en su lengua original; aquellos que conciernen a los fundamentos de la responsabilidad objetiva, forma de su implementación (analogía, leyes especiales, cláusula general) y supuestos particulares en los que aplica la responsabilidad sin culpa han sido incluidos en su tesis doctoral. El resto de los materiales, es decir, los que versan sobre las llamadas zonas grises entre la responsabilidad por culpa y la objetiva requieren un estudio más *in profundis* y deberían servir para una posible posterior publicación de los artículos científicos. El debate sobre una hipotética implementación de la cláusula general de la responsabilidad objetiva resultó ser muy extenso con lo que podía servir para la elaboración de un estudio propio. Las limitaciones temporales de la beca no han permitido a la beneficiaria de la ayuda investigar el fenómeno de forma exhaustiva.

Para suplir las faltas bibliográficas de la biblioteca de Derecho de la Universidad de Hamburgo la doctoranda se ha trasladado a la biblioteca del *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, donde fue admitida como investigadora del centro para el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2013 y 15 de abril del mismo año.

METODOLOGÍA

Se ha dicho que la metodología jurídica implica fijar un conjunto ordenado de reglas que permitan guiar al conocimiento para conseguir un determinado saber teórico con garantías de objetividad y validez. Es ciencia de la ciencia en reflexión de sí misma como objeto de investigación.

Pues bien, este trabajo constituye sobre todo un intento de un análisis pormenorizado de la temática concerniente la responsabilidad objetiva en el Derecho español. No obstante, partiendo de la premisa de que los verdaderos estudios jurídicos críticos persiguen distanciarse de alguna manera de las tendencias e inexactitudes predominantes de una explicación dogmática puramente doméstica y a la vista de la progresiva europeización y, quizá a menor medida, globalización de los Derechos, el estudio intenta plasmar la problemática en un contexto comparado, europeo e internacional. Como dijo en su día uno de los destacados comparativistas e históricos de Derecho: “[d]eleitase con la oportunidad o resiente la intrusión, no podemos ignorar el hecho de que el Derecho europeo está aquí para quedarse. La verdadera cuestión ... es como los científicos jurídicos deberían responder a este fenómeno¹”. Tal enfoque está de acuerdo también con la línea de investigación desarrollada por el Grupo de investigación en el marco del cual ha sido elaborada esta tesis doctoral y con la línea de investigación del Programa del Doctorado en el que está inscrita la doctoranda: Derecho de la Responsabilidad civil: Europeo y Comparado.

En lo que al estudio del Derecho español se refiere la doctoranda adaptó al propósito de este trabajo el método desarrollado para elaborar informas nacionales por el llamado Grupo de Trento en el seno de su proyecto *Common Core of European Private Law*. Así, se puede afirmar, el análisis conducido es trilineal. Incluye y entremezcla tres elementos diferentes, denominados “reglas operativas”, “formantes descriptivos” y “formantes metajurídicos”. En cuanto a estas primeras, forman parte de ellas la legislación española en la materia analizada, la jurisprudencia, principalmente de los últimos 30 años, tanto del Tribunal Supremo, como de las instancias inferiores y

¹ David IBBETSON, “A Replay to Profesor Zimmermann”, Thomas Glyn WATKIN, *The Europeisation of Law*, UKNCCL, London, 1998, pág. 224.

la doctrina. Se describe cómo los jueces deciden los casos en base a la legislación vigente y la posición de la doctrina en la materia: si ésta está dividida, es concordante o es discordante con la posición judicial y si las diferentes soluciones son recientes o eran idénticos en el pasado (el punto de vista diacrónico). Los “formantes descriptivos” se refieren al hecho de cómo los juristas autóctonos razonan a favor de las reglas operativas. Qué justificación o qué fundamentos se esgrimen para su vigencia. Se examina también hasta qué punto varias soluciones están de acuerdo con las provisiones legales y principios generales, así como se plantea la cuestión de cómo se justifica la solución dogmáticamente y si ésta depende de las reglas y/o instituciones de fuera del ámbito del Derecho privado, por ejemplo, de las reglas procesales. Finalmente, en el trabajo se han tenido en cuenta también los “formantes metajurídicos”, es decir elementos tales como consideraciones de políticas, premisas filosóficas, económicas, factores y valores sociales y la estructura de las instituciones jurídicas, aunque este elemento recibió una menor atención.

En cuanto a la técnica utilizada con tal de elaborar un estudio comparado, la posición empleada en este estudio se alimenta del convencimiento de que no existe un único y exclusivo método para “hacer” Derecho comparado. Tal método dependerá del específico propósito de la investigación, de las subjetivas capacidades del investigador y de los costes involucrados. La profundidad y el alcance de la investigación están determinados por las consideraciones de coste-beneficio y encuentran su límite en parámetros tales como el idioma, el tiempo, la elección de informantes, materiales, documentación y posibilidades de colaboración. En este sentido, se ha señalado que el Derecho comparado no puede basarse en unas asunciones poco realistas que amenazan con que se convierta en un cometido poco práctico. No podemos exigir que el análisis comparado cumpla con estándares a los que uno generalmente no puede atenerse, por lo menos a nivel individual. Esto significaría que los científicos prescindiesen de la realización de cualquier proyecto o que éste, una vez empezado o cerrado, no estuviera libre de una profunda crítica. El Derecho comparado no debe ser exótico o prohibitivo².

Por tanto, teniendo en cuenta todos estos factores, pero sobre todo las ramas de este trabajo y los límites personales de su autora, no es de extrañar que hubiera veces que el método empleado en este trabajo se redujera a una simple comparación textual o yuxtaposición de materiales, en la doctrina llamada de formas diferentes- unas veces

² Vernon Valentine PALMER, “From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 4, núm. 2, 2004, pp. 6 y 28.

como “textualismo”, otras como el análisis basado en la letra del texto jurídico (literalidad) o en la regla jurídica (*rule of law*), característico de una interpretación exegética. A pesar de que esta técnica fue objeto de la crítica postmoderna, dejando lugar al funcionalismo y contextualismo, a propósito de este trabajo, se consideró, seguía teniendo un gran e innegable valor práctico. Dicha comparación, en la medida de lo posible, no se limita únicamente a los textos legislativos (aunque sea veces este es el caso), sino haciendo valer la famosa prescripción de Ernst RABEL “Derecho comparado, no legislación comparada” se extiende adicionalmente a la jurisprudencia y la doctrina extranjera³. Así llegamos a la conocida distinción introducida por primera vez por el científico austro-húngaro Eugen ERLICH, cofundador de la sociología del Derecho, que opuso al llamado “Derecho en libros” (*Law in Books*) el “Derecho en acción” (*Law in Action*). Mientras el primero de los términos “habla por sí mismo”, el segundo puede describirse como un enfoque que encomienda una investigación más profunda, no sólo de las fuentes jurídicas, sino también del contexto social alrededor de estas, aunque dicho contexto sigue siendo medido en términos jurídicos y no antropológicos, como recomendaría después el contextualismo. Así, se pone énfasis además en la enseñanza de Derecho, en la posición de los que conforman la profesión de un jurista, en los estándares éticos y en la actitud del público frente al Derecho. Pues bien, por las mismas razones expuestas con anterioridad, este trabajo concierne principalmente al “Derecho en libros” aunque puntualmente bebe de las fuentes que se enmarcan dentro del segundo de los métodos⁴. Finalmente, algunas comparaciones toman forma del análisis funcional (por ejemplo, la sección 2.2.2 del capítulo II referente a los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa) otros del histórico (tendencias diacrónicas de las diferentes culturas jurídicas se observan, por ejemplo, en la sección I.1.2 del capítulo III) y en otras ocasiones se indica la existencia de los conceptos transnacionales que conforman un núcleo común (como es el caso de las regulaciones que derivan de la ratificación de los convenios internacionales o de la implementación de las directivas europeas). Fundado por Ernst RABEL y percibido como el básico principio metodológico del Derecho comparado por Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ⁵, el

³ De acuerdo con el autor el código sin la jurisprudencia que lo acompaña no es más que el esqueleto sin muslos. La doctrina predominante constituye, en cambio, nervios. Ernst RABEL, „Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Reinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1924, pp. 279-301.

⁴ Véase, por ejemplo, la serie de artículos publicados por los científicos que cooperan con el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, publicada en el núm. 3 del *Journal of European Tort Law* del año 2012.

⁵ “En el Derecho las únicas cosas que son comparables son éstas que cumplen con la misma función”,

funcionalismo trata de encontrar en un Ordenamiento jurídico extranjero normas o instituciones jurídicas funcionalmente equivalentes a otras normas o principios que han sido objeto de comparación en otro sistema. Dicho de otra manera, se hace un esfuerzo sustancial para explorar el grado hasta el que en un sistema jurídico existen o no equivalentes funcionales de un aspecto estudiado en otro sistema. Este método fue bienvenido por la autora entre otras razones porque se utiliza muchas veces para resolver problemas relacionados con las considerables diferencias existentes entre el *Common Law* y *Civil Law*. Es difícil, sin embargo, encerrar un estudio comparado sólo en el marco funcional de las reglas examinadas. Una comparación histórica, por ejemplo, permite descubrir el trayecto migratorio por el que pasaron las ideas jurídicas y una relación filial entre diferentes Ordenamientos jurídicos⁶.

El funcionalismo como una de las metodologías del Derecho comparado ha sido criticado por el hecho de que en la comparación de las reglas e instituciones pone demasiado énfasis en las similitudes, descuidando las diferencias y basándose en la optimista creencia de que todos los sistemas jurídicos y sociedades son parecidos. Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ van incluso más allá de esta constatación partiendo de la llamada *praesumptio similitudinis*, presunción de similitud. Según los autores diferentes sociedades se enfrentan con similares necesidades por lo que, para sobrevivir, cada de ellas tiene que tener una institución (funcionalmente equivalente) que cumpla con estas necesidades⁷. Se opone a este método aquel que pasa del Derecho comparado a Estudios de Derecho comparado, o de las reglas a la cultura, argumentando que el contexto es mucho más importante que las reglas o instituciones. Según el contextualismo diferentes circunstancias, tales como las sociales, económicas, antropológicas, históricas o políticas condicionan e influyen en la aplicación del Derecho. En la versión extrema, representada por Pierre LEGRAND (*European systems are not converging*) el conceptualismo se limita al estudio de las diferencias existentes entre diferentes Ordenamientos jurídicos. Ahora bien, sin que se niegue la legitimación y un gran valor a este tipo de trabajos, el uso de esta metodología tendría que implicar necesariamente que uno pasase del tipo comparativista solista hacia unos estudios

Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Klarendon Press, Oxford, 1998, pág.34.

⁶ Alan WATSON, "Legal Transplants and European Private Law, Jan SMITS (ed.), *The Contribution of Legal Systems to European Private Law*, Intersentia, 2001, pág. 15.

⁷ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., pág. 40 y Konrad ZWEIGERT, "Praesumptio Similitudinis' als Grundsatzvermutung rechtvergleichender Methode", en Mario ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, vol. II: *Buts et methods du droit compare*, Roma, 1973, pág. 755.

comparados de Derechos basados en grupos de investigación enteros, dentro de los que cooperarían especialistas de diferentes disciplinas: juristas, economistas, historiadores, sociólogos, políticos, lingüistas, antropólogos, sociólogos, etc. Este enfoque, multidisciplinar, promovido, por ejemplo, por el EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE en Florencia, por las razones que creo obvias, no se ve reflejado en este trabajo.

Y por último, esta tesis doctoral incluye aportaciones que provienen de resultados obtenidos por varios autores o iniciativas conjuntas en el marco de los proyectos desarrollados desde el punto de vista comparado en materia del Derecho de daños. Se ha de citar en este lugar sobre todo la serie de monografías del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW publicada bajo el título *Unification of Tort Law*, y los *European Tort Law Yearbooks*, editados por Helmut KOZIOL y Barbara STEININGER, pero también la serie de los libros elaborados en el marco del proyecto *Common Core of European Private Law* del Grupo de Trento, dos enciclopédicos volúmenes del *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* de Christian VON BAR, traducidos en el año 1998 y 2000 como *Common European Law of Torts*, *European Tort Law* de Cees VAN DAM, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* de Walter VAN GERVEN, así como la sección referente al Derecho de daños en la *International Encyclopedia of Comparative Law, Introduction to Comparative Law* de Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* de Reinhard ZIMMERMANN y *The German Law of Torts* de Basil MARKESINIS.

INTRODUCCIÓN

Desde los finales de los años 80 del siglo pasado la escena europea es testigo de un extenso y ferviente debate sobre Derecho Privado Común Europeo. El resultado más importante de la búsqueda del *ius commune* europeo fue el de permitir que la discusión en materia del Derecho privado ascendiese a los niveles europeos. En consecuencia, hoy en día podemos hablar de una doctrina jurídica verdaderamente europea, más que meramente nacional. El método comparado en la investigación jurídica corroboró en la transfronteriza diseminación de la información⁸.

Pero la exploración del nuevo *ius commune* no constituye el único punto central en el debate sobre el Derecho Privado Europeo. Justo al lado emerge el discurso sobre la eventual armonización de los Derechos⁹. Dicho discurso se materializa y trae frutos en forma de varias iniciativas cuya finalidad consiste en estudiar los diferentes Ordenamientos jurídicos europeos con tal de elaborar unas recomendaciones o principios que pudiesen servir de base para una futura armonización. Algunos van incluso más allá, soñando con la elaboración de un Código Civil Europeo: un nuevo símbolo de unidad e identidad europea. Tal Código, en su opinión, podría construir puentes entre los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea, contribuyendo a la creación de una común identidad europea¹⁰. En todos estos casos se trata de iniciativas privadas que no son objeto de sanción ninguna, que agrupan profesores universitarios y que como propósito tienen convertirse en fuente de inspiración para los futuros ejercientes de Derecho. No construyen, por tanto, normas de obligado cumplimiento, sino regulaciones que gracias a su cuidada elaboración y su calidad técnica puede que acaben siendo aplicadas *imperio rationis*, como si se tratara con un tipo de *ratio scripta*¹¹. El éxito de cada una de estas iniciativas estará condicionado, en cierta

⁸ Cees VAN DAM, “European Tort Law and the Many Cultures of Europe”, en Thomas WILHELMSSON, *Private Law and the Cultures of Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007, pp. 75-76.

⁹ Reinhard ZIMMERMANN, “Comparative Law and the Europeization of Private Law”, en Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 539-578.

¹⁰ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pág. 128

¹¹ Miquel MARTÍN CASALS, “Reflexiones sobre la elaboración de unos “Principios europeos de responsabilidad civil”, *op. cit.*, pág. 8.

medida, por el prestigio de los que forman parte de los respectivos grupos y por el poder de persuasión de sus argumentos¹². Pero vayamos parte por parte.

Uno de los primeros grupos y quizá el más conocido es la llamada “Comisión de Derecho contractual Europeo” (CECL) fundada por el danés Ole LANDO y por eso denominada también a veces “Comisión Lando”. En el año 1982 los juristas de diversos países europeos que formaban parte de dicho grupo abrieron un proceso de elaboración de unos “Principios de Derecho contractual europeo” que culminó con la publicación de una trilogía: en el año 1995 se publicó el primero tomo¹³, en el 2000 el segundo¹⁴ y en el 2003 el tercero¹⁵.

En la materia del Derecho de daños hay dos proyectos que compiten. Ambos facilitan formas-modelos del Derecho de la responsabilidad civil que se extienden por encima de las tradiciones nacionales, promoviendo cada uno “la mejor solución” para Europa¹⁶.

En el año 1993 Jaap SPIER y Helmut KOZIOL fundaron EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, conocido también como el Grupo de Tilburg o el Grupo Spier-Koziol. Llamado para analizar los problemas fundamentales del Derecho de daños desde el punto de vista del Derecho comparado, el grupo que hoy en día es representativo de la mayoría de los países de la Unión Europea e incluye además representantes de los Estados Unidos, Suiza, Israel y Sud África, publicó en el año 2005 *Principles of European Tort Law*¹⁷ (PETL), unos Principios de Derecho de la responsabilidad civil con un comentario extensivo que como premisa tienen servir de base para el futuro Derecho Europeo de la responsabilidad civil. Los PETL intentan no apartarse de los Derechos europeos en la materia de la responsabilidad civil en términos tanto de la estructura, como del contenido, basándose en el convencimiento de que todos los

¹² Albert RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro*, pág. 12, tesis doctorales en red, disponible en www.tdx.cat/handle/10803/7676 (fc:01.09.2014).

¹³ Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non Performance and Remedies*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995.

¹⁴ Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Part I and II*, The Hague/London/Boston/, Kluwer, 2000.

¹⁵ Ole LANDO (ed.), *Principles of European Contract Law. Part III*, Kluwer Law International, The Hague/London, 2003.

¹⁶ Gerhard WAGNER, “The Project of Harmonising European Tort Law”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pág. 1269. Ken OLIPHANT, “Rival Perspective on European Tort Law: A Comparative Analysis”, Helmut KOZIOL/Barbara STEININGER (ed.) *European Tort Law 2009*, De Gruyter, Berlin, 2010, pág. 666. Véase también Miquel MARTÍN CASALS, “Reflexiones sobre la elaboración de unos Principios europeos de Responsabilidad civil”, *op. cit.*,

¹⁷ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, Springer, Wiena/New York, 2005. Existe una traducción al castellano a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado”, coordinada por Miquel MARTÍN CASALS, véase EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

Ordenamientos jurídicos tienen fundamentos comunes y que no se puede prescindir de la experiencia y sabiduría que acumulada durante siglos colabora en la creación de los actuales sistemas jurídicos europeos y no europeos. La idea fue, por tanto, construir sobre las reglas existentes (*common law approach*), a pesar de que la redacción de unas reglas básicas uniformas no era una tarea fácil, dado que las regulaciones en conflicto requerían un cuidadoso análisis de las ventajas e inconvenientes de cada solución, en cuyo desarrollo habría que aplicar las técnicas del Derecho comparado. La elaboración de las soluciones nuevas fue encomendada solamente en casos excepcionales en los que las regulaciones nacionales resultaban insatisfactorias (*better law approach*)¹⁸.

Como se ha mencionado con anterioridad, el Grupo cuenta también con la presencia de los juristas extracomunitarios. Los Profesores Dan B. DOBBS, Garry SCHWARTZ y Michael D. GREEN, miembros sucesivos por parte de los Estados Unidos, son o fueron no solo unos de los más importantes especialistas en el Derecho de daños norteamericano, sino también los *Reporters* de los llamados *Restatements of the Law* del *American Law Institute*. Este último, siendo una institución privada, nació impulsado por la incertidumbre y complejidad del Derecho norteamericano de los años 20 del siglo pasado que llamaban a una sistematización del Derecho existente (*re-state*). Así las cosas, los *Restatements* reflejan la posición mayoritaria a la que se atienen los diferentes Estados, aunque en el seno del Instituto se discute también la posibilidad de dirigirse hacia opciones minoritarias o de simplemente modernizar donde así lo requieren las exigencias de la vida. La práctica ha demostrado que las soluciones innovadoras reciben muchas veces luz verde en cuanto los precedentes son contradictorios¹⁹. La presencia de los expertos estadounidenses en el grupo no significa, sin embargo, que el *Common Law* norteamericano fuera escogido como un Ordenamiento jurídico-modelo para los sistemas jurídicos europeos. Se consideró, no obstante, que los avances conseguidos por el Derecho de los Estados Unidos deberían ser por lo menos tenidos en cuenta, sin mencionar la propia experiencia del ALI en la elaboración de los *Restatements* que, se estimó, no tenía valor en lo que a la creación de los *Principios* se refiere. La presencia de Sud África e Israel se justifica por una misma razón: Sud África es un sistema mixto

¹⁸ Bernhard KOCH, "The Work of European Group of Tort Law- The Case of 'Strict Liability'", *InDret* 129/2003, pp. 4-5. Miquel MARTÍN CASALS, "Reflexiones sobre la elaboración de unos "Principios europeos de responsabilidad civil", *op. cit.*, pág. 9.

¹⁹ Arthur ROSETT, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", *Am. J. Com. L.*, núm. 40, pág. 689; EL MISMO, "The Unification of American Commercial Law: Restatement and Codification", en Luigi MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, pág. 111 y Miquel MARTÍN CASALS, *Reflexiones sobre la evaluación de unos "Principios europeos de responsabilidad civil"*, *op. cit.*, pág. 8.

en el que se entremezclan los elementos del *Common* y *Civil Law*, siendo por tanto una magnífica fuente de inspiración y un buen ejemplo de la pacífica coexistencia de estos dos sistemas jurídicos, mientras Israel destaca con su experiencia en codificación del *case law* inglés²⁰.

Poco después de la creación del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW uno de sus miembros, el catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad alemana de Osnabrück Christian VON BAR abandonó el Grupo para lanzar en el año 1998 su propio proyecto, bajo los auspicios del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. Este último, considerándose a sí mismo el sucesor de la mencionada “Comisión Lando”, aparte del Derecho de daños, incluyó en el ámbito de su interés otras aéreas de Derecho privado. Las iniciales aspiraciones del Grupo, reflejadas en su propio nombre, eran claras: elaborar un Código Civil Europeo compuesto de 11 libros, en el sentido más amplio de codificación que comprendiese no sólo Derecho civil, sino también mercantil, aunque se limitase solamente al Derecho patrimonial. Pronto, sin embargo, el Grupo se vio obligado a corregir lo que era una ambición demasiado grande a la vista de lo improbable que parecía realizar el proyecto en un plazo relativamente breve dada la resistencia a la codificación europea que se observaba en algunos Ordenamientos jurídicos²¹. En consecuencia, en el año 2009 se publican *Principios* referentes a “Responsabilidad extracontractual dimanante del daño causado al otro” (“*non-contractual liability arising out of damage caused to another*”)²². El Grupo formó parte del JOINT NETWORK ON EUROPEAN PRIVATE LAW que en el mismo año (2009) publicó el resultado de un ambicioso proyecto de investigación financiado por la Comisión Europea, el *Draft Common Frame of Reference*²³. Dicho proyecto tuvo como objetivo mejorar el Derecho existente de la Unión Europea y desarrollar el Derecho común europeo de los contratos. La redacción del DCFR demuestra que el JOINT NETWORK fue más allá de dichas pretensiones puesto que su texto comprende definiciones, principios y reglas modelos que cubren la mayoría del Derecho Privado Europeo. Los “Principios referentes a la “Responsabilidad extracontractual dimanante del daño causado al otro”

²⁰ Bernhard A. KOCH, “The Work of the European Group on Tort Law- The Case of Strict Liability”, *op. cit.*, pp. 2-3.

²¹ Miquel MARTÍN CASALS, “Reflexiones sobre la elaboración de unos “Principios europeos de responsabilidad civil”, *op. cit.*, pp. 3 y 5.

²² Christian VON BAR (ed.), *Principles of European Law: Non Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

²³ Christian VON BAR/Eric CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Selier, München, 2009 y Oxford University Press, Oxford, 2010.

del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE han sido incluidos en gran medida en el Libro VI del DCFR.

Y finalmente, la Universidad de Trento, y más precisamente los profesores italianos Mauro BUSSANI y Ugo MATTEI, lanzaron en el año 1995 un proyecto titulado “El núcleo común del Derecho Privado Europeo” (*Common Core of European Private Law*). El llamado Grupo de Trento que está a cargo del proyecto y que comprende alrededor de 100 científicos tiene como objetivo descubrir el núcleo común del Derecho privado europeo a través del análisis de las diferencias y elementos comunes que presentan los Ordenamientos jurídicos europeos en un intento de descubrir analogías más profundas escondidas detrás de las diferencias formales. El proyecto abarca el Derecho privado, dentro de las categorías generales de contratos, Derecho de daños y propiedad. El Grupo no pretende “forzar” la actual diversidad jurídica a través de la elaboración de un proyecto uniforme para la Europa. Los mismos miembros dicen que la idea detrás del proyecto es crear un estudio cartográfico, un análisis de la presente y compleja situación de una forma lo más viable posible. Tampoco se intenta preservar. La elaboración de un mapa cartográfico es sólo un objetivo de corto alcance. Construyendo sobre la diversidad cultural en el Derecho, que en la opinión de los miembros del Grupo constituye un fenómeno positivo, se pretende crear una Cultura Jurídica Europea Común²⁴. En el año 2004 dentro de la serie *The Common Core of European Private Law* se publicó un volumen referente a la responsabilidad objetiva²⁵.

Este listado de las iniciativas europeas no es exhaustivo. Otros proyectos, como, por ejemplo, “Principios sobre el Trust”²⁶ o incluso “Principios de Derecho de familia”²⁷ también han aparecido en la escena europea. Sin embargo, teniendo en cuenta que la temática de este trabajo se engloba en el Derecho de daños, con los proyectos presentados líneas arriba se cerrará esta breve exposición.

²⁴ Mauro BUSSANI/Ugo MATTEI, “The Common Core Approach to European Private Law”, *Colombia Journal of European Law*, Fall/Winter, 1997/1998, pp. 340-342.

²⁵ Franz WERRO/Vernon Valentin PALMER, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004.

²⁶ Véase David J. HAYTON/Sebastianus Constantinus Johannes Josephus. KORTMANN/Hendrik L.E. VERHAGEN, “Principles of European Trust Law”, *ZeUP*, 1999, pp. 745 y ss. Enrico MOSCATI, “Trust e vicende successorie”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 1075 y ss., Maurizio LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 425 y ss., Jan SMITS, “Trust in Mixed Legal Systems: a Challenge to Comparative Trust Law”, *ERPL* núm. 8, 2000, pp. 421-426 y Michael MILO/H.L.E. VERHAGEN, “Trust in the Civil Law: Making Use of the Experience of ‘Mixed’ Jurisdictions”, *ERPL* núm. 8, 2000, pp. 477-498.

²⁷ Véase, por ejemplo, los trabajos de dos miembros de la COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW con sede en Utrecht: Dieter MARTINY, *Europäisches Familienrecht- Utopie oder Notwendigkeit?* *RabelsZ* núm. 59, 1995, pp. 419-453 y Walter PINTENS, „Rechtsvereinheitlichung im Familienrecht. Die Rolle der Europäischen Union“, *ZeUP* 1998, pp. 670-676.

Dicho esto, claramente los científicos que forman parte de los respectivos grupos europeos de una u otra forma simpatizan con la idea de armonización de los Derechos y creen que ésta es de alguna manera deseable. De hecho, la corriente principal después de la Guerra Fría conducía a través de las similitudes y cosas comunes. Hoy en día, sin embargo, en el debate académico sobre el *ius commune* europeo participan no sólo los que creen, sino también los no creen en la idea²⁸. Uno de los principales problemas concierne a las considerables diferencias entre el *Common* y *Civil Law*. Pero no tan sólo.

Empezando por los optimistas, ya en el siglo XIX Rudolf JEHRING señaló que “[l]a recepción de una institución jurídica extranjera no es cuestión de nacionalidad, sino cuestión de utilidad y necesidad. Nadie se molesta en traer una cosa desde lejos cuando tiene una cosa igual de buena o mejor en su casa, pero sólo un tonto se negaría a tomar una buena medicina sólo porque ésta no creció en su jardín del fondo²⁹”. Esta reflexión es característica de un enfoque según el cual el Derecho comparado es muy apto para resolver los difíciles problemas con los que se enfrenta el jurista en la compleja sociedad actual. Los Derechos extranjeros acumulan una enorme riqueza en lo que a la experiencia jurídica se refiere de la que los juristas pueden hacer uso para resolver los problemas domésticos en vez de arriesgar los resultados adecuados intentando encontrar soluciones por su cuenta. En cuanto a la armonización de los Derechos, otro de los usos que se da al Derecho comparado, los hay quienes exclaman que los Ordenamientos jurídicos europeos son convergentes, argumentando que los valores jurídicos a los que se atienen los juristas europeos son muy similares. Se percibirían las diferencias entre distintos sistemas jurídicos, no hay lugar a duda, pero éstas coexistirían a la vez con unos valores comunes y unas similares preocupaciones políticas y económicas³⁰. Algún que otro autor apunta al proceso de globalización como al factor que llevará a que las diferentes culturas nacionales se conviertan en términos anticuados puesto que la mayoría de las jurisdicciones se verá expuesta a nuevas influencias. Se tratará con este fenómeno sobre todo en estas aéreas de Derecho en las que rigen los tratados o convenios internacionales que aplican en diferentes Estados³¹.

²⁸ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op cit.*, pág. 131.

²⁹ Trad. Propia. Rudolf JEHRING, *Geist des römischen Rechts*, I, 9ª ed., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1955, pág. 8.

³⁰ Ole LANDO, “Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law”, *ERPL* núm. 8, 2000, pág. 59.

³¹ Jan M SMITS, “Law Making in the European Union: On Globalisation and Contract Law in Divergent Legal Cultures”, *Louisiana Law Review*, núm. 67, 2007, pág. 1181, EL MISMO, “Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture?” T. WILHELMSSON/E PAUNIO/A POHJOLAINEN

Se subraya que si es verdad que las normas jurídicas surgen en respuesta a las necesidades sociales (el enfoque socio-funcional) la emergencia de una sociedad global llevará inevitablemente a la convergencia entre distintos sistemas legales³². La problemática está estrechamente relacionada con la temática de los llamados “trasplantes legales”. En la literatura se suele utilizar la metáfora “trasplante legal” para describir la gradual difusión del Derecho y el cambio jurídico que tiene origen en la introducción de las ideas “extranjeras”³³. Uno de los científicos que con más detenimiento se dedicó al estudio de esta figura, Alan WATSON, es de opinión que los trasplantes legales son no sólo posibles, sino además inevitables. Según el autor, la transposición de una regla extranjera al otro sistema jurídico puede efectuarse con éxito incluso si el Ordenamiento del que se presta dicha regla presenta nivel de desarrollo mucho más alto e incluso cuando la constitución política del sistema receptor es completamente diferente³⁴. Otros, en cambio, señalan que Europa goza de una común cultura jurídica occidental, basándose en unos valores políticos comunes, liberales y democráticos, que operan en unas sociedades capitalistas, seculares y pluralistas sujetas a la regla del Derecho. El hecho de compartir tantas cosas facilitará la exitosa recepción de trasplantes legales³⁵. No todos, sin embargo, se muestran tan entusiastas, incluso entre los “optimistas”. Se subraya sobre todo la necesidad de una detallada explicación y presentación en forma adecuada de las reglas trasplantadas desde el *Civil* al *Common Law* para que éstas fueran accesibles para el público receptor³⁶. Las innegables diferencias entre los sistemas continentales y los basados en el precedente, comparada la aproximación estructural de los Códigos Civiles con el fragmentado *case law*, no constituyen obstáculo, sin embargo, para que se aprecie la progresiva convergencia. Los mismos autores, pues, hablan de convergencia de soluciones en el área de Derecho

(ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer, The Hague, 2007, pp. 133-143.

³² Michael KING, “Comparing Legal Cultures in the Quest for Law’s Identity”, David NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pág. 119, Vincenzo FERRARI, “Sociolegal Concept and Their Comparison”, Else OYEN (ed.), *Comparative Methodology*, Sage, London, 1990, pág. 63, Reinherd ZIMMERMANN, “Common Law and Civil Law, Amerika und Europa- zu diesem Band, Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Amerikanische Rechts Kultur und europäisches Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 1995, pág.1.

³³ Michele GRAZIADEI, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 441-475.

³⁴ Alan WATSON, “Legal Transplants and Law Reform”, *Law Quarterly Review*, núm. 92, 1976, pág. 79 y EL MISMO, *Legal Transplants*, 2ª ed., University of Georgia Press, Athens, 1993.

³⁵ John BELL, “English Law and French Law: Not So Different?”, *Current Legal Problems*, núm. 48(2), 1995, pág. 63-64. De forma parecida Franz WIEACKER/Edgar BODENHEIMER, “Foundation of European Legal Culture”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pág. 6.

³⁶ Basil MARKESINIS, “Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law”, *Law Quarterly Review*, núm. 109, 1993, pág. 622.

privado argumentando que los problemas con los que se enfrentan los tribunales y legisladores adquieren dimensión internacional³⁷. Por otra parte, incluso entre los que se muestran escépticos en lo que a la armonización de los Derechos se refiere, pronunciándose a favor de por lo menos una diversificación parcial de las culturas jurídicas europeas, aunque a la vez creen en el *ius commun* europeo, se hacen escuchar voces que apuntan a que la simple yuxtaposición del *civil* y *common law* es una exageración.

A este efecto, se señaló que a pesar de que un juez inglés en el punto de partida se centrará en la búsqueda de los casos comparables, su siguiente proceder consistirá en la deducción de un caso al otro, en el estilo inglés, de una regla general. Mientras tanto, la típica regla general en el sistema continental propiciará al juez una información muy limitada para poder basar en ella la resolución judicial. Por tanto, dado que la concreción de dichas reglas generales en el *Civil Law* se efectúa a través de la jurisprudencia, también aquí el Juez basará su decisión en casos comparables³⁸.

Los escépticos parecen estar de acuerdo con el hecho de que el Derecho o las reglas jurídicas “emprenden viajes”. El principal punto de desacuerdo concierne a los efectos de este sustancial “préstamo jurídico”. Para decirlo de otra manera, la cuestión es cómo prospera y funciona el Derecho trasplantado. Lo esencial es, por tanto, comprobar si la regla, una vez transferida a otro Ordenamiento jurídico, cumple con la misma función, desarrolla el mismo papel y se mantiene igual que en el sistema donante. La discusión sobre los trasplantes legales se basa muchas veces también en la siguiente dicotomía: el Derecho como sistema autónomo *versus* el Derecho como sistema socialmente condicionado. Los que están a favor de los trasplantes legales declaran que la autonomía del Derecho hace que la “importación” de las reglas extranjeras se convierte en algo relativamente fácil. Los adversarios se oponen a esta noción argumentando que el Derecho refleja la sociedad por lo que cualquier tipo de transferencia que no esté conforme con las normas y valores sociales de la cultura jurídica donante no será bienvenida y, por tanto, el trasplante será rechazado. Esta es la posición de Pierre LEGRAND quien considera que las reglas jurídicas son normas culturales con largo proceso de formación histórica e ideológica³⁹. Por tanto, su

³⁷ Basil MARKESINIS, “Learning from Europe and Learning in Europe”, Basil MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pág. 30.

³⁸ Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 134.

³⁹ Pierre LEGRAND, “The Impossibility of Legal transplants”, *Maastricht Journal of European and*

significado e interpretación depende de los factores socio-culturales. Transferir una norma jurídica de un entorno socio-cultural específico al otro se traducirá en que el Ordenamiento jurídico receptor le adscribirá un significado local y diferente que le transformará en otra norma⁴⁰. Las reglas jurídicas son, por tanto, productos de divergentes y conflictivos intereses de la sociedad y están activamente constituidas por las vidas de las comunidades interpretativas⁴¹. Es por ello que, en opinión de LEGRAND, los trasplantes son imposibles. Lo único que podemos hacer es desplazar una mera fórmula de palabras sin validez.

En este sentido, incluso para Alan WATSON la recepción de una norma o institución jurídica extranjera muchas veces ocurre sin que el sistema receptor esté familiarizado con lo que está adoptando. E incluso si la regla prestada se mantiene intacta, su impacto en el nuevo marco socio-cultural puede ser totalmente diferente. Por tanto, la fuente de una norma o institución jurídica original no controla el resultado final del proceso de trasplantación. Es el sistema receptor, no el donante, el que tiene la última palabra en el modo de aplicación de la regla importada⁴².

Entre estos dos puntos extremos en los que se encuentran las posiciones de Alan WATSON, por una parte, y las de Pierre LEGRAND, por otra, podríamos plasmar la doctrina de los trasplantes legales desarrollada por Günter TEUBNER. El autor modifica la teoría de Kahn FREUD que basa su análisis en la interacción que tiene lugar entre el Derecho y las estructuras de poderes políticos sobre todo, explorando lo que TEUBNER denomina *law's binding arrangements*- acuerdos vinculantes de Derecho con otros sistemas sociales. Esta idea fue construida por el autor sobre su anterior exposición de la "teoría de los sistemas" que configura el Derecho como un sistema autopoietico interconectado con otros sistemas de comunicación. Así, la llamada teoría autopoietica del Derecho de Gunther TEUBNER parte del constructivismo epistemológico que hoy día constituye una de las teorías sociales que más influyen en el pensamiento jurídico moderno. El núcleo de la teoría consiste en su anti-realismo y anti- individualismo. El individuo autónomo en el constructivismo epistemológico está reemplazado por procesos comunicativos y no por entidades supra- individuales. Como teóricos más brillantes, cuyas tesis se encuentran dentro de la teoría mencionada con anterioridad, se señala a *Michel Foucault* (post- estructuralismo), *Jürgen Habermas* (teoría crítica) y a

Comparative Law, 1997, pp. 114-116.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 116-117.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 120.

⁴² Alan WATSON, *Legal Transplants*, 2ª ed., University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993, pág. 116.

Niklas Luhmann (teoría de la autopoiesis). La teoría de Gunther TEUBNER consiste en una reformulación de la tesis desarrollada por este último⁴³.

Así TEUBNER sostiene, que el Derecho, debido a que se rige por sus propias normas jurídicas y procedimientos (tan distintos de las normas y procedimientos propios de otros discursos), que producen como elementos actos jurídicos, se convierte en una red comunicativa cerrada, autónoma respecto de la comunicación social general. Esta red, gracias a las características expuestas con anterioridad, crea sus propias construcciones de la realidad⁴⁴. En paralelo a ello, otros discursos especializados (económico, político, científico, psíquico, social etc.) construyen sus propias redes igualmente autónomas, sustituyendo progresivamente las construcciones de la realidad de la comunicación social general por construcciones de la realidad de los discursos especializados⁴⁵. De ahí que, basándose en “sus reglas de juego”, suministren construcciones de la realidad diferentes, compitiendo entre sí⁴⁶ y creando el estado de múltiples verdades- verdad científica, verdad jurídica, verdad política, etc.⁴⁷. Por tanto, el Derecho “actúa” como sistema autónomo. Sin embargo, el análisis de la realidad elaborado por Günther TEUBNER otorga tanto al Derecho, como a otros discursos, un doble carácter de los *epistèmes* autónomos y heterónimos a la vez; situación que él denomina “trampa epistémica”. Así, aunque la dinámica de la diferenciación social impone al discurso jurídico el producir de construcciones de la propia realidad, al mismo tiempo le hace depender de la ya mencionada multitud de *epistèmes* que compiten entre sí⁴⁸. Eso quiere decir, que hay veces que los discursos, descritos con anterioridad como autónomos, se vuelven interferentes, creando una difusión mutua de distintos *epistèmes* sociales. Eso debido a que aunque el discurso jurídico se auto reproduce creando sus propias construcciones de la realidad, sigue siendo una comunicación social. Dicha interferencia no debería ser descrita en términos de fusión de aquellos en un supra-discurso multidimensional lo que implicaría un intercambio

⁴³ Véase Günther TEUBNER “El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho”, traducción por Carlos GÓMEZ- JARRA DÍEZ, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2002, N° 25, pp. 537-541, traducción de Günther TEUBNER, “How the Law Thinks: a Constructivist Epistemology of Law”, *5 Law and Society Review* 23,1989, pp. 727- 754, también en la Biblioteca Virtual de Cervantes, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_17.pdf, que se podían acceder el día 17 de marzo, 2006.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 555.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 556.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 558.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 558-559.

constante de información entre los *epistèmes* en referencia. Aunque cada discurso es autónomo y construye su propia realidad, de vez en cuando se ve forzado a verificar las realidades generadas por otros sistemas. Es cuando, mediante la comunicación, examina constructos procedentes de otros discursos y los reconstruye según sus reglas dentro de su realidad⁴⁹. Para el *epistème* jurídico eso significa que el carácter conflictivo de los procedimientos legales- tanto de los jurisdiccionales como de los legislativos y doctrinales- obliga al Derecho a verificar los datos fuera de su mundo, siempre y cuando éstos le resulten relevantes.

En lo que a los trasplantes legales se refiere, este análisis sugiere que los vínculos contemporáneos del Derecho con la sociedad oscilan entre un acoplamiento suelto y uno estrecho. De ahí que las transferencias de figuras jurídicas sean relativamente simples en estas aéreas de Derecho que están en un contacto menos estrecho con los procesos sociales (transferencias mecánicas). El cambio, no obstante, se encontrará con la mayor resistencia en todos aquellos supuestos en los que el Derecho está estrechamente vinculado con otros discursos sociales (transferencia orgánica)⁵⁰. Es más, incluso en los casos en los que el acoplamiento con otros *epistèmes* es más bien suelto por lo que el préstamo de reglas extranjeras debería ser, por lo menos aparentemente, más fácil, este proceso no es meramente mecánico: ningún trasplante legal está exento de problemas y es fácil de efectuar dado que necesita ser asimilado por una cultura legal diferente. Donde el Derecho está estrechamente entrelazado con otros discursos la operación se encontrará no sólo con la resistencia de una cultura jurídica diferente, sino además con la ejercida por otras esferas fuera del discurso jurídico como, por ejemplo, la política junto con procesos económicos, tecnológicos, sanidad, ciencia, cultura etc. En todos estos casos, la transferencia puede que sea imposible sin un simultáneo y complementario cambio en otros discursos sociales. Lo más factible, sin embargo, es que actúe como un “irritante” en el nuevo marco social⁵¹.

No obstante, según TEUBNER, los Derechos nacionales, al igual que las economías nacionales, van poco a poco apartándose de sus raíces tradicionales originadas en la cultura de la nación al que pertenecen. El proceso de globalización, en

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 560.

⁵⁰ Günther TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *op.cit.*, pág. 252. Véase el resumen de la teoría de los trasplantes legales de TEUBNER en castellano en María Lubomira KUBICA, “La conversión de las Cajas de Ahorros europeas en sociedades anónimas- un ‘trasplante legal’ desde el Derecho comparado”, *CEF Legal* núm. 83, Diciembre 2007, pp. 23-78.

⁵¹ Günther TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *op.cit.*, pp. 252- 253.

su opinión, está produciendo una red global de las comunicaciones legales en la que los Derechos estatales son reducidos a meras leyes regionales que se comunican entre sí⁵². La transferencia de una institución legal hoy en día no es cuestión de la inter-relación entre las distintas sociedades nacionales. Más bien se trata de un contacto directo entre los distintos Ordenamientos jurídicos dentro de un discurso global. Eso explica la frecuente y relativamente fácil transferencia de las instituciones de un Ordenamiento jurídico al otro⁵³. La Teoría Autopoiética del Derecho asume, por tanto, que existe un movimiento hacia un discurso legal global, pero a la vez reconoce que entre los distintos sistemas jurídicos pueden concurrir incompatibilidades que derivan de su específica configuración social y que resultan en que la transferencia de determinadas ideas jurídicas efectuada entre dichos sistemas sea teóricamente indeterminada. Es por ello que, a veces, los trasplantes legales actuarán como “irritantes”, causando cambios impredecibles en el sistema receptor.

A dicha discusión, sin embargo, se ha de dar una doble dimensión. Una cuestión es el problema empírico de si los Ordenamientos jurídicos europeos son o no convergentes (*Sein*) y otra diferente, de ángulo político, es de si la armonización del Derecho privado europeo es o no deseable (*Sollen*). Se trata, por tanto, de una visión político-jurídica del futuro de Europa, de responder a la pregunta sobre qué dirección debería tomar el Viejo Continente y sus Ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁴. Después de vivir la experiencia de dos guerras mundiales, Europa, consciente de todos los peligros e inconvenientes que trae un nacionalismo extremo, inició el proceso de cooperación dirigido a sustituir la sola persecución de los intereses nacionales. La consiguiente caída del muro de Berlín en el año 1989 se convirtió en el símbolo de un proyecto histórico de una Europa unida que culminó con la adopción del Tratado de Unión Europea firmado en Maastricht en el 1991 y la gran ampliación de ésta hacia el centro y este del continente en el año 2004. Detrás de las razones político-históricas

⁵² Las consecuencias de la globalización para el Derecho y el concepto de las traslapadas redes cooperativas está recogido en Karl Heinz LADEUR, “Towards a Legal Theory of Supranationality- The Viability of the Network Concept”, *European Law Journal*, vol. 3, n°1, March 1997, pp. 33-54, véase también Günther TEUBNER, “Regime- Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol.25, núm.4, 2004, pp. 999- 1045 accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Publika/PublikaEngl/index.html>, (fc: 27.10.2006), y Günther TEUBNER “*Coincidencia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organisation*”, *Storrs Lectures 2003/04*, Yale Law School, en Robert GORDON/Mort HORWITZ (eds.), *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman*. Stanford University Press 2006, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Publika/PublikaEngl/index.html>, (fc: 27.10.2006).

⁵³ Véase Günther TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *op.cit.*, pp. 248-249.

⁵⁴ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 132.

vienen también las de índole económico. En un mundo globalizado en el que las antiguas potencias (los Estados Unidos) compiten con las nuevas potencias emergentes (como China) la Unión Europea se convierte en un proyecto económico capaz de promover la estabilidad, el crecimiento y la competitividad internacional.

¿Cuál sería entonces la solución? Para los que creen en una Europa unida y confían en que el Derecho constituye una de las herramientas con las que conseguir las finalidades establecidas quizá admitir “no va a ser fácil, pero lo haremos lo mejor posible” es un buen punto de partida⁵⁵. A este efecto, se ha dicho que el antiguo *ius commune* hace dos siglos que sufrió un proceso de desintegración y lo que no podemos esperar es que el nuevo *ius commune* sea una creación concebible a corto plazo. La consecución de los resultados llegará en el mejor de los casos dentro de unas décadas, no de años⁵⁶.

Pues bien, se ha propuesto como uno de los modelos para llegar a esta meta la llamada armonización reflexiva⁵⁷. Tal armonización difiere de la tradicional centralización regulatoria en cuanto que se aparta de la idea de una intervención de las autoridades centralizadas dirigida a promover un código legislativo uniforme; una intervención que imposibilita cualquier iniciativa regulatoria individual a nivel doméstico dentro del campo armonizado. Entre los objetivos principales de la armonización reflexiva se señalan sobre todo dos: 1. permitir que el impulso general hacia las soluciones jurídicas comunes se adapte de forma más precisa y adecuada a las necesidades locales y preferencias dentro de cada Estado Miembro de la Unión Europea y 2. Facilitar a la Comunidad Europea mantenimiento de un sano almacén de ideas jurídicas en el que los Estados Miembros podrían inspirarse a la hora de enfrentarse con los retos dimanantes de los continuos cambios en tecnología científica o comportamientos del mercado que constantemente crean dilemas regulatorios y requieren de nuevas soluciones políticas⁵⁸.

⁵⁵ Así, por ejemplo, Vernon PALMER, sobre el uso adecuado del Derecho comparado. Véase Vernon Valentine PALMER, “From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁶ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 162.

⁵⁷ Véase Simon DEAKIN, “Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros”, *C.Y.E.L.S.*, núm. 2, 1999, pág. 231 y ss.

⁵⁸ Michael DOUGAN, “Vive La Différence? Exploring the Legal Framework for Reflexive Harmonization Within the Single European Market”, *Annual of German and European Law*, Russell MILLER/Peer ZUMBANSEN, vol.1-3, 2003, pág. 124.

El modelo de la armonización reflexiva nace del análisis del Derecho como sistema autopoiético elaborado por TEUBNER. Se parte de la idea de que los Ordenamientos jurídicos nacionales son cerrados, construyendo y perpetuando sus propios elementos de forma autorreferencial. Este *status quo* implica que se mostrarán reacios a cualquier imposición de la normativa supranacional desde arriba que exige que se la interprete y aplique de forma idéntica en cada Estado Miembro de la Unión Europea. No obstante, a la vez de que los individuales Ordenamientos jurídicos estén cerrados, permanecen cognitivamente abiertos a las circunstancias externas que les rodean de forma que estas últimas pueden influir indirectamente sobre su evolución. En este sentido se habla del llamado proceso de “interferencia” que consiste en que las ideas elaboradas a nivel europeo entran en el contacto inmediato con los sistemas nacionales a través de una serie de enlaces institucionales o conceptuales. En consecuencia, se produce el proceso de “perturbación”- la nueva información es ingerida por cada Ordenamiento y procesada de acuerdo con sus propias reglas, estimulando el proceso de evolución de cada unidad autorreferencial. A pesar de que los efectos de dicho proceso pueden ser muy complejos e impredecibles, se considera que incitar y liderar el proceso de evolución de los Ordenamientos jurídicos nacionales en la línea con los principios generales del Derecho europeo dará mejores resultados en términos de conseguir los objetivos perseguidos que una imposición directa⁵⁹. Las culturas jurídicas no son estáticas⁶⁰. Los Ordenamientos nacionales están hoy en día constantemente expuestos a diferentes estímulos externos y aunque puede ser que las iniciativas europeas lleven en un principio y en algunas materias hacia un “ruido continental” llevando a disonancias y distintas versiones del mismo Derecho en cada Estado Miembro de la UE⁶¹, el constante diálogo dentro de la mencionada red global de comunicaciones tiene por fuerza que llevar a una “normalización”. Es en este sentido que algunos de los comparativistas creen que más que hablar en términos de irritación, deberíamos pensar en el “Derecho en transposición”⁶².

Ahora bien, muy diferentes son las técnicas regulatorias que pueden contribuir al desarrollo del modelo reflexivo de la armonización. Entre ellas se mencionan las

⁵⁹ Michael DOUGAN, “Vive La Différence? Exploring the Legal Framework for Reflexive Harmonization”, *Annual of German and European Law*, Russell MILLER/Peer ZUMBANSEN, vol.1-3, 2003, pp. 124-125.

⁶⁰ Paula GILIKER, *The Europeisation of English Tort Law*, Hart Publishing,, Oxford, 2014, pág. 34.

⁶¹ Günther TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences”, *Modern Law Review*, vol.61, 1998, pág. 20.

⁶² Esin ORÜCÜ, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 2, April 2002, pp. 205-223.

llamadas iniciativas *soft law*, como las que están en oposición al *hard law*⁶³. La más común definición de unas y otras gira en torno a la distinción binar no vinculante-vinculante, respectivamente. Para concretar más, se ha señalado que se trata con *soft law* en todos los casos en los que un acuerdo legal esté debilitado en una de sus tres dimensiones: obligación, precisión o delegación. Por tanto, tendrá consideración de *soft law* un acuerdo en cuanto no es vinculante o, siendo vinculante carezca de la debida precisión dejando a las partes una total discreción en su aplicación. Finalmente, se tratará con *soft law* cuando un acuerdo no delegue ninguna autoridad de vigilar su implementación, interpretar o ejecutarlo a la tercera parte⁶⁴. Dentro de las iniciativas *soft law* cabría catalogar, por tanto, a los Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil, elaborados por el EUROPEAN GROUP OF TORT LAW⁶⁵. En este sentido, incluso los que apuestan por un Derecho europeo de la responsabilidad civil diverso argumentando que el discurso en materia del Derecho privado europeo y, en especial, en el campo del Derecho europeo de daños debería estar abierto y apoyarse en un constante y extensivo intercambio de información que, a través del aprendizaje y préstamo de ideas, soluciones y reglas diseñadas en otros Ordenamientos jurídicos facilitaría un desarrollo dinámico y diverso de Derecho, creen que la redacción de unos Principios o incluso de unos no vinculantes *Restatement* del Derecho europeo de la responsabilidad civil sería lo deseable⁶⁶.

Así se ha llegado al momento en el que se ha de hacer referencia al enorme papel que en la armonización de los Derechos europeos podría desarrollar la judicatura. Su contribución a la evolución del Derecho ha sido reconocida ya por los juristas y comparativistas más destacados de diferente procedencia nacional⁶⁷. En lo que al contenido del Derecho de daños se refiere, se ha dicho que éste ha sido históricamente determinado por los jueces y que dicho fenómeno sigue produciéndose incluso con más intensidad, impuesto por el deseo de cumplir con las necesidades sociales⁶⁸. Los

⁶³ *Ibidem*, pág. 125.

⁶⁴ Gregory SHAFFER/Mark A. POLLACK, "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 712-715.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, Martijn Willem HASSELINK, "The New European Legal Culture", *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pág. 53.

⁶⁶ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pp. 162-163.

⁶⁷ André TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1981, nr 15, Josef ESSER, "Responsabilité et garantie dans le nouvelledoctrine allemande des actes illicites", *RIDC*, 1961, pág. 481, Ernest VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, Mueller, Karlsruhe, 1960, pp. 478-479 y Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 135.

⁶⁸ André TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1981, nr 15.

comparativistas subrayan que los jueces actúan como “afinadores” del Derecho, construyendo puentes entre las divisiones sociales a través de un proceso de adaptación del Derecho. El proceso de afinar podrá ser considerado exitoso una vez los “prestamos” fueran selectivos, resultaran en la mezcla y llevaran al proceso de homogenización en los tribunales. Para conseguir un desarrollo fructuoso, pues, las normas o estándares necesitan ser internalizados. En este sentido, algunos autores hablan de armonía en vez de armonización, argumentado que aquella puede ser conseguida a través de la simultánea apreciación y eliminación de las diferencias⁶⁹.

Dicho esto, existen voces que asignando el papel predominante en la evolución del Derecho de daños a la jurisprudencia más que al legislador abogan por el sistema de la introducción de las reglas generales que confiaría el desarrollo del núcleo del Derecho de daños a los tribunales. Como una razón para esto se señala la habitual impotencia del legislador, incapaz de regular todos los aspectos de la vida cotidiana. Dichas reglas generales podrían ser complementadas por el legislador en las aéreas específicas cada vez que considere que tal intervención sea necesaria. La creación de unas reglas adicionales especiales de la responsabilidad objetiva podría ser uno de los ejemplos de esta injerencia. De esta manera, el legislador tendría la última palabra, pudiendo regular la protección otorgada por la jurisprudencia restringiendo o ampliándola⁷⁰. Se ha dicho, pues, que la presión que ejerce la globalización sobre el Derecho puede llevar a la reestructuración del marco de la jerarquía de las fuentes jurídicas, configurándolo como un sistema heterárquico basado en la distinción entre *centro y periferia*. Dicho cambio en la jerarquía conduciría a que el poder legislativo se vería desplazado y descentralizado pasando de su privilegiada posición a las periferias, mientras los tribunales con su poder de creación judicial de las reglas ocuparían el centro. Tal distinción entre el centro y periferia no se traduciría, sin embargo, en que a partir de entonces los tribunales serían más importantes en la jerarquía que el poder legislativo. Este último mantendría su función primordial, consistente en la producción de las normas jurídicas⁷¹.

La distinción entre las reglas más específicas y las reglas abstractas tiene su implicación también para el Derecho comparado y en la materia de la armonización de

⁶⁹ Esin ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 51, 2002, pág. 221.

⁷⁰ Cess VAN DAM, *European Tort Law, op. cit.*, pp. 135-136.

⁷¹ Este análisis ha sido elaborado por el autor en ocasión de comentar el fenómeno de *lex mercatoria*. Véase Günther TEUBNER, “Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria”, *European Journal of Social Theory*, núm. 5, 2002, pág. 207.

los Derechos. Por lo general, se considera, pues, que las reglas cuyo ámbito de aplicación se encierra en áreas menos amplias y mejor definidas proporcionan una mejor orientación, siendo a la vez, sin embargo, menos flexibles y adaptándose peor a los futuros desarrollos. Las reglas abstractas responden mejor a los cambios socio-económicos y ofrecen más consistencia y coherencia, pero dejan, en cambio, discreción a los tribunales nacionales tendentes a interpretar los amplios conceptos armonizados de acuerdo con su perspectiva nacional. Tal solución, se ha dicho, podría llevar a la desarmonización en vez de a la armonización⁷². La cuestión tiene, sin embargo, otro aspecto más. Los conceptos generales, aunque pueden llevar a distintos efectos, facilitan la recepción permitiendo el ajuste de la regla al nuevo contexto y que su aplicación esté en línea con la doméstica política jurisprudencial⁷³. Las más precisas reglas técnicas pueden, en cambio, resultar en la repulsión en todos estos casos en los que dichas reglas, sin ser flexible, se encontrarían con la resistencia originada por las tendencias nacionales, la falta de disposición para aceptar el cambio y el deseo de aislar la regla⁷⁴. En este sentido TEUBNER habla de la internalización del proceso de selección en el autónomo sistema de Derecho. La selección de las reglas está sujeta a una altamente específica dinámica evolutiva que se encierra en una compleja interacción entre clientes, abogados, jueces y juristas, formando ellos parte del proceso de validación. Si una regla pasará o no por este proceso dependerá de si la innovación encaja o no con la estructura jurídica existente y de su compatibilidad con el código legal. Para ilustrar mejor este proceso TEUBNER utiliza la metáfora de una “mano escondida” que guía la evolución de las normas jurídicas en diferentes direcciones. De ahí que en una doctrina jurídica que consiste de diversas estructuras, conceptos jurídicos, precedentes, reglas y principios las nuevas variaciones sean asumidas una vez que pasen por el test de consistencia temporal y conceptual. Es lo que se denomina la institucionalización del Derecho moderno de su propia re-estabilización. Se ha dicho también que dada la autonomía del proceso evolutivo del Derecho, lo que influye en su desarrollo no es tanto la eficiencia de las reglas adquiridas, sino su estructural encaje con el vasto y acumulado material jurídico. Con esto no se quiere negar que los factores económicos incidan sobre el Derecho, sino que se subraya que tales influencias son efectivamente meditadas y

⁷² Günther TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences”, *Modern Law Review*, vol.61, 1998, pág. 20.

⁷³ Cees VAN DAM, “European Tort Law and the many Cultures of Europe”, T. WILHELMSON (ed.), *Private Law and the Cultures of Europe*, Kluwer Law International, The Hague, 2007, pág. 72.

⁷⁴ Paula GILKER, *The Europeisation of English Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pág. 33.

sustancialmente transformadas a través de su reconstrucción por las pantallas internas del Derecho. No es, por tanto, que el Derecho evolucione hacia la eficiencia, sino que co-evoluciona con el igual de autónomo sistema económico⁷⁵.

La mencionada distinción entre las reglas detalladas y abstractas es relevante también en el contexto de las dos concurrentes proposiciones de la armonización del Derecho de daños: la del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW y la del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. En este sentido, los hay quienes consideran que las precisas y específicas reglas contenidas en el Libro VI del DCFR, comparadas con las más generales regulaciones de los PETL, son demasiado complejas y rígidas por lo que pueden llevar a unas soluciones controvertidas. Con ello se concluye que dicho Libro VI es válido para el discurso sobre el Derecho europeo de la responsabilidad civil siempre y cuando lo tratemos más que como un modelo para la futura armonización en la materia del Derecho de daños, tan sólo como un documento para la discusión⁷⁶. Con esta misma crítica fue bienvenida la propuesta del SGECC en la materia de la responsabilidad objetiva. La sección “accountability without intention or negligence” del DCFR que de forma precisa regula diferentes supuestos de la responsabilidad objetiva, ha sido recibida con una grande dosis de sorpresa⁷⁷ a la vista de la extendida fe compartida por los comparativistas de que la cláusula general de la responsabilidad por culpa debería ser completada por una cláusula general de la responsabilidad objetiva⁷⁸. Los Principios del SGECC fueron criticados también por prescindir en su redacción de reflejar la indiscutible relación entre las reglas sustantivas y procesales;

⁷⁵ Günther TEUBNER, “Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and legal Institutions in the Varieties of Capitalism, John ZIMAN (ed.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 165-166.

⁷⁶ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, op. cit., pág. 158. De forma parecida, Ken OLIPHANT, “Rival Perspectives on European Tort Law (A Comparative Analysis)”, *ETL*, 2009, pág. 694.

⁷⁷ Gerhard WAGNER, “The Law of Torts in the DCFR”, *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Gerhard WAGNER (ed.) Sellier, European Law Publishers, München, 2009, pág. 242. De forma parecida Gert BRÜGGEMEIER, “Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: The Making of a Hybrid”, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alessandro SOMMA (ed.), Kluwers Law International, The Netherlands, 2009, pág. 192.

⁷⁸ Hein D. KÖTZ, „Gefährdungshaftung- Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, Bundes Minister der Justiz (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. II, 1981, pp. 1779 y 1785 (1779-1834), Hein KÖTZ, Haftung für besondere Gefahr, Generalklausel für die Gefährdungshaftung, 1970, *AcP*, núm. 170, pág. 41 (1-41), Erwin DEUTSCH, Methode und Konzept der Gefährdungshaftung, 1971, *VersR*, pp. 2 y ss, Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., 1996, para. 707 y ss. Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, De Gruyter, Berlin/New York, 1971, pp. 17 y ss., Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, 1980, pp. 277 y ss., Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, parte 2, 13ª ed., 1994, §84 I 1, pág. 602. Desde el punto del Análisis Económico del Derecho véase Roger J. van den BERGH/ L.T. VISSCHER, “The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?”, *ERPL* núm. 14, 2006, pág. 531.

interdependencia que los PETL sí tienen en cuenta. Dicho comentario, aunque hecho en ocasión de analizar la regulación que concierne a los contratos, es perfectamente aplicable al Derecho de daños. En este sentido se ha dicho que hay veces que la adjudicación de la indemnización depende no solamente del Derecho material, sino también del Procesal, siendo éste el caso de los supuestos que se ven afectados por las reglas procesales sobre la disponibilidad de la prueba, presunciones o estándar de prueba. Dichas herramientas perfilan de alguna manera las normas sustantivas, por lo que unos Principios de Derecho Privado Común Europeo que no comprenden armonizadas reglas procesales relevantes para la valoración del daño no sólo no pueden considerarse exhaustivas, sino que además ponen en duda una exitosa implementación de sus reglas dada una alta posibilidad de que sean rechazadas por el contexto procesal⁷⁹.

Finalmente los hay quienes participando en el debate sobre la enigmática futura armonización de los Derechos europeos creen que el éxito de los distintos proyectos académicos demuestra que la Unión Europea no necesita financiar a gran escala escogidos a este efecto grupos específicos de profesores, como lo hizo con el SGECC o que quizá debería prestar su apoyo a un número superior de iniciativas privadas que en condiciones de igualdad podrían generar unos potencialmente conflictivos Principios de Derecho Privado Europeo, estimulando de esta manera el debate sobre el núcleo común y la convergencia y, lo que conlleva, sobre el Derecho mismo⁸⁰.

Dicho esto, no me queda más que concluir que si partimos de la premisa de que el Derecho como sistema autopoietico constituye un sistema comunicativo que se auto reproduce de sus propios elementos de forma autorreferencial, su desarrollo hacia las soluciones armonizadas requiere una internalización de los elementos comunes que permitiese esta auto referencia. En este sentido, puede que sea el legislador quien escoja trasplantar algunas soluciones al Ordenamiento nacional, o puede que la transposición de algunas ideas se efectuó a través de la jurisprudencia. El “proceso de afinar”, sin embargo, como señala la doctrina comparada, debería tener lugar a todos los niveles, también en las universidades si se quiere que los proyectos como los mencionados con

⁷⁹ Thomas ACKERMANN, “Beyond Expectation? An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damage”, *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Gerhard WAGNER (ed.) Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 54-55. Sobre la importancia de considerar las normas sustantivas junto con las procesales también Luke NOTTAGE, “Convergence, Divergence, and the Middle Way”, *Annual of German and European Law*, Russel MILLER/Peer ZUMBANSEN (ed.), Berghahn Books, 2003, pág. 235.

⁸⁰ Luke NOTTAGE, “Convergence, Divergence, and the Middle Way”, *Annual of German and European Law*, Russel MILLER/Peer ZUMBANSEN (ed.), Berghahn Books, 2003, pp. 239-240.

anterioridad trasciendan⁸¹. De hecho, la evolución en el Derecho tiene lugar no solamente como consecuencia de la trasplatación de las reglas jurídicas, sino, sobre todo, a través de la interpretación de los textos jurídicos por los actores legales. Las constituciones, leyes, precedentes, contratos, voluntades, cartas organizacionales constituyen “medios” donde se inscriben varias y muy diversas formas de interpretación. El Derecho evoluciona, por tanto, no solamente debido a que sucedan cambios en un comportamiento o en una regla, sino más bien gracias al proceso institucionalizado que comprende controversias jurídicas en los tribunales y cámaras legislativas, así como relaciones conflictivas entre opiniones dominantes y teorías desviacionistas⁸². A veces, por tanto, más que abogar por una “innovación” se trata de dar a esta interpretación una dirección correcta.

⁸¹ Esin ORÜCÜ, “Law as Transposition”, *op. cit.*, pág. 221.

⁸² Günther TEUBNER, “Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and legal Institutions in the Varieties of Capitalism, John ZIMAN (ed.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 165.

CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS Y TÉCNICAS DE DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

1. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA [O CÓMO SE JUSTIFICA SU INTRODUCCIÓN.]

1.1 Una nueva realidad social.

El siglo XIX impregnado por la filosofía liberal y económica ha visto la elaboración de los primeros Códigos Civiles europeos bajo el dogma “no debería haber responsabilidad sin culpa”⁸³. El punto central en el que se centraba el legislador de entonces consistía en delimitar las esferas de Derecho en las que las personas podían desarrollar su individualidad. Así, se indicaba que, a la hora de considerar si y como actuar, las personas deberían tener en cuenta los intereses jurídicos de los demás⁸⁴. En casos en los que estos intereses eran incompatibles, el Ordenamiento jurídico se encargaba de encontrar el equilibrio entre ellos. A este efecto, cada sistema legal, por una parte, otorgaba a todo el miembro de la sociedad el derecho de preservar sus intereses sin que los otros los vulnerasen o pusiesen en peligro, y por otra permitía que los derechos de los individuos fueran desarrollados de forma libre. Estas dos reglas llevaron a la erupción de un Principio General de Derecho de acuerdo con que el límite hasta el que una persona puede llevar a cabo una actividad se encuentra en la vulneración de intereses de otras personas. En el Derecho de daños esto se traducía en la imposición de la responsabilidad por culpa, es decir, era suficiente cumplir con el estándar de diligencia exigible⁸⁵.

⁸³ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Miquel MARTÍN CASALS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 106.

⁸⁴ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ (trad. por Tony WEIR), *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 648.

⁸⁵ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 284.

Paradójicamente ya en el siglo XIX la realidad socio-económica provocó que dicha idea quedara obsoleta, por lo menos en parte⁸⁶. En estas nuevas condiciones, el Derecho de daños basado solamente en el principio de responsabilidad por culpa era difícilmente aceptable y sostenible⁸⁷. El aumento del maquinismo y el desarrollo de nuevas tecnologías han dado como resultado que todo aquel que tomaba parte activa en el tráfico fuera expuesto a multitud de nuevos riesgos que tenía que aceptar sin disponer de una suficiente protección contra los eventuales daños⁸⁸. Tal desarrollo ha llevado a lo que hoy en día se suele denominar “otra modernidad” - “la sociedad de riesgo” o “era de riesgo”⁸⁹. A partir de este momento el empleo de todas las medidas de cuidado posibles o, por lo menos, de las económicamente razonables no fueron suficientes para prevenir la producción de daños que, de esta manera, se convertían en inevitables. En tales supuestos la actividad de la que dimanaban los daños podía calificarse de peligrosa, mientras el riesgo que comportaba se traducía en la restricción o deterioro de los intereses de los demás. Así las cosas, según el principio expuesto con anterioridad, si solamente se tuvieran en cuenta los intereses de la parte vulnerable, desarrollar una actividad peligrosa comportaría una intervención injustificada en la esfera de dicha parte, por lo que el riesgo que crease esta actividad debería estar, en consecuencia, prohibido⁹⁰. Sin embargo, algunas actividades, a pesar de ser generadores de riesgos, son a la vez beneficiosas para la sociedad, de ahí que hoy en día exista un acuerdo común por el que se permite su desarrollo en interés de la sociedad con la condición de que su ejercicio esté sujeto al control necesario y dirigido a reducir el riesgo involucrado a niveles mínimos, para que de esta manera, pudiera ser aceptable⁹¹. Por otra parte, el hecho de que los incidentes en caso de las actividades peligrosas son inevitables hace que las víctimas de estos accidentes tengan que estar provistas de una protección

⁸⁶ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 106.

⁸⁷ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ (trad. por Tony WEIR), *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 648.

⁸⁸ José FERRANDIS VILELLA, Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMAN, *Derecho de obligaciones*, t. II-2, vol. 2, edición española con anotaciones de Blas Pérez González/ José Alguer, pág. 1024.

⁸⁹ Ulrich BECK, *Risiko-Gesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp*, Frankfurt am Mein, 1986, Ulrich BECK, *Risk Society, Towards a New Modernity*, Sage Publication, London, 1992, (trad. por Mark RITTER), Jonathan SIMON, “The Emergence of a Risk Society. Insurance, Law and the State”, *Socialist Law Review*, núm. 95, 1987, pp.61-89.

⁹⁰ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 284-285.

⁹¹ En España así lo entiende Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 555. En la doctrina italiana, Massimo FRANZONI, «Dei fatti illeciti», en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano*. Bolonia, Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1993, Roma, pág. 482.

económica. Ésta ha de ser suministrada por el sistema legal aplicable⁹². También se ha puesto de relieve que el individuo que necesita utilizar la actividad de la que dimanen determinados riesgos, de los que no puede precaverse, no es capaz de influir en la organización interna, ya sea de la institución que lleva a cabo tal actividad, como de la actividad misma. De ahí que persona ajena se encuentre impotente frente a las instituciones modernas, siendo a la vez entregada a ellas. En la doctrina se ha subrayado también la posición social del individuo frente a las grandes empresas. En consecuencia, en los casos descritos con anterioridad se da la situación en la que ninguna de las partes es culpable, pero es evidente que la institución está “más próxima al daño”, tiene mayor relación moral con él⁹³. La extendida protección de la potencial víctima en estos casos, por tanto, tiene como condición que ésta se vea obligada de soportar transgresiones de otro individuo, es decir, que esté obligada a exponerse a los peligros teniendo a su alcance posibilidades limitadas de soslayarlos⁹⁴.

Así, el primitivo principio según el cual una persona puede desarrollar una actividad sólo cuando ésta no vulnera derechos de los demás, ha sido completado por el otro, ya que un derecho privado debe retroceder ante un interés superior de la comunidad sin que a su titular le sea posible defenderse, siendo compensado de forma prudencial el obligado a sacrificar su derecho.

En consecuencia, en el otro polo dentro del Derecho de daños, emergió el régimen de la responsabilidad sin culpa. No obstante, semejante erosión del modelo clásico requería un fuerte apoyo ideológico que lo justificara. La instauración de la nueva regla que abrió brecha en el régimen antiguo requería, por lo menos en determinados ámbitos socio-económicos un esfuerzo por parte de los defensores de la objetivación, dirigido a la alteración de la fundamentación jurídica en la que tradicionalmente se sustentaba el sistema en búsqueda de nuevos criterios de orden social y moral⁹⁵. El problema con el que se enfrentaron los juristas era fijar cómo una

⁹² Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *Nuclear Accidents Liabilities and Guarantees, Proceedings of the Helsinki Symposium*, 1992, pp. 185.

⁹³ Th SÜSS, “La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán”, trad. por J. NAVAS MÜLLER, *Revista de Derecho Privado*, t. 27, 1943, (enero- diciembre), pág. 154.

⁹⁴ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 555 y José FERRANDIS VILELLA/Ludwig ENNECERUS/Heinrich LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, t.II-2, vol.2, ed. Española con anotaciones de Blas PERÉZ GONZÁLEZ/José ALGUER, pp. 1023-1025.

⁹⁵ Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Thompson Aranzadi, 2003, pág. 220.

responsabilidad que prescindía de culpa podría estar sustentada en estas razones. Dicho de otra manera, la cuestión era determinar cuándo la víctima de un evento dañoso se debería quedar sin compensación y en que supuestos los daños deberían ser soportados por el sujeto que de forma determinada y particular estaba relacionado con la actividad de la que dimanó dicho evento. El hecho de que la introducción de la responsabilidad objetiva suele sustentarse en las razones de índole moral no ha sido aceptado por todos los estudiosos de la Teoría de Derecho. Existen pues, voces que también hoy en día argumentan que su imposición carece de la suficiente justificación moral. A este efecto, se ha señalado que el principio de la responsabilidad sin culpa vulnera la justicia correctiva debido a que restringe de forma excesiva la esfera de actuar del demandado otorgando demasiada protección a la víctima⁹⁶.

Volviendo a las concepciones socializantes, se puede afirmar que en esta materia hemos experimentado una revolución que ha ocasionado un profundo cambio del pensamiento jurídico, que a partir de entonces reclama la nivelación de los daños y que ésta esté informada por las modernas ideas de la justicia social⁹⁷. Así pues, fuimos testigos del nacimiento de una nueva mentalidad colectiva que desplazó el punto neurálgico de la culpabilidad de quien produce los daños a la indemnización de los que los sufren⁹⁸. El razonamiento enraizado en los patrones económicos, desarrollado primero al otro lado del Océano Atlántico por nuestros colegas norteamericanos, aparecería después en el Viejo Continente. El Análisis Económico de Derecho trasladó el punto de gravedad desde el aspecto moral de la finalidad política del Derecho de daños hacia la eficiencia social. Hoy en día el debate se centra en la cuestión de si el Derecho privado, y más precisamente Derecho de daños, debería estar analizado en términos de la justicia correctiva o más bien si ha de estar considerado como un medio de realización de diferentes finalidades económicas y sociales⁹⁹.

⁹⁶ Ernest WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1995, pp. 171-203.

⁹⁷ José FERRANDIS VILELLA/Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMAN, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 1024.

⁹⁸ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad", en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 128.

⁹⁹ Véase a este efecto, Hanoch DAGAN, "The Distributive Foundation of Corrective Justice", *Michigan L. Rev.* vol. 98, núm.1, 1999, pp. 138-166, ,

Desde el punto de vista del Análisis Económico de Derecho la imposición de la responsabilidad objetiva tiene su justificación en la prevención de daños¹⁰⁰. Se ha dicho que la imposición de la responsabilidad objetiva a las actividades de alto riesgo se justifica de diferentes maneras y depende de si entre el demandado y la víctima existe una relación de mercado (*market relation*), hecho que ocurre en caso de productos defectuosos¹⁰¹.

En los supuestos en los que tal relación no existe, se ha señalado que la regla de responsabilidad crea no solamente incentivos para prevención eficaz de perjuicios, sino también es capaz de inducir niveles eficaces de la actividad. Cuando se aplica la regla de la responsabilidad por culpa, el demandado no es responsable si ejerce un nivel de cuidado que equivale o excede el deber de diligencia, se desentiende del riesgo restante y, por tanto, sobrepasa el nivel de la actividad que maximiza bienestar. Por lo contrario, la responsabilidad objetiva lleva al cuidado óptimo y a un eficiente control de actividad, dado que el demandado en cada caso internalizaría riesgo de responsabilidad en su totalidad. Por tanto, como se suele argumentar, la regla de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva equivalen en cuanto a los incentivos para prevención de daños. Esta última, sin embargo, parece ser una solución mejor en términos de control de las actividades peligrosas¹⁰².

Dicho de otra manera, la introducción de la responsabilidad objetiva no estaría justificada si el cuidadoso manejo de la fuente de peligro fuera el único factor que

¹⁰⁰ Erwin DEUTSCH, „Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung“, *NJW* 1992, pág. 74. Michael FAURE, „The Economic Analysis of Tort Law and the European Civil Code“, *Towards European Civil Code*, Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Chantal MAK, Edgar DU PERRON (ed.), Wolters Kluwer, ArsAequi Libri, The Netherlands, 2011, pág. 978, Los PETL, art. 10:101. Guillaume ETIER/Christophe PETERMANN, “Innovation ou Rénovation?, Le retour du risqué en tant que fondement refoulé de la responsabilité civile”, *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Bénédicte FOËX/Franz WERRO (ed), Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, pp. 25-26.

¹⁰¹ Martin NELL/Andreas RICHTER, *The Design of Liability Rules for Highly Risky Activities- Is Strict Liability the Better Solution*, Working Papers on Risk and Insurance, Hamburg University, núm. 1, June, 2001, pág. 1. Observe se, sin embargo, que según una parte de la doctrina española la responsabilidad por productos defectuosos no se basa en la idea de riesgo. Es decir, no puede ser considerada como una actividad que crea un previsible y muy significativo riesgo de daño, incluso si la persona que la lleva a cabo ejerce toda la diligencia debida en su administración. Así Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defenses. A Critical View 'from Outside'”, *InDret* 3/2005, pág. 8. Según algunos de los autores del círculo germánico el fundamento de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos está situado no en un riesgo abstracto que procede de una fuente de peligro, sino en un riesgo concreto proveniente de un defecto (*Konkrete Mangelgefahr*). Véase Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 288.

¹⁰² Martin NELL/Andreas RICHTER, *The Design of Liability Rules for Highly Risky Activities- Is Strict Liability the Better Solution*, Working Papers on Risk and Insurance, Hamburg University, núm. 1, June, 2001, pág. 1.

incide en la evitación de los daños, es decir, si lo único que pudiera influir en la producción de daños fuera “como” desarrollar una actividad. El análisis económico de Derecho confirma este status quo. En cuanto a establecimiento de niveles de cuidado que fuesen económicamente eficientes, tanto responsabilidad por culpa como responsabilidad objetiva transmiten idénticos estímulos para una actuar cuidadoso. El análisis económico de Derecho, no obstante, ha logrado mostrar que junto con “como” también “si” desarrollar una actividad puede constituir objeto de consideraciones preventivas en el Derecho de daños. Aquí, en consecuencia de la imposición de responsabilidad objetiva, el causante de daño tendrá incentivos no solamente para cumplir con el deber de cuidado eficiente desde el punto de vista de costes sino también para elegir adecuados niveles de actividad. Por tanto, la responsabilidad objetiva aplica en particular a este tipo de actividades que son anormalmente peligrosas en sentido de que a pesar del cumplimiento de deber de cuidado exigible causan daños de considerable extensión. Se trata en este caso de manejo de frecuencia de ejercicio de determinada actividad¹⁰³. Como paradigma de dicho razonamiento se podría señalar un ejemplo suministrado en su tiempo por el juez norteamericano POSNER:

El mantener a un tigre en el jardín de una persona podría considerarse una actividad anormalmente peligrosa. El peligro en este caso es de tal gravedad, en lo que se refiere al valor de la actividad, que deseamos no solamente que el dueño del animal cumpla con el estándar de diligencia exigible para que el tigre no se escape, sino además que aquel considere seriamente la posibilidad de deshacerse del animal como tal; a este efecto le proporcionamos un incentivo para que lo considere, negándole la posibilidad de liberarse de la responsabilidad por los daños causados por el tigre a través de la prueba de ejercicio de diligencia exigible haciéndole responsable de dichas lesiones de forma objetiva¹⁰⁴.

Si la relación entre el demandado y la víctima existe en el mercado, se suele señalar que en el mundo de la homogénea y completamente informada víctima, ambas

¹⁰³ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 287. Estas conclusiones derivan de los estudios conducidos por los autores más destacados que se han ocupado del Análisis Económico de Derecho como Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, pág. 29, EL MISMO, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, pág. 2006, William LANDES/Richard POSNER, „The Positive Economic Theory of Tort Law“, *Georgia Law Review*, 1981, pp. 851-924, Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970, Michael FAURE, „Economic Analysis“, *Unification of Tort Law: Strict liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 364-367. Así también Gerhard WAGNER, “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts“, en Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pág. 230 y ss., EL MISMO, „Comparative Tort Law“, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, OUP, Oxford, 2006, pág. 1034.

¹⁰⁴ *G J Leasing Co v Union Elec Co 54 F 3d 379, 386 (7th Cir 1995) (Posner J)*.

reglas, tanto la de responsabilidad por culpa, como la de responsabilidad objetiva, serían equivalentes en términos de crear incentivos para la prevención de daños, así como para controlar el nivel de actividad. Este hecho se fundamenta en que el riesgo restante a los niveles de la eficaz prevención de daños está repartido en su totalidad entre las víctimas, o bien directamente en caso de responsabilidad por culpa, o bien indirectamente a través del precio de producto en caso de responsabilidad objetiva, asumiendo que no existiesen externalidades¹⁰⁵. Como razón para la supuesta superioridad de responsabilidad objetiva en estas circunstancias se esgrime la existencia de considerables problemas en cuanto a la determinación del cuidado eficiente, en comparación con otras áreas de Derecho de daños, y el hecho que solamente responsabilidad objetiva crea incentivos para la investigación y desarrollo de las nuevas tecnologías de seguridad¹⁰⁶.

En cuanto a los inicios de la doctrina de la responsabilidad objetiva en España, el año 1931 vio la primera sistemática exposición de los supuestos de la responsabilidad sin culpa ponderada en virtud del riesgo específico dimanante de la actividad en cuestión en la tesis doctoral de Adolfo DE MIGUEL GARCÍLOPEZ¹⁰⁷. El estudio señalaba que, hasta la segunda mitad del siglo XIX, existían algunas teorías en relación a la responsabilidad objetiva, todas ellas sin una fuerte base filosófica. Con el paso de tiempo la doctrina se empeñó en encontrar un denominador común sistematizando sus fundamentos y sus concretas manifestaciones. No obstante, a pesar del gran potencial que presentaban los preceptos incluidos en el Código civil y dado que la culpa se percibía como requisito imprescindible que dificultaba el desarrollo del nuevo régimen, los casos recién introducidos de la responsabilidad objetiva seguían siendo considerados como anómalos o excepcionales¹⁰⁸. Tres años más tarde, en el año 1934 a la monografía mencionada con anterioridad se adjuntó un pequeño estudio, una traducción del libro “Las obligaciones precontractuales” de Arthur HILSENRAD por Faustino MENÉNDEZ-PIDAL MONTES, en cuyo apéndice sobre el Derecho español el autor afirmaba que el Derecho positivo en España recogía el sistema objetivo de la responsabilidad basado en la idea de riesgo en un conjunto de preceptos, siendo éstos el art. 1905, 1908,2º,

¹⁰⁵ William LANDES/Richard POSNER, “A positive Economic Analysis of Products Liability”; *Journal of Legal Studies* núm. 14, 1985, pág. 535.

¹⁰⁶ Susan ROSE-ACKERMAN, “Tort Law in the Regulatory State”, en Peter .H. SCHUCK, (ed.), *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation, and Consumer Welfare*, Norton, New York, 1991.

¹⁰⁷ Adolfo DE MIGUEL GARCÍLOPEZ, *La responsabilidad sin culpa*, Imprenta Revista Ibérica, Barcelona, 1931.

¹⁰⁸ Mariano MEDINA CRESPO, *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 134.

1908,3º, 1910 CC y 812 CCo¹⁰⁹. Hoy en día la mayoría, si no toda la doctrina española, afirma de forma unánime que detrás de la imposición de la responsabilidad objetiva se encuentra la idea de inducción y control de riesgo. Así, se señala que tanto las normas codiciales como extracodiciales de responsabilidad objetiva introducidas en el Ordenamiento jurídico español tienen un rasgo en común: el de imputar la responsabilidad por el riesgo creado el cual se se podía describir como específico o cualificado. Dicho de otra manera, se trata con actividades o manejo de cosas intrínsecamente peligrosas, susceptibles de escapar al control del hombre¹¹⁰. El análisis de los particulares supuestos de la responsabilidad objetiva, conducido en este trabajo, llevará a esta misma conclusión: el riesgo constituye fundamento de muchos supuestos de la responsabilidad sin culpa en todos los Ordenamientos jurídicos europeos¹¹¹.

Aparte del riesgo, la responsabilidad objetiva puede tener como justificación otras razones e incluso no es infrecuente que casos particulares se basen en más que uno de ellos¹¹². No obstante, el más significativo entre todos los criterios que justifican la imposición del régimen objeto de este estudio es precisamente el riesgo¹¹³. Es por ello que la responsabilidad sin culpa, tanto en España, como en algunos de los países que la

¹⁰⁹ Arthur HILSENDRAD, *Las obligaciones precontractuales*, “Sobre el Derecho español”, apéndice a la traducción por Faustino MENÉNDEZ- PIDAL, Góngora, Madrid, 1934, pp. 165-197.

¹¹⁰ Mariano MEDINA CRESPO, *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 141.

¹¹¹ En lo que se refiere a España véase sección referente a la responsabilidad por utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos (capítulo IV.II.1), a daños a tercero en la navegación aérea (capítulo IV.II.3), a los accidentes de circulación a vehículo de motor (capítulo IV.II.4), a la posesión de animales (capítulo IV.I.1), a la actividad cinegética (capítulo IV.II.2), a la caída de los árboles (capítulo IV.I.3), a la inmisión de humos excesivos (capítulo IV.I.2) y a la caída o arrojo de las cosas (capítulo IV.I.4). En cuanto a otros países europeos véase la siguiente literatura Jörg FEDKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 157, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Austria”, *Unification of Tort Law: strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London /New York, 2002, pág. 19. Herman COUSY/Dimitri DROSHOUT, “Belgium”, *Unificatiion of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 62, W.V. Horton ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 116, Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 135, Mirosław NESTOROWICZ/Ewa BAGINSKA, “Poland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 261, Miquel MARTÍN-CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 301.

¹¹² Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/ Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 407. Véase, también, Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, pág. 538.

¹¹³ Helmut KOZIOL, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2012, pág. 234.

rodean ha sido revestida de la común denominación “responsabilidad por riesgo”¹¹⁴. Refleja muy bien este *satus quo* la cita de la obra maestra *Derecho de obligaciones* de Karl LARENZ que describe los fundamentos de la responsabilidad objetiva en los siguientes términos:

La responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo- aunque no necesariamente el curso del acontecimiento producto del daño- y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; la ley habla del “empresario fabril” y de “tenedor” de un animal o un automóvil. Se le impone la responsabilidad por los riesgos unidos generalmente para otros por dicha explotación, por la tenencia de su animal o por la utilización de su vehículo, porque aparece socialmente justificado que cargue con el riesgo del daño, y no aquel a quien “causalmente” se le haya producido un daño de esta clase. Lo cual se funda en el pensamiento de que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Se puede decir que la persona que emprende una actividad permitida que puede crear o mantener una fuente de peligros para otros carga sobre sí por ello una responsabilidad especial y, como consecuencia, ha de responder del peligro. Así pues, en el supuesto de la responsabilidad por riesgo se trata de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto de una determinada esfera de riesgos, de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad según los patrones o medidas, no de la imputabilidad y de la culpa, sino de la asignación del riesgo a aquel que lo crea o domina, aunque sólo en general¹¹⁵.

La idea de riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva ha sido reconocida también por la literatura de Derecho comparado¹¹⁶.

¹¹⁴ Entre otros, *Gefährdungshaftung* (alm.), *responsabilité pour risque* (fr.), *odpowiedzialność oparta na ryzyku* (pol.). Esta idea ha sido recogida, por ejemplo, en la STS de 04.02.1997 (RJ 1997, 677) que declaró que “[l]a denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades, o conductas, aún lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para tercero, doctrina que llevada a sus últimas consecuencias, conduce a la pura objetivación del daño y desemboca en la obligación de responder por el peligro puesto por sí mismo, pudiendo decirse que no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto.”

¹¹⁵ Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones II*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1959, pág. 664.

¹¹⁶ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol.II, Oxford University Press, Oxford, 2000, pág. 347, Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger: Un concept fondateur d'un principe general de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruselas/Paris, 1998, pág. 853 y ss., Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pp. 407-408, Helmut KOZIOL, *Vereinlichung der Gefährdungshaftung in Europa*, Österreichische Notariatskammer, Festschrift für Nikolaus Michalek, Wien 2005, pp. 223 y ss., Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 298, Franz WERRO/Vernon PALMER/Anne-Catherine HAHN, “Strict Liability in European Tort Law: Is there a Common Core?”, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Franz WERRO/Vernon PALMER (ed.), Durham, 2004, pág. 400 y ss., Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE, *Common Law of Europe. Casebooks, Tort Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2000, pp. 538 y 579, Gerhard WAGNER, “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht”, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Reinhard ZIMMERMANN (ed.), Baden Baden, 2003, pág. 288 y ss., Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 621 y ss., Israel GILEAD, “On the Justification of Strict Liability”, *European Tort Law*, Helmut KOZIOL/Barbara STEININGER (ed.), Springer, Wien New York, 2004, pág. 33, Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Dott. A. Giuffrè Editore,

1.2 Riesgo abstracto e inevitable.

En la sociología se suele distinguir entre dos conceptos distintos: peligro (*danger*) y riesgo (*risk*). Primero de ellos se refiere a los eventos naturales que siempre han sido presentes a lo largo de la existencia de la humanidad: tormentas, animales salvajes que habitan tanto la tierra como el mar, epidemias, maremotos o terremotos. En cambio, dentro de la categoría “riesgos” se incluyen peligros creados por el ser humano y, muy particularmente, los relacionados con el desarrollo tecnológico e industrial¹¹⁷. El Derecho no acostumbra hacer esta distinción, por lo que dentro de la ciencia jurídica ambos términos se utilizan indistintamente.

Según lo expuesto, la responsabilidad por culpa, como el único criterio de imputación, no ha sobrevivido la prueba de tiempo, respondiendo los sistemas jurídicos a las necesidades modernas con la imposición del régimen objetivo de la responsabilidad siendo SALEILLES¹¹⁸ y JOSSEMAND¹¹⁹ en Francia, y muy especialmente este último¹²⁰, los primeros en formular de un modo general el principio de imputación por riesgo. La llamada doctrina del riesgo, creada por ellos, anunciaba que si una persona desarrolla una actividad que crea un riesgo especial para los demás, esta persona es responsable del daño que pueda causar dentro de marco de dicha actividad¹²¹. En Alemania en el año 1911 Erich KAUFMANN¹²² declaraba que el que origina unos hechos que constituyen imponderables para otro, tiene que indemnizar los daños producidos a quien según las especiales características de la relación jurídica no

Milano, 1961, Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 659 y 671.

¹¹⁷ Así lo entienden Niklas LUHMANN, *Soziologies des Risikos*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, Niklas LUHMANN, *Risk; A Sociological Theory*, Walter de Gruyter, New York, 1993, Deborah LUPTON, *Risk*, Routledge, London, 1999, Gotthard BECHMANN, *Risiko und Gesellschaft, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997, Jenny STEEL, *Risks and Legal Theory*, Hart Publishing Ltd., Oxford, 2004.

¹¹⁸ Véase nota de Raymond SALEILLES a la sentencia de *Court de cassation*, chambre civile, de 16.06.1896, publicada en „Daloz Periodique“, 1897, parte-1, pág. 433.

¹¹⁹ Louis JOSSEMAND, nota en „Daloz Periodique“, parte-2, 1900, pág. 289.

¹²⁰ Véase Louis JOSSEMAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3ª ed., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939, t. II, numerous 413 y ss.

¹²¹ Luís Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 108.

¹²² Erich KAUFMANN, *Das Wese des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Mohr, Tübingen, 1911, reimpresso en Erich KAUFMANN, *Rechtsidee und Recht Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*, vol.3, Schwartz, Göttingen, 1960, pp. 125 y ss.

se le puede exigir que se proteja por sí mismo¹²³. Siguió esta línea Josef ESSER quien en el año 1941 afirmó que la función de la responsabilidad por riesgo consiste en realizar una distribución de los daños, siendo, por ello, dicha responsabilidad una herramienta de la justicia distributiva¹²⁴. Sin que transcurriese desde entonces mucho tiempo, pues fue a los mediados del siglo XX, SAVATIER en su obra *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui* anunciaba imperio de nuevos principios, señalando como uno de ellos el que invoca que todo el riesgo debe encontrar un garante¹²⁵. La doctrina española denunciaba la insuficiencia de la responsabilidad culposa argumentando que el que crea una fuente de riesgos, debe responder de los daños que sus instalaciones o máquinas causen a terceros, aunque no medie culpa ni negligencia alguna por su parte. El gravamen del titular de las instalaciones o máquinas, consistente en soportar los daños ocasionados por éstas aparece, en cierto modo, como el precio que el Ordenamiento jurídico le exige por permitirle llevar a cabo actividades creadoras de riesgos¹²⁶.

Como se ha mencionado con anterioridad, el riesgo como una idea general está detrás de la imposición de responsabilidad objetiva casi en todos los supuestos sujetos a este régimen y presentes en el Ordenamiento jurídico español. Así, se ha dicho que lo que justifica responsabilidad sin culpa es creación de un riesgo o peligro, expresado de forma amplia¹²⁷. En algunos casos el riesgo como razón para la introducción de un régimen estricto de la responsabilidad ha sido esgrimido por el legislador o por la jurisprudencia. Otras veces fue la doctrina la que concedió carácter peligroso a los supuestos de la responsabilidad sin culpa regulados por el Código Civil o por las leyes especiales¹²⁸.

¹²³ Traducción por Luís Díez PICAZO en Karl LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 120.

¹²⁴ Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklungs der Gefährdungshaftung Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, Beck, München, 1941, pág. 69 y ss.

¹²⁵ René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, 2ª serie, París, 1959, pág. 7.

¹²⁶ Jaime SANTOS BRIZ, “El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales”, *RDP*, enero 1977, pág. 14 y ss.

¹²⁷ Miquel MARTÍN-CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 301.

¹²⁸ En este sentido, Juan Miguel OSSORIO SERRANO, *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2010, pág. 39. Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1905”, *Comentarios al Código civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13026, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 238. Encarna ROCA, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 357, Francisco DE PAULA BLASCO GASCÓ, “Supuestos de responsabilidad con regulación especial”, *Derecho Civil, Derecho de*

De ahí, por ejemplo, según el art. 1.1 de la LRCSCVM “[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.”

En cuanto a la responsabilidad civil por los accidentes aéreos es la resolución del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990¹²⁹ la que declara que el art. 120 LNA, junto al art. 17 del Convenio de Varsovia establece

“aún aparte de la estricta responsabilidad objetiva, una responsabilidad por riesgo, fundada en la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados y que se desplaza sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; frente a los que el eventual perjudicado carece de estructuras o medios propios de defensa como ocurre, por ejemplo, en la navegación aérea en sus diversas facetas de operaciones en tierra o en el aire. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad para quien creó esos riesgos”.

El único supuesto de responsabilidad objetiva cuyo fundamento es difícil de

Obligaciones y Contratos, Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ/Vincente MONTÉS PENADÉS/Encarna ROCA TRIAS (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, Epígrafe 3.29.1, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 700-701 y 850, Concepción TRABADO ÁLVAREZ, *La responsabilidad civil del art. 1905 del CC. Daños causados por animales domésticos*, Septem Ediciones, Oviedo, Asturias, 2001, pág. 63, Luis PASCUAL ESTEVEIL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. II, vol. 2º, Bosch, pág. 266, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Montecorvo SA, Madrid, 1991, Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1905”, *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2063, María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, 2003, pág. 174-175, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, en *Código civil comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARS LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1482, María Asunción LINACERO DE LA FUENTE “Responsabilidad civil por daños causado por animales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996”, *RDP*, 1997, pp. 652-653, Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por los animales y en el ámbito de caza”, en *Tratado de responsabilidad civil*, T.III, parte especial parte especial segunda, dir. Fernando REGLERO CAMPOS, Thompson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 446, Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en agricultura”, *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2010, Editorial Aranzadi SA, Pamplona, pp. 3-4, Encarna ROCA, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 413. En lo que se refiere al art. 1908,3ª se pronuncia de la misma manera José Manuel LETE DEL RÍO/Javier LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 685, Luís Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 394-396, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art.1908”, en *Comentarios al Código Civil. T.IX*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13041, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1905”, *Comentarios al Código civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13026.

¹²⁹ (RJ 1990, 10282).

encajar en la idea de riesgo es el de los productos defectuosos. No se puede decir, pues, que la peligrosidad constituye una de las características ni del producto mismo (visto éste no individualmente, sino como una pieza de la producción entera) ni del proceso de fabricación- el defecto no desacredita necesariamente al resto de la producción. La única manera de vincular en este caso el fundamento de la responsabilidad al riesgo es considerar la peligrosidad de una pieza individual que dentro de una línea entera ha resultado ser imperfecta (*Konkrete Mangelgefahr*)¹³⁰.

El concepto de riesgos ultra peligrosos como explicación del porqué la imposición de la responsabilidad objetiva no es sólo socialmente deseable sino que también puede constituir una respuesta correcta, ha sido esgrimido a tal efecto tanto en España, como también en otros países europeos. Así, por ejemplo, el legislador alemán, el austriaco y, en menor medida, el griego indican que los casos específicos de la responsabilidad sin culpa, recogidos en las leyes especiales, han sido limitados a las actividades descritas por él como ultra peligrosas¹³¹. En Suiza el peligro, en sentido amplio de esta palabra, constituye siempre precondition de la responsabilidad objetiva¹³². En Bélgica la mayoría de los casos de la responsabilidad sin culpa se basa en el enorme riesgo representado por determinados objetos o actividades¹³³. También en Gran Bretaña, Francia y Polonia la mayoría de los ejemplos de la responsabilidad objetiva muestra que ésta está claramente justificada por la idea del riesgo incrementado¹³⁴. De hecho, como veremos más adelante, la inglesa regla de *Rylands v. Fletcher* que podía dar lugar a una cláusula general de responsabilidad objetiva y cuyo desarrollo, de momento, parece haberse quedado parado en mitad del camino, es un ejemplo de la responsabilidad basada en el riesgo¹³⁵.

¹³⁰ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 413. Véase la sección siguiente.

¹³¹ Franz WERRO/Vernon PALMER/Anne-Catherine HAHN, “Strict Liability in European tort law: an introduction”, en *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law. The Common Core of European Private Law*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, pág. 26.

¹³² Pierre WIDMER, “Switzerland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pág. 333.

¹³³ Herman COUSY/Dimitri DROSHOUT, “Belgium”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL ed., Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pág. 62.

¹³⁴ W.V. Horton ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pág. 116. Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed), The Hague, London, New York, 2002, pág. 135. Mirosław NESTOROWICZ/Ewa BAGINSKA, “Poland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, pág. 261.

¹³⁵ Véase el capítulo sobre el precedente *Rylands v. Fletcher*.

Hablar del riesgo en términos del fundamento central de la responsabilidad sin culpa exige una precisa descripción de este factor con tal de distinguir entre el área en el que esta idea puede servir como punto de conexión para la responsabilidad del área en el que es la culpa la que constituye el argumento que apoya la introducción de la responsabilidad¹³⁶. En lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere, como bien señaló la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no pudo resistir la tentación de dejar abiertas ambas variantes (responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo), sin delimitar los posibles campos de actuación de una y otra¹³⁷. Con el mismo problema parecen enfrentarse otros Ordenamientos jurídicos europeos. A este efecto, se ha dicho que la distinción entre actividades sujetas a la responsabilidad por culpa y otras regidas por la responsabilidad objetiva es muchas veces arbitraria¹³⁸. Razón para ello se encuentra en que, a pesar de que el riesgo está ampliamente reconocido como factor que media en la imposición de la responsabilidad sin culpa, es un término impreciso y de contornos más bien borrosos, que requiere de una mejor delimitación¹³⁹. De hecho éste fue uno de los motivos para los que la Comisión Británica de Derecho (*English Law Commission*), hace ya cuarenta años, rechazó la propuesta de formular una cláusula general basada en este criterio¹⁴⁰. No obstante, varios estudios, realizados recientemente por los especialistas de Derecho comparado, permitieron extraer un núcleo común presente en todas las actividades de riesgo¹⁴¹. Intentos de definir tales actividades, aunque en algunos casos, que se comentan más adelante, limitados a las actividades

¹³⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 286. En España evidencia este problema Luís Díez PICAZO en, “Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual”, *AFDUAM*, núm. 4, 2000, pág. 163. A nivel europeo esta cuestión ha sido levantada por el *European Group on Tort Law*, véase Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, pág. 408.

¹³⁷ Luís Díez PICAZO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, *op.cit.*, pág. 159.

¹³⁸ En este sentido, André TUNC, *Rapport sur les choses dangereuses*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, 1971, pp. 50 y 57. Para WILBUR la casuística regulación de los supuestos de la responsabilidad objetiva se basa en criterios puramente fortuitos. Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, Braun, 1941, pp. 75 y ss y 97 y ss.

¹³⁹ Franz WERRO/Vernon Valentine PALMER/Anne- Catherine HAHN, *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, *op. cit.*, pág. 20. En España falta cualquier definición o cuestionamiento de lo que es riesgo. Así lo señala, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, en *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 28.

¹⁴⁰ LAW COMMISSION, *Civil Liability for Dangerous Activities and Things*, Report No 32 (1970), para 14-16.

¹⁴¹ Véase a este efecto, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.* y Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe general de responsabilité*, *op. cit.*, Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, Helmut KOZIOL, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, *op. cit.*.

anormalmente peligrosas, han aparecido tanto a nivel nacional de varios países¹⁴² como a nivel europeo¹⁴³. En adelante se procederá con la exposición de las comunes características principales del peligro cuya creación hace que determinada actividad esté sujeta a la responsabilidad objetiva.

En primer lugar, el riesgo que dimana de la actividad en cuestión como uno de los criterios que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva implica que ésta debería **a) recaer sobre la persona que 1) crea este riesgo a través de dicha actividad, 2) está en la posición de controlar y minimizar mencionado riesgo, y 3) puede tasar/valorar este riesgo**, lo que significa que puede preparar acuerdos dirigidos a financiar la compensación en el caso de que el riesgo se realice a través de tales mecanismos como seguros o fondos comunes¹⁴⁴. De ahí que la relación entre el riesgo y la persona responsable deriva no de la inmediata conducta de la persona; conducta que causó daño, sino que tiene como su base el control económico y organizacional que tal persona ejerce sobre la actividad de la que dimana tal riesgo. El hecho de que la responsabilidad del demandado no está vinculada a su conducta sino a la actividad que éste lleva a cabo en algunos casos se traduce en que quien provoca el riesgo no es operador o titular, sino otra persona, por ejemplo su auxiliar. En algunos supuestos de riesgos extremos, como los nucleares, quien desencadena el riesgo puede ser un tercero.

¹⁴² Art. 2050 del Código civil italiano, art. 50 del Anteproyecto suizo para la reforma y unificación de Derecho de responsabilidad civil (VE OR en adelante), § 1304 de Proyecto de nuevo Derecho de daños austriaco, art. 71 del Código civil turco, §20 del Restatement of the Law (Third). Tort: Liability for Physical and Emotional Damage. Para más detalles sobre la cláusula general referente a la responsabilidad por las actividades peligrosas recién introducida por el legislador turco, que tomó como ejemplo su homóloga del Anteproyecto suizo para la reforma y unificación de Derecho de responsabilidad civil, véase Ayça AKKAYAN-YILDIRIM, “Kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak tehlike sorumluluğu”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 70, núm. 1, 2012, pp. 203-220. Algunos datos relacionados con el art. 50 del Anteproyecto suizo para la reforma y unificación de Derecho de responsabilidad civil se encuentran en Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general, Derecho privado europeo, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pp. 850-852. Sobre la cláusula general en el proyecto austriaco de Derecho de daños Irmgard GRISS, „Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung“, en Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien/New York, 2006, pp. 57-66 y Peter APATHY, „Schadenersatzreform-Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung“, *Juristische Blätter*, vol. 4, abril 2007, pp. 205-219. Alrededor de la cláusula general por las actividades peligrosas en el Derecho de daños suizo Beat SCHÖNENBERGER, „Generalklausel für die Gefährdungshaftung- ein sinnvolles Reformvorhaben?“, *Risiko und Recht*, Thomas SUTTER-SOMM (ed.), Helbing&Lichtenhahn, Bern, 2004, pp. 171-194.

¹⁴³ Art. 5:101 PETL.

¹⁴⁴ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected Questions Connected with the Revision of the Vienna Convention”, *op. cit.*, pág. 194. De forma parecida, Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones II*, *op. cit.*, pág. 666. El control del riesgo como criterio relevante en la evaluación de la peligrosidad ha sido mencionado también por Helmut KOZIOL en, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, *op. cit.*, pág. 235.

Casos como estos constituyen muestras del fenómeno que en la materia que nos ocupa ha sido denominado “canalización de responsabilidad”¹⁴⁵.

En cuanto a los requisitos con los que ha de cumplir el peligro que subyace en la idea de riesgo, se ha señalado que éste **b) ha de ser abstracto**¹⁴⁶. A modo de ejemplo, según la a SAP de Toledo de 7 de junio de 1993, “...la acción derivada del art. 1905 CC se funda exclusivamente en el peligro abstracto que entraña la tenencia de los animales.”

Consecuentemente, **c) el peligro ha de ser imposible de eliminar a través de todas las medidas de precaución razonables**. En este sentido, se habla de la inevitabilidad del daño dimanante de dicho riesgo. Es decir, el riesgo justificará la imposición de la responsabilidad objetiva si de su fuente deriva un daño incluso cuando la persona que controla dicho riesgo ha cumplido con todas posibles o económicamente justificadas medidas de cuidado (riesgo residual)¹⁴⁷. Si la persona que controla la fuente de peligro puede impedir la producción de daños derivados de dicho peligro a través de oportunas medidas de cuidado, como, por ejemplo, en el caso de una caída en una zanja de la construcción no protegida, es suficiente que tal supuesto esté sujeto a la responsabilidad por culpa¹⁴⁸. Tal idea ha sido reconocida por una parte de la doctrina española. Así se entiende, por ejemplo, que en caso de la responsabilidad por daños causados por animales la imposición de la responsabilidad objetiva se justifica porque la posibilidad de producción del daño existe incluso si se presta la diligencia más minuciosa. Eso debido a que hasta el caballo más dócil se mueve por sus propios impulsos irracionales y es susceptible de realizar movimientos espontáneos e

¹⁴⁵ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 151.

¹⁴⁶ Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II/2*, 13ªed., C.H.Beck, München, 1994, pág. 605. Para la distinción entre el riesgo abstracto y concreto véase Ingo KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, C.H. Beck, München, 1979, pp. 78 y ss.

¹⁴⁷ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op.cit., pp. 286-287. En España a favor de este enfoque Fernando PANTALÓN PRIETO, “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View ‘from Outside’”, *InDret* 3/2005, pp.7-8, en Italia Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 13. Ésta es una de las características de las actividades anormalmente o especialmente peligrosas según los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, elaborados por el European Group on Tort Law (art. 5:101 PETL), según el Anteproyecto para la reforma y unificación de Derecho de responsabilidad civil suizo (art. 50 VE OR), el Proyecto de nuevo Derecho de daños austriaco (§1302 ABGB) y según los *Restatements of the Law (Third). Torts. Liability for Physical and Emotional Harm* (§20).

¹⁴⁸ Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr- Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1970, pág. 29. De forma parecida, Genviève SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, op. cit., pág. 857.

imprevistos si se enfrenta con un evento inesperado. En estas circunstancias se considera injusto cargar con los efectos lesivos al tercero dañado no culpable¹⁴⁹.

d) El daño que deriva de la actividad en cuestión tiene que ser característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella¹⁵⁰. De ahí que se señaló que en caso de depositar un material pirotécnico en un almacén el riesgo característico dimanante de esta actividad consistirá en el peligro de explosiones involuntarias y el posible daño consiguiente. No se considerará como tal el dejar caer una caja de material pirotécnico sobre un peatón dado que éste resulta lesionado no debido al riesgo anormal inherente a los explosivos sino al propio peso de la caja que no tiene nada que ver con tal riesgo¹⁵¹. En España la realización del riesgo típico o característico como requisito de aplicación de la responsabilidad objetiva ha sido reconocida en varias ocasiones. Se señaló, por ejemplo, que el sujeto responsable del art. 1905 CC no debería poder liberarse de responsabilidad cuando el daño deriva de la realización de uno de los peligros típicos que han justificado la introducción del régimen objetivo en este caso¹⁵². Dicho de otra manera, para imponer la responsabilidad objetiva establecida en el art. 1905 CC será imprescindible en todo caso que el daño se halle en relación causal adecuada con el riesgo específico dimanante del animal; la responsabilidad del poseedor, por tanto, se reduce sólo a la que deriva del riesgo típico que entraña la tenencia del animal, sin extenderse a todo encadenamiento fortuito en que se halle involucrado el animal y sin que sea necesario acometimiento físico por su parte¹⁵³. En caso del art. 1910 CC el riesgo típico del que dimana la responsabilidad objetiva allí establecida está estrechamente vinculado con el hecho de habitar la casa por lo que el demandado no responderá a base de esta norma si las partes caídas del edificio no estén

¹⁴⁹ Aurora RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 120 y Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, en *Código civil comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARS LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1482.

¹⁵⁰ Art. 5:101 de los PETL. Véase el comentario a la versión española pág. 149. Así, sobre el art. 50 del Anteproyecto suizo de revisión y unificación de Derecho de la responsabilidad civil Pierre WIDMER/Pierre WESSNER, *Revision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, Office Fédéral de Justice, Berne, 1999, pág. 143. Véase también el comentario al art. 3:206 (1)(b) de DCFR, pág. 3542. Así parece también, Pietro TRIMARCHI, *Rischi e responsabilità oggettiva*, op. cit., pág. 48.

¹⁵¹ Versión española de los PETL, comentario al art. 5:101, pág. 149.

¹⁵² Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1905”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13027.

¹⁵³ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pág. 962. Se refiere al riesgo típico que supone cada animal también Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, en *Código civil comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARS LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1482.

de ninguna forma relacionadas con el hecho de habitar la casa¹⁵⁴. Como se puede observar, por tanto, la responsabilidad objetiva no se aplica a riesgos indirectos que puedan surgir de la actividad del causante del daño¹⁵⁵.

Se ha dicho también que para que sea aplicable la responsabilidad objetiva el daño a de e) **derivar de un riesgo especial, excepcional o considerablemente incrementado**¹⁵⁶. No existe, sin embargo, acuerdo en cómo determinar si existe este riesgo¹⁵⁷. Ahora bien, algunos de los autores de la doctrina española, con tal de delimitar los contornos del riesgo que resulta en la imposición de la responsabilidad objetiva, utilizan el concepto de los riesgos generales de la vida señalando, que la responsabilidad por riesgo no se aplica en estos casos¹⁵⁸. De esta manera, es posible, se quiere decir que el riesgo que da lugar a la responsabilidad objetiva tiene que sobrepasar de forma perceptible el riesgo al que está expuesta la gente en su vida cotidiana. Es esta característica que, según ellos, convierte dicho riesgo en uno excepcional, extraordinario o elevado. Tal opinión se ve bastante generalizada también en la jurisprudencia española¹⁵⁹. A pesar de todos los atractivos que dicho razonamiento puede presentar como un atajo lógico, uno no debe perder de vista que los riesgos generales de la vida pertenecen a la esfera de la imputación objetiva¹⁶⁰ y, como tales,

¹⁵⁴ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, *op. cit.*, pág. 1511.

¹⁵⁵ Así Luis Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Thomson Reuters Cizur Menor, 2011, pág. 282, citando a la sentencia de 1 de febrero de 1994 que declaró que no se pueden imputar al empresario hotelero los daños producidos a causa de robo de coches porque en ningún caso es un riesgo creado por él.

¹⁵⁶ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, *op. cit.*, pp. 552-553, Paolo FORCHIELLI, “Intorno alla responsabilità senza colpa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, diciembre, 1967, pp. 1378 y ss. En contra de esta concepción, formado en la escuela francesa que trata responsabilidad objetiva de forma muy amplia, prescindiendo incluso del factor riesgo en su imposición (véase Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *Unification of Tort Law : Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 135) Carlos ROGEL VIDE en *Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales*, Editorial Ubijus, México/Madrid, 2013, pp. 251-252.

¹⁵⁷ Así lo señala en la doctrina alemana Uwe DIEDERICHSEN, *Die Haftung des Warenherstellers*, C.H. Beck, München/Berlin, 1967, pp. 198 y ss. De forma parecida, Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, *op. cit.*, pág. 560 y 635 y ss. En la doctrina española así, por ejemplo, José Enrique GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil y común foral*, t. II, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 1967,

¹⁵⁸ Luis Díez PICAZO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, *op. cit.*, pág. 164. En esta misma senda parece ubicarse también la explicación que da al riesgo general de la vida Fernando PEÑA LÓPEZ, aunque la breve exposición que concierne a este criterio viene incluida en el apartado que se refiere a la imputación objetiva. Véase, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1902”, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12985.

¹⁵⁹ Véase, a modo de ejemplo, la SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932). Crítico sobre tal práctica Santiago CAVANILLAS MÚGICA en “Responsabilidad civil y riesgo”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Matilde CUENA CASAS/Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA/Jorge ORTEGA DOMÉNECH (coord.), Dykinson, 2013, pp. 423-424.

¹⁶⁰ Criterios de imputación objetiva ha sido introducidos en el Derecho español por primera vez hace veinte años por Fernando PANTALEÓN PRIETO, siendo, en consiguiente acogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Véase, a este efecto, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, vol.II, Editorial Centro de Estudios

contribuyen a la resolución de la cuestión de si una persona puede ser imputada y en qué medida¹⁶¹. De otra manera, el concepto de los riesgos generales de la vida sirve para determinar, una vez establecido que el actor causó el daño (causalidad física), de qué consecuencias responde, y no para medir la gravedad del riesgo¹⁶². Dicho de otra manera, el criterio de los riesgos generales de la vida, al contrario de lo que pasa con el criterio del riesgo excepcional o considerablemente incrementado, sirve para imputar las consecuencias lesivas, no a quien los crea, sino a quien los sufre dado que se trata con los riesgos tolerables que todos tenemos que soportar¹⁶³.

Según una opinión extendida, dos son criterios decisivos que juegan papel determinante a la hora de estimar si se trata de una fuente de riesgo que va más allá del normal/usual. Estos son la **f) probabilidad del daño y la gravedad del mismo**¹⁶⁴. Ambos elementos pueden tener más o menos influencia sobre el resultado del test para

Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1566-1577. Sobre los riesgos generales de la vida en la literatura alemana consúltese, Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd.1, T., A53, Mohr (Siebeck), Tübingen; 1960 y Erwin DEUTSCH, *Das „allgemeine Lebensrisiko“ als negativer Zurechnungsgrund*, en FS für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1993,

¹⁶¹ Vide, por ejemplo, el art. 3:201 de los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* (PETL en adelante) y sobre todo, el comentario a este artículo con el ejemplo facilitado.

¹⁶² Para más detalles, véase, Miquel MARTÍN CASALS, “La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas, 2011, pp. 53-56.

¹⁶³ Mariano MEDINA CRESPO, “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y vocación expansiva de sus preceptos”, *Ponencias del XIII Congreso Nacional de Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Valencia, Noviembre 2013, Sepin, pág. 53.

¹⁶⁴ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 408, Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr- Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *Archiv für die zivilistische Praxis (AcP)*, 1970, pág. 29, Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 287, Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, op. cit., pág. 328, Helmut KOZIOL, *Basic Question of Tort Law from a Germanic Perspective*, op. cit., pág. 235, Basil MARKESINIS/Hannes UNBERATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4ª ed, Hart Publishing, 2002, pág. 716, Pierre WIDMER, “Switzerland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 333, Genviève SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, op. cit., pág. 862, Karl Larenz/ Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II/2*, op. cit., pp. 606-607, Maximilian FUCHS, *Deliktsrecht: Eine Nach Anspruchsgrundlagen Geordnete Darstellung Des Rechts Der Unerlaubten Handlungen Und Der Gefährdungshaftung*, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 1996, pág. 194. Ayça AKKAYAN-YILDIRIM, “Kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak tehlike sorumluluğu”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 70, núm. 1, 2012, pág. 209, PETL art. 5:101, véase el comentario en la versión española, pp. 149-150, *Restatement of the Law (Third), Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (§20), el art. 50 del Anteproyecto suizo de revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil, véase la traducción al español en Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág. 850, art. 71 del Código civil turco, en el Derecho inglés el precedente *Rylands v Fletcher* requiere que la cosa debería estar “likely to do mischief if it escapes” y finalmente, según la interpretación dada al art. 2050 del Código civil italiano por el Tribunal Supremo italiano una actividad es peligrosa “si por naturaleza o debido a los medios utilizados involucra un sustancial potencial de crear el daño”. F.D. BUSNELLI/Giovani COMANDÉ, “Italy”, en *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 213.

la peligrosidad¹⁶⁵, pero en ningún caso se exige su concurrencia de forma acumulativa¹⁶⁶. Así, por ejemplo, si la probabilidad de producción del daño es alta, la imposición de la responsabilidad objetiva está justificada incluso si el daño eventual no es grave. Éste podría ser el caso de la responsabilidad por los daños causados por la circulación a vehículos de motor. Lo mismo es posible para un escenario inverso. Una actividad se considerará peligrosa y estará sujeta a la responsabilidad objetiva también en el caso en el que la probabilidad de que el daño se produzca mientras dicha actividad esté desarrollada es menor, pero la gravedad del daño que podría acaecer es sustancial. El típico supuesto que se suele mencionar como ilustración de esta situación es el del accidente provocado por la utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos¹⁶⁷.

Tal definición del riesgo tiene ya sus precedentes en el Derecho español. Se trata aquí de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental¹⁶⁸ que, aunque sujeta los casos regidos por esta normativa al procedimiento contencioso-administrativo, define en su art. 2.3 el riesgo de siguiente manera: “función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar”.

Finalmente, en lo que a la responsabilidad objetiva se refiere, **h) ésta puede ser más o menos estricta dependiendo del alcance de las causas de exoneración**. Un examen de los distintos supuestos de la responsabilidad sin culpa en casi todos los países europeos permite establecer una interdependencia entre la magnitud del riesgo y el incremento en la protección otorgada a las víctimas; cuanto más alto el riesgo, más efectiva es la protección de los perjudicados por los accidentes causados por los que crean los riesgos. Diferentes niveles de protección dependen, en cambio, de la restricción del alcance de las causas de exoneración¹⁶⁹. A este efecto, se ha señalado que las influencias externas en forma de diferentes causas de exoneración muy pocas veces pueden desplazar totalmente el punto de gravedad del especial peligro que dimana de determinadas actividades, especialmente cuando el tipo y extensión del daño que se produce está estrechamente vinculado con el especial riesgo que implica desarrollar dicha actividad. Ignorar este peligro y dejar a la víctima que asuma todas las consecuencias del evento dañoso en este tipo de casos se consideró demasiado

¹⁶⁵ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, op. cit., pág. 408.

¹⁶⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 287.

¹⁶⁷ Helmut KOZIOL, *Basic Question of Tort Law from a Germanic Perspective*, op. cit., pág. 235.

¹⁶⁸ BOE núm. 255 de 24.10.2007 pp. 43229- 43250.

¹⁶⁹ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected Questions Connected with the Revision of the Vienna Convention”, op. cit., pág. 190.

problemático¹⁷⁰. Un ejemplo de la actividad que por ser ultra peligrosa está sujeta casi a un régimen de la responsabilidad absoluta, sin ningunas causas de exoneración, se da en la utilización de la energía nuclear y de las sustancias radioactivas¹⁷¹.

Uno puede observar con facilidad la regularidad mencionada con anterioridad si compara los convenios sobre la responsabilidad nuclear y otros convenios internacionales sobre la responsabilidad de las personas que desarrollan actividades que involucran el riesgo de los daños catastróficos. En todos estos casos el alcance de las exoneraciones depende de la potencial magnitud de los riesgos involucrados, siendo el más extremo entre ellos el del daño nuclear. La CLC (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, Brussels, 1969*, reformado por el Protocolo de 1976 y el de 1984) establece más ampliamente el alcance de las exoneraciones (artículo III). Aparte de la guerra, incluye también graves desastres naturales, siendo éstos fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible, actos u omisiones intencionales de los terceros o culpa de las autoridades en el mantenimiento de ayudas de navegación. En el CRTD (art. 5.4) el abanico de exoneraciones es similar al establecido en el CLC, con la diferencia de que la culpa de autoridades está sustituida por la falta del remitente de los bienes peligrosos de informar al transportista de su naturaleza. En la *HNS Convention (Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1991 Draft)*¹⁷² del IMO (*International Maritime Organisation*) nos encontramos la combinación de las exoneraciones establecidas en el CLC y en el CRTD (art. 4.2). Mientras los riesgos incidentales al transporte de aceite y de las sustancias peligrosas en grandes cantidades pueden ser formidables, son incomparables con los riesgos nucleares. Eso está reflejado en las reglas sobre la responsabilidad de las personas que están involucradas en las respectivas actividades y en particular en el alcance de las exoneraciones aplicables.

En España la trascendencia de dicha correlación ha sido subrayada por la Sentencia de 20 de enero de 1992¹⁷³ que declaró que “a mayor engendro de peligro mayor responsabilidad”.

¹⁷⁰ Helmut KOZIOL, *Basic Question of Tort Law from a Germanic Perspective*, op. cit., pág. 235.

¹⁷¹ Véase el capítulo referente a la responsabilidad por este tipo de actividades (capítulo IV, II.1).

¹⁷² El Convenio fue adoptado el 30 de abril de 2010, pero sigue sin estar en vigor dado a que no fue ratificado por el mínimo de los países exigido en el protocolo.

¹⁷³ (RJ 1992, 192).

Reconocen también la existencia de la correlación entre la magnitud del riesgo y el incremento en la protección otorgada a las víctimas el AMERICAN LAW INSTITUTE en la *Restatement of the Law(Third). Tort: Liability for Physical and Emotional Damage* (§20) así como los miembros del GRUPO EUROPEO DE DERECHO DE DAÑOS, incluyendo esta idea en sus Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (art. 5:101)¹⁷⁴.

Si vamos al capítulo quinto de estos últimos, concerniente a los supuestos de la responsabilidad objetiva, comprobaremos que sección esta incluye una cláusula general de la responsabilidad sin culpa que se limita solamente a las actividades anormalmente peligrosas (art. 5:101 PETL)¹⁷⁵; precepto que es prácticamente idéntico con la §20 de la *Restatement of the Law (Third). Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*. Con esto el Grupo no quiso decir que los únicos riesgos que inducen a la aplicación de la responsabilidad objetiva fuesen los riesgos anormales sino que éstos por ser extremos constituyen un núcleo común o deberían constituirse como tal en todos los Ordenamientos jurídicos. De hecho, en el debate que tuvo lugar durante los trabajos desarrollados en el marco del proyecto sobre la responsabilidad objetiva, que culminó en la elaboración del mencionado capítulo quinto, se debatían dos modos alternativos de abordar el tema. Competía con la introducida cláusula general por las actividades anormalmente peligrosas otra opción, que proponía incluir en los Principios una regla general en forma de una cláusula muy amplia pero lo suficientemente flexible como para cubrir una gran variedad de riesgos. Así, se pretendía crear una noción general de responsabilidad sin culpa que ayudase al legislador nacional a determinar los supuestos en los que introducir ésta a través de las leyes nacionales con tal de llegar a una progresiva armonización. Propuesta esta fue finalmente rechazada debido al temor general de que su redacción era demasiado amplia, dadas las divergencias entre la extensión de la aplicación de responsabilidad objetiva existentes en diferentes países europeos (muy escasos casos en Inglaterra y un amplio abanico que va cada vez más

¹⁷⁴ Bernhard KOCH, “La labor del *European Group on Tort Law*. La cuestión de la responsabilidad objetiva”, *InDret* 2/2003, pág. 8. Véase también comentario al art. 5:101 PETL en la versión española, pág. 153.

¹⁷⁵ En España a favor del enfoque que propone la introducción de la responsabilidad objetiva por los daños causados por cosas o actividades extraordinariamente peligrosas (art. 5:101 PETL), por ejemplo, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, en *Código civil comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARS LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1481 y, parece, José Manuel LETE DEL RÍO/Javier LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 700.

allá en Francia) y de que, en consecuencia, la gran incertidumbre referente al alcance de este régimen podría llevar a falta de armonización en este ámbito¹⁷⁶.

Así las cosas, el art. 5:101 de los PETL establece que:

- 1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
- 2) Una actividad es anormalmente peligrosa si:
 - a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y
 - b) no es una actividad que sea objeto de uso común.
- 3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a probabilidad del mismo.

Una simple mirada a esta cláusula permite concluir que en su redacción se ven reflejados todos los elementos del riesgo, analizados en este apartado, con la excepción de uno: el que requiere que la actividad anormalmente peligrosa no sea una actividad que sea objeto de uso común. Una actividad es claramente de uso común si en la comunidad la lleva a cabo una gran parte de la población¹⁷⁷, siendo la comunidad en este caso las personas que se hallan en situación de riesgo en tales circunstancias¹⁷⁸. Así, por ejemplo, la actividad de conducir un automóvil, por ser ejercida por indefinido número de personas en la sociedad, se puede catalogar como de uso común y por consiguiente, estará excluida de la aplicación del art. 5:101 PETL. La conclusión sería distinta si nos remontásemos en tiempo hasta los principios de vehículos de motor. Por aquel entonces estar en posesión de un automóvil era inusual e infrecuente, siendo los peligros que comportaba la conducción desconocidos por la población. En este sentido, dicha actividad no era de uso común y podría haber atraído perfectamente la aplicación de la cláusula aquí comentada¹⁷⁹. Para propiciar otro ejemplo, lanzar petardos durante la

¹⁷⁶ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, *op. cit.*, pp. 144-145.

¹⁷⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third). Torts: Liability for Physical and Emotional Damage*, §20, com. j.

¹⁷⁸ Art. 5:101 PETL, pág. 150 en el comentario en versión española.

¹⁷⁹ Miquel MARTÍN CASALS, “La ‘modernización de’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual,

noche vieja es una práctica bastante habitual en la sociedad moderna mientras no lo es la realización de impotentes espectáculos de fuegos artificiales de larga duración. En consecuencia, la primera actividad se puede considerar de uso común y no la segunda, que, por tanto, es susceptible de estar sujeta a la regla del art. 5:101¹⁸⁰.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, la actividad peligrosa, a diferencia de la actividad anormalmente peligrosa, podría ser aquella que crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio. De la actividad anormalmente peligrosa la diferenciaría un dato solamente, aquí que en la valoración de su peligrosidad no se tiene en cuenta si dicha actividad es o no es de uso común¹⁸¹.

1.3 Riesgo concreto (*Konkrete Mangelgefahr*).

En algunos casos la aplicación de responsabilidad objetiva no encuentra su fundamento en el riesgo abstracto que procede de una fuente de peligro sino en el hecho de que una **cosa normalmente no peligrosa crea un riesgo concreto debido a un defecto o error**. Un ejemplo de esta categoría de responsabilidad objetiva se presenta en la responsabilidad por productos defectuosos en el supuesto de que sólo algunos productos de la misma línea sufran defectos concretos. Caso llamado por la doctrina alemana *Ausreiserprodukte*¹⁸². Fue esta idea la que supuestamente tenía en mente en los años sesenta DIEDERICHSEN cuando estudiaba el contrato de compraventa de mercancías y se preguntaba si el riesgo pudiese ser el fundamento suficiente de la responsabilidad del fabricante frente a terceros llegando a una conclusión negativa. El riesgo de producción del daño en caso de la responsabilidad del vendedor se asocia con casos concretos y no puede generalizarse como en el supuesto de uso de un vehículo de motor¹⁸³. Con este argumento justifica también la imposición de la responsabilidad objetiva en caso de productos defectuosos la mayoría de la doctrina austriaca¹⁸⁴.

op. cit., pp. 65-66.

¹⁸⁰ Los PETL Art. 5:101, pág. 150 del comentario en la versión española.

¹⁸¹ Así lo entiende, Fernando PANTALEÓN PRIETO, en “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view from ‘outside’”, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁸² Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 288.

¹⁸³ Uwe DIEDERICHSEN, *Die Haftung des Warenherstellers*, C.H. Beck, München/Berlin, 1967, pág. 204.

¹⁸⁴ Rudolf WELSER, *Produkthaftungsgesetz: Kurzkomentar*, Orac, Vienna, 1988, pág. 30, Wilibald POSCH, „§1 ProdHG no.1, en Michael SCHWIMANN, ABGB VIII, 2ª ed., Lexis Nexis, Wien, 1997, Claus

Existen, sin embargo, opiniones que consideran que el factor que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva en este caso no es el riesgo sino más bien la decisión económica de producir bienes más económicos a costa de reducir los estándares de seguridad y calidad por debajo de los técnicamente posibles. De esta manera, el fabricante acepta el riesgo de que algunos de sus productos sean defectuosos. Así, mientras la comunidad entera se beneficia de los bajos precios, algunos particulares sufren daños causados por los defectos que padecen determinados productos en venta. A este efecto, hacer que dichas personas carguen con todo el peso de la decisión del fabricante se consideró de no razonable. En consecuencia, la imposición de la responsabilidad objetiva era un medio de desplazar el daño del comprador al fabricante, y de éste a toda la comunidad de consumidores a través del incremento en los precios¹⁸⁵.

Aparte de la responsabilidad por productos defectuosos, el riesgo concreto ha sido esgrimido como fundamento de responsabilidad objetiva también en casos de la responsabilidad del poseedor de la instalación utilizada para producir o transportar energía si el daño fue causado por el defecto de la instalación misma y no por la electricidad, gas, vapor o líquidos producidos, utilizados o transportados (§ 2 I 2 de la Ley de responsabilidad alemana)¹⁸⁶, de la responsabilidad por tenencia de cosas si la cosa que causó daño se encontraba en el estado defectuoso (Derecho belga), de responsabilidad por condición de una cosa que no cumple con los requisitos que una persona en circunstancias normales podía de ella esperar (Derecho holandés)¹⁸⁷ y en caso de la responsabilidad por animales que, aunque pertenecen a las especies no peligrosas, resultan tener “tendencia peligrosa” (art. 2, sub. 2 de la Ley inglesa de animales de 1971)¹⁸⁸. Debido a las controversias que rodean este factor y, en especial, la cuestión de si el riesgo concreto debería tenerse en cuenta si el poseedor de una cosa no sabía que ésta tenía la condición de peligrosa con antelación, un sector de la doctrina decidió aceptar ambas soluciones señalando, sin embargo, el riesgo predecible como un factor que habla con mayor fuerza a favor de la imposición de responsabilidad objetiva,

CANARIS, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *JBI* núm. 2, 1995, pp. 2-17.

¹⁸⁵ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Austria”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 20. Véase el apartado referente a la idea de comunidad de riesgo.

¹⁸⁶ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 157.

¹⁸⁷ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 288.

¹⁸⁸ W.V. ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 112.

si lo comparamos con la inesperada producción de daños¹⁸⁹ Algunos autores de Derecho comparado, sin embargo, consideran que este tipo de riesgo no parece ser suficiente como para justificar la imposición de responsabilidad objetiva y renunciar la determinación de la responsabilidad como subjetiva¹⁹⁰; a no ser que se complete por otras razones que han sido reconocidas como fundamentos de la responsabilidad sin culpa en los Ordenamientos jurídicos europeos¹⁹¹.

1.4 Correlación entre beneficio individual y riesgo (*ubi emolumentum ibi onus: ubi commodum ibi et incommodum o cuius commodum, eius damnum*).

La búsqueda de los factores que podrían justificar la imposición de responsabilidad objetiva llevaron también a sustentar este sistema en el viejo aforismo romano *ubi emolumentum ibi onus*, materialización de la clásica teoría utilitaria. Según éste si una actividad desarrollada por el agente está dirigida a aumentar su patrimonio y si para conseguir este propósito produce daños a terceros, aunque éstos fueran ocasionados sin culpa del que lleva a cabo tal actividad, dichos daños han de ser resarcidos por el agente ya que constituyen el pasivo de las ventajas obtenidas exclusivamente por él¹⁹². De otra manera, si una persona se aprovecha de todos los beneficios que genera una actividad llevada a cabo por ella, tiene que sufrir todos los daños producidos por dicha actividad. Esta correlación no debería estar perturbada, es decir, los daños que tal actividad produce no deberían alcanzar a otra persona. Si el agente pudiese transferir los costes de la actividad llevada a cabo a terceros, manteniendo simultáneamente los beneficios generados, se produciría un desequilibrio entre las esferas de ambas personas, que podría considerarse como injusto¹⁹³.

¹⁸⁹ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 409.

¹⁹⁰ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 289.

¹⁹¹ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 409.

¹⁹² Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 263. De forma similar, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1905”, *Comentarios al Código civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13026.

¹⁹³ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung*, *op. cit.*, pág. 289.

La doctrina israelí describe la regla *ubi commodum ibi et incommodum* en términos “justicia y legitimidad¹⁹⁴” (*Justice and Fairness*) A este efecto, parece imprescindible mencionar en este lugar la llamada teoría de reciprocidad de riesgos, elaborada en su tiempo por George FLETCHER en su magnífico artículo “*Fairness and Utility in Tort Theory*”¹⁹⁵ y desarrollada por otros autores. De acuerdo con ésta, para que una persona pueda desarrollar una actividad que conlleva un riesgo especial para los demás esta actividad ha de beneficiar a la sociedad. En este sentido, la responsabilidad objetiva es el precio que el actor tiene que pagar para que se le permita llevar a cabo la mencionada actividad. Las víctimas reciben la compensación por tener que soportar la exposición a riesgos que son socialmente útiles (dicha regla constituye lo que FLETCHER llama paradigma de lo razonable; *paradigm of reasonableness*). La responsabilidad objetiva, garantizando la compensación pecuniaria por el daño derivado de la realización del riesgo especial, crea un equilibrio entre los que se benefician de la actividad peligrosa que desempeñan y los que están expuestos a los riesgos que de ella dimanar. Así, en palabras de FLETCHER, vuelve a establecerse la reciprocidad de riesgos (paradigma de reciprocidad, *paradigm of reciprocity*)¹⁹⁶. De otra forma, la imposición de responsabilidad objetiva por las actividades peligrosas se sustenta en el hecho de que su ejercicio genera riesgos no recíprocos para los demás. La indemnización concebida al perjudicado constituye el medio para establecer la reciprocidad entre los beneficios obtenidos por la persona que desarrolla la actividad, tanto pecuniarios como no, y la lesión sufrida por el perjudicado. La regla viene exigida por la justicia conmutativa¹⁹⁷. Para explicar mejor el fenómeno de la imposición de responsabilidad por una irrazonable interferencia con los derechos de los demás, James GORDLEY invocó el postulado formulado por Aristóteles según el cual las ganancias no deberían estar obtenidas con el perjuicio del otro¹⁹⁸. El paradigma de reciprocidad tiene su aplicación

¹⁹⁴ Israel GILEAD, “Israel”; *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pp. 196-197.

¹⁹⁵ George FLETCHER, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harv. L. Rev.*, núm. 3, vol. 85, January 1972, pp. 537-573.

¹⁹⁶ Véase George FLETCHER, “Fairness and Utility in Tort Theory”, op. cit., p’p. 534-550. De esta misma manera, Gregory C. KEATING, “Distributive and Corrective Justice in Tort Law of Accidents”, *So. Cal. Law Rev.*, vol. 74, 2000, pp. 203-208.

¹⁹⁷ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pp.555-556.

¹⁹⁸ James GORDLEY, *Immissionsschutz, Nuisance and Troubles de Voisinage in Comparative and Historical Perspective*, *ZeUP*, 1998, pp. 13-29. Vide también Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1927, pp. 16-19 y Franz WERRO, “Le droit privé”, en Franz WERRO/J.-B. ZUFFEREY, *Les immissions de la construction, en Journées pour le droit Suisse et international de la construction*, vol. I, 1997, pp. 58-102,

también en caso de responsabilidad por culpa. Mientras la falta de equilibrio en caso de responsabilidad objetiva está originada por el ejercicio de las actividades peligrosas, en el supuesto de responsabilidad por culpa el desequilibrio tiene su causa en la falta de diligencia del demandado. De ahí que la función de Derecho de daños en general sea la de restablecer equilibrio entre las partes¹⁹⁹.

Y finalmente, de acuerdo con la teoría expuesta con anterioridad, si la actividad peligrosa está ejercida en la misma medida por ambos, el demandado y el demandante, el Derecho de daños deja de cumplir con su finalidad, es decir, no hay necesidad de que intervenga, a no ser que el demandado actuó de forma negligente²⁰⁰. Esta idea se ve de alguna manera reflejada en el caso de la responsabilidad por los daños causados por la circulación de vehículos a motor en los supuestos de la colisión de vehículos con daños recíprocos. En lo que concierne al criterio de imputación, al no estar la cuestión regulada por el LRCSCVM, cada conductor del vehículo colisionado debería, en caso de los daños corporales, responder de forma objetiva. No obstante, una parte de la doctrina española²⁰¹, y la jurisprudencia (el Tribunal Supremo y algunas de las Audiencias Provinciales) han señalado que no solo los daños materiales, sino también corporales en casos aquí comentados están excluidos de ambos: del régimen de la responsabilidad objetiva y del de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba²⁰². Con ello se quiere decir que en los casos de accidentes de circulación en los que resultan lesionados ambos conductores de los vehículos colisionados no opera el principio de la inversión de la carga de la prueba, ni mucho menos el de la responsabilidad objetiva, al encontrarse los conductores en la misma situación y anularse las consecuencias de tal inversión probatoria²⁰³. Así, las formas más

¹⁹⁹ Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, Munich/Berlin, 1941, pág. 73 y Eike SCHMIDT, „Zurechnung, Zurechnungsprinzipien und Zurechnungszusammenhang“, en *Liber Amicorum Josef Esser*, 1995, pp. 137 y 152-153.

²⁰⁰ George FLETCHER, *Fairness and Utility*, *op. cit.*, pág. 548 y ss.

²⁰¹ Así Fernando SÁNCHEZ CALERO, “La colisión de vehículos con daños recíprocos en el artículo 39 de la Ley de 1962”, *RDC*, núm. 2, enero- febrero 1964, pág. 75 y Rodrigo URÍA, Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil”, *Actas del coloquio sobre el seguro de RC en la Ley del Automóvil*, Bilbao, 1963, pág. 30.

²⁰² Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRCSCVM que introdujo responsabilidad objetiva en casos de los daños corporales dejando los daños patrimoniales sujetos al régimen de responsabilidad por culpa, el Tribunal Supremo sostenía casi con unanimidad que (todos) los daños producidos en los accidentes de circulación se regían por el sistema cuasiobjetivo de responsabilidad por culpa.

²⁰³ Así SSTs de 06.03.1998 (RJ 1998, 1496), 17.07.1996 (RJ 1996, 5676), 17.06.1996 (RJ 1996, 5070), 29.04.1994 (RJ 1994, 2983), 28.01.1994 (RJ 1994, 574), 28.05.1990 (RJ 1990, 4089), 10.03.1987 (RJ 1987, 719), entre otras. En lo que a las Audiencias se refiere, véase SSAP de Almería de 23.01.1998 (AC

estrictas de responsabilidad no se aplicarían al generar ambos actores el mismo riesgo para la circulación²⁰⁴. Esta corriente, sin embargo, parece recientemente perder el peso a favor de la nueva doctrina jurisprudencial que, a partir de la entrada en vigor de la nueva LRCSCVM, aplica la responsabilidad por riesgo como criterio de imputación a los supuestos de daños recíprocos²⁰⁵.

La regla *ubi commodum ibi et incommodum* encuentra el apoyo dogmático también en el Análisis Económico de Derecho. Si el que desarrolla la actividad en cuestión es capaz de reunir todos los recursos necesarios para llevar a cabo su negocio, puede también decidir si efectuado el balance de los beneficios y costes en forma de daños producidos, la actividad sigue siendo rentable. De esta manera, los mecanismos de economía de mercado deciden por la sociedad en su totalidad si determinada actividad es para ella provechosa. Se opuso a esta forma de razonar el Derecho inglés que negó en su tiempo la imposición de responsabilidad objetiva a las actividades socialmente útiles por el temor de que los actores económicos que los llevaban a cabo se retirasen del mercado²⁰⁶. Según algunos estudiosos de Derecho comparado, sin embargo, la utilidad social de la actividad no puede justificar la inmunidad de responsabilidad bajo el pretexto que su precio debe estar pagado por el progreso. La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la actividad en cuestión ha de provenir del explotador de ésta como contrapartida de su privilegio de ejercer una actividad especialmente peligrosa. El análisis de la cuestión en términos de la economía del mercado llevará, por tanto, a los resultados correctos puesto que no sólo el desarrollo sino también la cesación de la actividad, si los costes de dicha actividad sobrepasan los beneficios por ella generados, constituye ganancia para la sociedad²⁰⁷. Es por ello, probablemente, que los jueces ingleses hayan abandonado en gran medida esta

1998, 219), de Badajoz de 21.05.1998 (AC 1998, 997) y 10.09.1998 (AC 1998, 1740), y Barcelona de 06.04.1998 (AC 1998, 4552), Barcelona de 28.04.1998 (AC 1998, 4546), Barcelona de 07.09.1998 (AC 1998, 1853), Castellón de 04.05.1998 (AC 1998, 960), Córdoba de 06.07.1998 (AC 1998, 1588), Córdoba de 26.03.1998 (AC 1998, 537), A Coruña de 05.12.1997 (AC 1997, 2550), Cuenca de 28.04.1997 (AC 1997, 941), Guadalajara de 12.03.1998 (AC 1998, 3947), Jaén de 13.03.1998 (AC 1998, 663), León de 22.10.1998 (AC 1998, 2023), Toledo de 09.02.1998 (AC 1998, 336), entre otras.

²⁰⁴ Esther MONTERO CASADO, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La concurrencia de causas.*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 162.

²⁰⁵ Esther MONTERO CASADO, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La concurrencia de causas.*, *op. cit.*, pág. 167.

²⁰⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung*, *op. cit.*, pág. 289-290.

²⁰⁷ Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, *op. cit.*, pág. 900. De forma parecida, Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 10.

política. Hoy en día es evidente que la responsabilidad objetiva no impide el desarrollo de las actividades calificadas como socialmente útiles, sino que contribuye a su selección²⁰⁸. Este análisis se ve perturbado cuando el que desarrolla la actividad peligrosa repercute el coste de la indemnización pagada al perjudicado en el precio del producto o servicio que comercializa. En este caso, la decisión de aquel de cesar o no la actividad llevada a cabo se verá desfigurada porque su titular “no siente los daños en su propia piel”²⁰⁹.

El principio *cuius commodum eius damnum* ha sido señalado como el que está detrás de la imposición de la responsabilidad objetiva en caso de casi todas las disposiciones analizadas en adelante²¹⁰.

Ubi emolumentum ibi onus, junto con el riesgo y principio *pro damnato*²¹¹, ha sido reconocido también por la jurisprudencia como uno de los fundamentos principales

²⁰⁸ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 290. Considere aquí el caso del accidente en Fukushima cuya producción resultó en la decisión de Alemania de adelantar el paulatino cierre de todas las centrales nucleares en su país. La dimensión de los daños ocasionados ha llevado al Gobierno a prohibir por completo en el futuro cercano el desarrollo de la actividad y a buscar vías alternativas de producción de la energía. Véase Juan GÓMEZ, “Merkel decide adelantar el apagón nuclear en Alemania”, *El País Internacional*, 30 de mayo de 2011. Disponible también en http://internacional.elpais.com/internacional/2011/05/30/actualidad/1306706404_850215.html (fc: 18.06.2013).

²⁰⁹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 289.

²¹⁰ Así se pronunció en términos generales José Enrique GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil y común foral*, t. II, Bosch, Barcelona, pág. 1963. En la misma senda, Carmen ORTUÑO NAVALÓN/Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 86-87, n. 194. Esgrimen este principio como el que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva en general Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 516 y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 238. En lo que a los casos particulares se refiere, fundan en esta máxima la imposición de la responsabilidad objetiva en caso del art. 1905 Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pp. 961 y 964 y Carlos LASARTE ÁLVAREZ., *Principios de Derecho civil*, Madrid, 2000, pág. 401-402. Sobre el régimen de la responsabilidad dimanante de la Ley de Caza así Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, en *Código civil comentado*, op. cit. pág. 1491, Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura”, *Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, pp. 3-4 y Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por animales en ámbito de caza”, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 275 (esta última en cuanto habla de la responsabilidad solidaria de los miembros de la partida de caza). Sobre el art. 1908 en este sentido Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, en *Código civil comentado*, op. cit. pág. 1499, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pág. 850 y Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *Comentario al Código Civil*, op. cit., pp. 13040 y 13041. En lo que a los accidentes de tráfico se refiere, basa en este principio la imposición de la responsabilidad objetiva Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de Circulación: Responsabilidad civil y seguro*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 239. De forma parecida sobre el régimen de la responsabilidad casos de la producción y manejo de la energía nuclear y de los materiales radioactivos Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, en *Nuclear Accidents, Liabilities and Guarantees, Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August-3 September 1992, Organized jointly by the OECD Nuclear Energy Agency and the International Atomic Energy Agency*, pp. 184-185.

no sólo de la responsabilidad objetiva, sino también de la llamada objetivación de la responsabilidad por culpa en forma de inversión de la carga de la prueba, presunción de culpa e inflación de los deber de diligencia exigibles²¹².

Finalmente, en lo que al ámbito de influencia de la regla se refiere, algunas discrepancias han rodeado la cuestión de qué significado dar a uno de sus componentes, en este caso a *commodum*. Es decir, qué ámbito de aplicación dar a lucro o beneficio. El problema no es baladí puesto que de la respuesta que demos a dicha pregunta dependerá la validez general de la regla. Pues bien, algunos autores han observado que el principio *cuius commodum eius incommodum* se refiere a estos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es susceptible de reportar beneficios para su titular, entendidos éstos últimos en el sentido plenamente técnico²¹³. Por tanto, el hecho que se ha de tratar con una actividad lucrativa se traduce en que dicha actividad está circunscrita normalmente a una explotación empresarial²¹⁴. Dar esta interpretación a la regla significaría que se quedarán fuera del ámbito de su aplicación todas aquellas actividades que, a pesar de ser generadoras de riesgos considerables, no están dirigidas a la obtención de un beneficio económico. En consecuencia, el principio *ubi commodum ibi et incommodum* como fundamento principal de la responsabilidad objetiva limitaría considerablemente el número de las actividades sujetas a la teoría del riesgo²¹⁵, e incluso dejaría sin justificación aquellos supuestos, que hoy en día se rigen por esta forma más estricta de responsabilidad, a pesar de que la actividad causante del daño no tiene ningún matiz económico. No obstante, de la extensa jurisprudencia generada en esta materia, tanto por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales, se desprende que, dependiendo del caso y de la persona que juzgue, los tribunales hacen uso de ambas interpretaciones, de la más y de la menos amplia. Así las cosas, si bien algunas decisiones entienden bajo el *commodum* el lucro mercantil, por estar la actividad causante del daño desarrollada en el marco del servicio de la empresa o del comercio, otras consideran suficiente que dicha actividad se traduzca en una revalorización del bien (inmueble), o que, simplemente, conlleve un mero provecho

²¹¹ Véase el capítulo II, secc. 1.7.

²¹² Véase la recopilación de citas de las sentencias del Tribunal Supremo, elaborada por Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 28-29.

²¹³ Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Fernando Reglero Campos (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 264.

²¹⁴ Paolo FORCHIELLI, “In torno alla responsabilità senza colpa”, *RIDP*, 1967, pág. 1387

²¹⁵ Henri et Léon MAZEAUD/André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, Paris, Montschrestien, 6ª ed., II, 1970, pág. 438.

personal ligado a su desarrollo²¹⁶. El término ha sido empleado en un sentido más amplio comprendiendo el mero disfrute de la actividad en algunos casos por la doctrina científica. En España, a modo de ejemplo, se ha dicho que la posesión de un animal comporta ciertas ventajas o beneficios, de carácter diverso, no solamente económico, que hacen que, por razones de justicia, el poseedor ha de cargar con las consecuencias del riesgo que la naturaleza irracional del animal comporta²¹⁷. Esta aproximación al tema no está desconocida tampoco en la literatura de Derecho comparado. A este efecto, se ha señalado que el principio *ubi commodum ibi et incommodum* es idóneo para justificar la imposición de responsabilidad objetiva también en caso de las actividades que se caracterizan por la concentración de diversión y riesgo, como actividades de ocio²¹⁸. Ejemplos de dichos supuestos existen en algunos Ordenamientos jurídicos que han introducido responsabilidad sin culpa por daños causados a terceros en la tierra por el uso de parapente²¹⁹. En Alemania la ventaja/beneficio tiene como regla general un carácter económico. No obstante, se admiten sus vertientes: social (animales como la señal de lujo) y emocional (placer o entretenimiento)²²⁰. Como bien se ha observado, sin embargo, concederle a la idea de provecho el sentido más amplio aquí descrito sería convertirle en una factor de poca relevancia, en una condicionante innecesaria y expletiva, debido a que asumida esta interpretación se podía asociar el lucro con cualquier tipo de actividad humana²²¹.

En lo que a las actividades de ocio se refiere, me parece interesante, por dos razones distintas, remitirse en este lugar a la STS de 22 de octubre de 1992²²². La resolución tiene como objeto un supuesto en el que se juzga la responsabilidad de un

²¹⁶ Véase Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 30 y la jurisprudencia allí citada. Admite ambas interpretaciones de beneficio, por ejemplo, la STS de 20-01-1992 (RJ 1992, 191).

²¹⁷ Ignacio GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, 1997, pág. 33. En este mismo sentido Santiago CAVANILLAS MÚGICA en el Comentario a la Sentencia del TS de 22 de octubre de 1992, comentada más adelante. Véase CCJC núm. 32, 1992 pág. 954. En el seno de las actividades cinegéticas reconoce el doble vertiente del significado *commodum* también Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura.”, Aranzadi Civil- Mercantil núm. 7/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, (BIB 2010/2176), pp. 3-4.

²¹⁸ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 291.

²¹⁹ Esta interpretación se da, por ejemplo, a los siguientes preceptos en los siguientes países, §33 de *LuftVG* alemana, art. 141-1 del *Code de l’aviation civile*- en la interpretación dada a este, por ejemplo, por Cour d’appel de Toulouse de 27 de febrero de 1996, §148 de la *LuftFG* austriaca en la interpretación dada a este precepto por OGH de 19 de diciembre de 2005, 2 Ob 277/05g y art. 64 de la *LFG* suiza.

²²⁰ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 156.

²²¹ María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 71.

²²² (RJ 1992, 8399).

jugador de partido de pelota a pala por las lesiones provocadas en el ojo izquierdo de otro jugador. Es cierto que, a falta de una regulación específica que sometiese actividades desarrolladas en el marco de la práctica de deporte a otro, que el generalmente aplicado régimen del art. 1902 CC, en el caso se debate la aplicación de la llamada doctrina de “la objetivación de la responsabilidad por culpa”. No obstante, como se ha señalado con anterioridad, atenerse a estos expedientes paliativos también se justifica por la regla *ubi commodum ibi et incommodum*. Pues bien, la sentencia, primero, ubica el *commodum* dentro de género beneficios en sentido económico, excluyendo, de esta manera, la posibilidad de fundamentar la aplicación de las mal llamadas “soluciones cuasi objetivas” al supuesto enjuiciado a base de la máxima *cuius commoda eius incommoda* (ejercer deporte difícilmente puede calificarse como medio de obtención de un lucro). Y, segundo, la doctrina en ella recogida parece erigir dicho principio al fundamento principal de la mencionada objetivación de la responsabilidad, por encima del factor riesgo, de manera que la sola peligrosidad de la actividad, sin inserción de ésta en el seno de una explotación empresarial, no sea suficiente como para justificar la aplicación de los expedientes paliativos de la responsabilidad.

Esta resolución ha sido criticada con dureza por algunos autores quienes subrayaron que la generación de beneficios por el explotador no constituye un criterio definitivo en función del que se distingue entre las actividades que han de regirse por la responsabilidad objetiva y las que deben estar sometidas a la responsabilidad por culpa. El hecho de que una actividad peligrosa se desarrolla en el marco de una organización empresarial que, como tal, tiene como objetivo acumular plusvalías financieras puede constituir una razón más, aparte del riesgo que fomenta dicha actividad, para la imposición de la responsabilidad objetiva al supuesto de que se trata, nunca un condicionante. Dicho de otra manera, la peligrosidad de la cosa (actividad- añadido por la autora) constituye factor suficiente para la imputación de la responsabilidad objetiva al agente²²³. En la misma senda parece ubicarse otra de las sentencias del Tribunal Supremo, dictada sólo unos meses antes de la comentada con anterioridad. De acuerdo con su tenor literal:

²²³ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1992”, *CCJC* núm. 30, 1992, pág. 954.

“... así es patente que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias, *tanto más*²²⁴ cuando ese riesgo es propio de una actividad empresarial generador de un beneficio económico para quien crea el riesgo o peligro para terceros...²²⁵”

Fuera el que fuere el significado dado al controvertido *commodum*, la idea de correlación entre el riesgo y beneficio parece útil sólo en parte debido a las ya mencionadas dificultades en fundamentar a base de este principio los supuestos de la responsabilidad objetiva, en los que la cantidad total de indemnización está limitada por diferentes techos (responsabilidad por los daños a terceros ocasionados por la navegación aérea, responsabilidad por daños derivados de la producción y manejo de la energía nuclear y de los materiales radioactivos) o/y en los que la compensación por la materialización del riesgo generado por la actividad está proporcionada por los agentes diferentes al causante del daño, como, por ejemplo, empresa aseguradora (daños nucleares sobre todo, pero también accidentes aéreos y de tráfico). Como bien se alertó también en su tiempo, convertir la regla *ubi commodum ibi et incommodum* en fundamento autónomo de responsabilidad objetiva puede llevar a la distorsión de la significación atributiva del riesgo creado, que a partir de entonces podría verse inevitablemente ligado al proceso productivo, dejando fuera del alcance de la responsabilidad objetiva un amplio abanico de actividades peligrosas desarrolladas sin ánimo de lucro²²⁶.

La regla *ubi commodum ibi et incommodum* está reconocida como principio fundador de la responsabilidad objetiva también en otros países europeos²²⁷. Es por ello, supuestamente, que la literatura elaborada en el marco del Derecho comparado aconseja por lo menos tenerla en cuenta²²⁸.

²²⁴ Cursiva de la autora.

²²⁵ STS de 20-01-1992 (RJ 1992, 192).

²²⁶ Maria MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., pág. 71.

²²⁷ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 156, Israel GILEAD, “Israel”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pp. 196-197, F.D. BUSNELLI/Giovanni COMANDÉ, “Italy”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 207, Mirosław NESTOROWICZ/Ewa BAGINSKA, “Poland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pág. 261, Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner wiederinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*.

²²⁸ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, op. cit., pág. 257, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, op. cit., pág. 412, Helmut KOZIOL, *Vereinheitlichung der Gefährdungshaftung*, op. cit., pág. 225, Bernhard KOCH, “The work of the European Group of Tort Law, The Case of Strict Liability”, *Indret* 2003, Working Paper núm. 129, pág. 7. Existe una traducción al español. Véase, a este efecto,

1.5 La idea de la comunidad de riesgo.

Entre los factores que justifican la adopción de responsabilidad objetiva, la literatura civilista ha reconocido también la idea de distribución de riesgo entre grupos de personas que se aprovechan de la fuente de peligro que produce daños²²⁹. El fenómeno que está en raíces de este fundamento ha sido descrito hace casi 50 años por Wolfgang FIREDMANN en su monografía “Derecho en una sociedad en transformación”²³⁰. El autor describe el declive de la responsabilidad individual y el gradual proceso de socialización y colectivización de riesgos de producción de daño. Como signos de este proceso FRIEDMANN señaló la creciente importancia del seguro de responsabilidad civil, de la seguridad social y el establecimiento de los fondos de compensación en caso de diferentes tipos de accidentes.

La idea que está detrás de este fundamento tiene sus orígenes en la doctrina anglosajona. No había que esperar mucho tiempo, sin embargo, para que ésta fuese acogida “con brazos abiertos” también por los estudiosos de los sistemas de Derecho continental²³¹.

El principio se suele basar en la asunción de que el que desarrolla una actividad ha de soportar las consecuencias negativas de la materialización de los riesgos dimanantes de dicha actividad, aunque fuera inculpable, puesto que está en mejor posición de afrontar económicamente los costes generados en el desarrollo de tal actividad, ya fueran éstos indirectos, en forma de seguro, o directos, en forma de resarcimiento de los daños causados por su empresa, y porque puede, amortizarlos en los precios de bienes o de servicios prestados²³². De esta forma, el daño está de forma amplia distribuido en la sociedad, sin que los miembros de la misma tengan que

Bernhard Koch, “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva”, *InDret* 2/2003.

²²⁹ Firme a favor de este argumento Hans-Bernd SCHÄFER/Andreas SCHÖNENBERGER, “Strict Liability versus Negligence”, *Encyclopedia of Law and Economics, vol. II, Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 597- 624.

²³⁰ Wolfgang FRIEDMANN, *Derecho en una sociedad en transformación*, Medellín, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1966.

²³¹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa, op. cit.*, pág. 293.

²³² Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva, op. cit.*, pág. 31, Así también Nicola COVIELLO, “La responsabilità senza colpa”, *Riv.it.sc. giur.*, XXIII, 1897, pág. 202, Rudolf MÜLLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, München, 1950, pág. 418, Harold Joseph LASKI, “The basis of Vicarious Liability”, *Yale Law Journal*, 1916, pp. 105 y ss., William DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”, *Yale Law Journal*, 1929, pág. 584, Fleming JAMES, “Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance”, *Yale Law Journal*, 1947-1948, pág. 549 y ss.

sacrificarse soportándolo, y mientras las desafortunadas víctimas de los accidentes provocados por el desarrollo industrial ven garantizada la reparación de sus daños, que son intolerables²³³ (el llamado *risk/loss spreading*). Tal práctica se justifica por el hecho de que también las víctimas se benefician en cierto modo de la fuente del daño, bien individualmente, bien como miembros de un determinado público²³⁴. Refiriéndose a este fenómeno, algunos autores españoles hablan de pulverización del daño que permite su mejor digestión por el sistema económico. Así, se señala que no es lo mismo un daño de millón de euros soportado por uno sólo, que ese mismo daño soportado por un millón de personas²³⁵. La “atomización” del daño hace que éste sea fácilmente soportable²³⁶. Dicha pulverización, según lo mencionado, se puede producir de dos maneras; primero, a través de afinados cálculos de costos en los que una empresa incluye indemnizaciones que según las estadísticas elaboradas por ella ha de pagar a las víctimas de accidentes. Dichos costos se ven reflejados en los precios del producto o servicio de la empresa, siendo el daño redistribuido de esta manera entre los clientes. O, segundo, por la vía del seguro cuando el asegurador que paga la indemnización la redistribuya a través de las primas entre la comunidad de asegurados²³⁷. En este último caso se habla muchas veces de la existencia de un tándem entre responsabilidad objetiva y el seguro de responsabilidad civil. Se resalta también que la original función de seguro de proteger a los actores propensos al riesgo contra los costos de responsabilidad ha sido complementada por otra que convierte dicho seguro en una medida de protección de las víctimas contra el riesgo de producción del daño o, más precisamente, contra el riesgo de quedarse sin compensación debido a que la responsabilidad del demandado, aunque objetiva y más favorable para la víctima, también tiene que ser probada ante el juez²³⁸. Este último argumento dio origen a un debate en el que se discutía la cuestión de si el Derecho de daños constituye realmente un mecanismo apropiado para la aquí analizada distribución de riesgos. Dicho debate alcanzó su apogeo en los años 70 cuando algunos

²³³ Emma CORSTVET, “The Uncompensated Accident and its Consequences”, *Law and Contemporary Problems*, 1936, pág. 446.

²³⁴ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 412.

²³⁵ Luis Díez PICAZO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual”, *op. cit.*, pág. 165. El autor se refiere todavía a la anterior moneda española. Así también, Victor MATAJA, *Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationlökonomie*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1888, pág. 27.

²³⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 292.

²³⁷ Luis Díez PICAZO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual”, *op. cit.*, pág. 165.

²³⁸ Gerhard WAGNER, “Comparative Tort Law”, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN (dir.), OUP, Oxford, 2006, pág. 1035. En España de forma similar, Carlos ROGEL VIDE, *Obligaciones y contratos*, *op. cit.*, pp. 228-229.

autores sugirieron que la compensación de daños a través del sistema de responsabilidad civil debería estar sustituida por los colectivos esquemas de compensación²³⁹.

La idea de distribución de riesgos encontró también sus opositores. Así se señaló que el establecimiento de un seguro total contradice a los principios fundamentales de los actuales Ordenamientos jurídicos fundados en la idea de que el hombre es responsable por sí mismo y que el Estado o la sociedad ni están autorizados ni tienen deber de intervenir en la esfera en la que el individuo puede tomar decisiones y medidas necesarias. De ahí, se subrayó, que la socialización de riesgos impida la libertad y responsabilidad individual²⁴⁰.

Así las cosas, con la idea de distribución de riesgos se ha justificado, por ejemplo, la imposición de responsabilidad objetiva en los supuestos de productos defectuosos²⁴¹. En este sentido, la responsabilidad se presentaba no solamente como un instrumento de distribución de los costes de accidentes por la vía del precio del producto, sino también como un mecanismo que colaborase en el mantenimiento de la utilidad social del producto en cuestión, que implicaría que éste estuviese sujeto a un constante examen de calidad. De esta forma la responsabilidad objetiva incentivaría la mejora de seguridad del producto, debido a que los fabricantes conscientes del total coste de los accidentes derivados del uso de su mercancía podrían minimizar la exposición al peligro y, lo que conlleva, a la responsabilidad. Tal mecanismo, sin embargo, podría tener también consecuencias negativas. Si las mejoras descritas con anterioridad fueran técnicamente imposible o económicamente no rentables el excesivo coste social asociado con la producción del producto en cuestión podría llevar a los fabricantes a su retirada de producción²⁴².

²³⁹ Véase, por ejemplo, André TUNC, “Traffic Accident Contribution; Law and Proposals”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), 1974. Consultase también Patrick S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, 3ª ed, London, 1982, François GILIARD, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, *Rapport à la Société suisse des juristes*, núm. 2, 1967, pp. 193 y 197, John FLEMING/Jan HELLNER/Eike VON HIPPEL, *Haftungersetzung durch Versicherungsschutz*, Metzner, Frankfurt, 1980, Stephen SUGARMAN, “Doing Away with Tort Law”, *California Law Review* núm. 73, 1985, pp. 555-664, Eike VON HIPPEL, “Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen: Haftungersetzung durch Versicherungsschutz?”, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1999, pág. 313 y ss. y Bernd SCHILCHEER, *Theorie der sozialen Schadenverteilung*, Berlin, 1977, pp. 63 y 103-125.

²⁴⁰ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pág. 559.

²⁴¹ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pág. 299.

²⁴² Franz WERRO/ Vernon Valentine PALMER/Anne Catherine HAHN, “Strict Liability in European Tort Law: an Introduction”, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, op. cit., pág. 16.

Otra materia en la que encuentra aplicación fundamento aquí analizado es la de uso de los vehículos de motor. Se mantiene dentro de la misma línea de argumentación la que evidencia que el peligro creado en el tráfico automovilístico depende del número de personas autorizadas a participar en él, dado que las personas tendemos a cometer errores. Por otra parte, todos los que explotan automóviles se benefician del transporte automovilístico. Dos son entonces argumentos que hablan a favor de la imposición de responsabilidad objetiva en estos casos: el riesgo creado, pero también el hecho de que los daños sufridos por las víctimas de los accidentes deberían estar distribuidos entre todos los usuarios de vehículos de motor. Para conseguir este resultado, los sistemas jurídicos suelen imponer un simplificado sistema de compensación en forma del seguro obligatorio de responsabilidad²⁴³.

Esta idea constituye un fuerte argumento en el caso en que un motorizado usuario de transporte daña a otro participante en circulación que no está motorizado. En esta situación el causante del daño (*guardian* o conductor de vehículo de motor) pertenece al grupo que, por una parte, se beneficia del transporte por vehículos de motor y, por otra, está gravado con los costes de daños que deberían estar distribuidos. Este cuadro cambia, sin embargo, cuando dos usuarios motorizados colisionan entre sí. En este caso ambas partes pertenecen al grupo de personas que se benefician del transporte por automóviles y que por esta misma razón son miembros de la comunidad de asegurados. Tal comunidad puede tener dos variantes dependiendo del tipo de seguro que la organiza: seguro de responsabilidad o seguro de propiedad. Pues bien, sólo en este primer caso la responsabilidad objetiva del conductor del automóvil tendría su razón de ser puesto que parece inadecuado que fuera el perjudicado, dañado y no autolesionado al que se asigne los costes de daños (caso de seguro de propiedad), a no ser que ése tenga que responder en virtud de la concurrencia de culpas por los daños por el causados²⁴⁴.

En España en base del criterio de distribución de riesgo, aunque no solamente, una parte de la doctrina intentó desvelar lo inadecuado de imponer responsabilidad objetiva en el supuesto de actividades cinegéticas, argumentando que en algunas partes de España el ejercicio de caza no comporta ningún beneficio económico con lo que en caso de dicha actividad no existe la posibilidad de amortizar posteriormente en terceros los costes de la reparación de daños y, de esta manera, socializar el riesgo, ya que no existen explotaciones cinegéticas sino caza puramente deportiva²⁴⁵.

²⁴³ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, "Comparative Conclusions", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 412.

²⁴⁴ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 293.

²⁴⁵ Ana DÍAZ MARTÍNEZ, "Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura.", *Aranzadi Civil- Mercantil* núm. 7/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, (BIB 2010/2176), pp. 3-4.

1.6 El interés general.

Este argumento difiere del anterior en el hecho de que va más allá refiriéndose no sólo a los intereses de un grupo específico, sino de la sociedad entera²⁴⁶. Así, la imposición de responsabilidad objetiva en caso de ciertas actividades se justifica porque renunciarlas a la vista de la alta magnitud del daño o frecuencia con la que éste se produce; factores que podían incidir en la prohibición de dicha actividad, representaría pérdida para toda sociedad. Como hemos ya mencionado en la introducción de este capítulo, se trata de establecer un balance entre diferentes intereses. El Ordenamiento jurídico autoriza actividades cuestionables y no las reprime, otorgando en cambio a las víctimas la posibilidad de compensar los daños a través de las reclamaciones basadas en responsabilidad objetiva²⁴⁷. Esta idea juega un papel importante en la imposición de responsabilidad objetiva en caso del uso de la energía nuclear y se ve reflejada no solamente en que la responsabilidad del explotador está cubierta por el seguro obligatorio y/u otras garantías financieras, sino también en el hecho de que dos tramos de ésta están suministrados por diferentes fondos públicos, de carácter nacional e internacional²⁴⁸. Esta práctica tenía en sus cimientos el argumento según el cual la sociedad entera se beneficia de la producción ecológica de energía. Se resaltaba que el desarrollo de similares tecnologías innovadoras está en el interés de la sociedad moderna. En consecuencia, un reparto racional de los riesgos dimanantes de la producción de la energía nuclear se presentaba como necesario para el progreso tecnológico²⁴⁹. Dicho reparto era posible gracias a la imposición del seguro obligatorio de responsabilidad cuyas primas, en consiguiente, podían estar amortizadas por el explotador en los precios de la energía. Sin embargo, pronto fue evidente que considerar la responsabilidad individual del operador de la planta nuclear, incluso cuando aquella estaba cubierta por un seguro o garantía obligatoria, como la única fuente de

²⁴⁶ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 412.

²⁴⁷ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 293. De forma parecida, Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 2ª ed., Oxford University Press. Oxford, 2013, pág. 299 y Franz WERRO/Vernon Valentine PALMER/Anne Catherine HAHN, “Strict Liability in European Tort Law: an Introduction”, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 453 y ss.

²⁴⁸ Así lo estableció la regulación española (Ley 12/2011) en la implementación del Convenio de París. La cuestión de los tramos de responsabilidad en cierta medida ha sido dejada al arbitrio de los diferentes países partes del Convenio. Véase el capítulo sobre la utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos (capítulo IV.II.1).

²⁴⁹ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *op. cit.*, pág. 185.

compensación de las víctimas de accidentes nucleares, esto fue un error de las primeras versiones de ambos convenios internacionales, del de Viena y del de París. Debido a que el coste de un seguro que cubre los riesgos catastróficos, como los riesgos nucleares, puede ser tan alto que es imposible que lo soporte una empresa. Y por otra parte, en cambio, los llamados límites de asegurabilidad hacen que la cobertura de los riesgos nucleares dependa de la capacidad de seguro y del mercado de reaseguro. La configuración de todos estos factores llevaría, y de hecho llevó, a la introducción de las extensas limitaciones de la responsabilidad del explotador, que vinculados a la responsabilidad individual de éste darían como resultado que una gran parte de los daños nucleares se quedaría sin compensación, perjudicando a las víctimas de los incidentes²⁵⁰. El sistema que vino después para sustituir las reglas primitivas de los Convenios tenía signos de revolucionario y progresista en la materia de Derecho de daños. Así, el primer tramo de la responsabilidad del explotador ha sido suplido por dos tramos adicionales, nacional e internacional, alimentados de los fondos públicos. De esta manera, el coste de los daños cubiertos por el Estado en el que está sita la instalación nuclear, caso del segundo tramo, o de los daños reparados por el fondo común suministrado por los países partes del Convenio de París, el tercer tramo, no sería recuperable del operador. Tal cantidad presentaría una carga financiera a satisfacer por los contribuyentes. De esta manera el peso de la responsabilidad incidental a la actividad nuclear, que por razones de economía no puede estar descargado totalmente sobre el operador, correría de parte de la sociedad entera²⁵¹.

Algunos de estos argumentos, muy innovadores en su tiempo, hoy en día, según algunos autores, se han quedado un poco obsoletos. La industria nuclear parece gozar de suficiente fuerza como para poder prescindir de los originales apoyos. Limitar la responsabilidad del explotador de instalación nuclear significaría prescindir del riesgo como fundamento de ésta. Tal limitación, en opinión de algunos, es arbitraria y no puede estar justificada²⁵². No se puede descartar, sin embargo, que el no tan remoto accidente en Fukushima podría hacer a dichos autores dudar otra vez.

²⁵⁰ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for Nuclear Damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pág. 187.

²⁵¹ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for Nuclear Damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pág. 213.

²⁵² Norbert PELZER, "Main features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability. Progress and Standstill", *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. 10th Anniversary of the International School of Nuclear Law*, OECD, 2010, Nea núm. 6934, pp. 368-369.

1.7. *Pro damnato.*

Para llegar a la esencia de este principio, que según algunos autores es fundador de responsabilidad objetiva en España, me voy a remitir a las palabras que hace no tanto tiempo salieron de la pluma de uno de los juristas españoles. Pues bien, puede afirmarse que la segunda mitad del siglo XX experimentó una metamorfosis dentro de lo que uno podría llamar el “teatro de operaciones de la responsabilidad civil”. En consecuencia de los cambios sufridos, el hasta entonces “primer actor” pasó de ser, si acudimos al tenor literal del art. 1902, “el que causa daño al otro” o “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad ...”, como reza el art. 1101, para convertirse precisamente en ese “otro”, es decir, la víctima de un daño extracontractual. Descrito cambio de protagonista, en efecto, se tradujo en que la cuestión de por quién o por qué motivo se va a resarcir ese daño dejó de tener importancia. El primer plano lo ocupó, en cambio, la necesidad de que se produzca la reparación. Así las cosas, el papel principal se asigna actualmente a la víctima. De ahí que los preceptos nucleares que componen el sistema de la responsabilidad civil puedan estar interpretados de formas diversas, siempre, sin embargo, alineándose a la máxima de que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”. En consecuencia, el punto neurálgico hoy en día se traslada de la antijuridicidad (a veces inexistente) de la conducta causante del daño hacia la antijuridicidad del daño mismo, viendo nacer un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho - *favor vicitimae* o *pro damnato*²⁵³.

Esta misma argumentación llevó a otros autores a la conclusión de que hemos experimentado una transformación pasando de responsabilidad civil a un sistema de Derecho de daños. El cambio de la terminología no es ocasional, poniendo de relieve un nuevo planteamiento impuesto por las exigencias sociales, llamado a consolar los problemas de la emergente realidad socio-económica con nuevas soluciones jurídicas orientadas a lo más justo posible²⁵⁴. Fruto de este planteamiento es, precisamente, el principio según el cual todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño. Detrás de la formulación de esta regla se encuentran razones de

²⁵³ Eugenio LLAMAS POMBO, *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dyknsón, Madrid, 2000, pág. 301.

²⁵⁴ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de Circulación: Responsabilidad civil y seguro*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 234.

equidad, la moral, solidaridad, “saludable rigor que impone la seguridad de personas y cosas”, correcta vecindad, buena fe, el derecho a la tutela judicial efectiva²⁵⁵, y otras que de una manera u otra llaman a la protección de la víctima del daño²⁵⁶; las mismas razones que parecen motivar la llamada “teoría de la garantía” desarrollada por el francés Boris STARCK. Según ésta, las víctimas de daños a la persona tienen derecho a la protección y seguridad y han de tener garantizada la compensación²⁵⁷. Se puede afirmar que dicha teoría no ha pasado sin ningún eco a los registros doctrinales puesto que sus reflejos se hacen ver también en la práctica jurisprudencial francesa. A este efecto, la única justificación que se suele dar a la regla embebida en el art. 1384 parf.1 del *Code civil* es la inclinación de los jueces a facilitar compensación por muerte y daños corporales en los supuestos de la responsabilidad por las cosas inanimadas²⁵⁸.

En España, sin embargo, como bien observó una parte de la doctrina, el principio *pro damnato* no ha sido erigido por la jurisprudencia al fundamento de responsabilidad objetiva, ni en términos generales, ni en caso de las actividades peligrosas. Así, el interés de las víctimas de ver satisfecho su derecho a compensación por el daño no ha sido reconocido por el Tribunal Supremo como el que debería prevalecer sobre el interés del actor de no indemnizar el daño producido²⁵⁹. Con eso no se quiere decir que tal regla pasó desapercibida sin dejar huella ninguna en las *obiter dictas*. Como es bien sabido, la idea de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos orientó la interpretación y aplicación de los tradicionales preceptos jurídicos, sobre todos de los basados en la doctrina de responsabilidad por culpa, dando lugar a la ya mencionada “objetivación de la responsabilidad”²⁶⁰. Así lo declaró, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2002²⁶¹ al resaltar que

“Como expresa la sentencia de 6 de junio de 2002, que resume la más reciente doctrina interpretativa del artículo 1902 del Código civil, no

²⁵⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, *Comentario al Código Civil*, GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 318-319.

²⁵⁶ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁵⁷ Boris STARCK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Droit civil. Obligations. Vol.I. Responsabilité délictuelle*, 3ª ed., Litec, Paris, 1988, pp. 38-40.

²⁵⁸ Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 135.

²⁵⁹ Miquel MARTÍN CASALS/ Jorid RIBOT/ Josep SOLÉ, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 291.

²⁶⁰ De Ángel YAGÜEZ, *Tratado de la responsabilidad civil*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 56 y 128 y ss.

²⁶¹ (RJ 2002\10092).

puede negarse la nueva tendencia de responsabilidad civil consistente en orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales, basados en la doctrina de la culpa, por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos. Por ahora, basta señalar que , atendidos los términos del artículo 1902 y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil (al menos en los supuestos de responsabilidad por actos propios). Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos de la sentencia, denuncian una evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa”.

Peligros que podría comportar el abusivo uso de este principio en el campo de los diferentes expedientes objetivadores de la responsabilidad por culpa no han pasado sin ser apercibidos en la doctrina. A este efecto, se alertó del riesgo que podría suponer permitir a los jueces caer en la tentación de sentar la resolución de cada caso, al tener en cuenta dicha regla, en las circunstancias concretas; situación que podría resultar en la erupción de una cláusula de equidad en base al art. 3.2 del CC. Así, sin que se cuestione la dudosa relevancia de equidad a la luz de dicho artículo y aún asumiendo que el uso que los jueces den a ésta fuera cauteloso, no se debe perder de vista que la finalidad del obrar de éstos últimos no consiste solamente en hacer justicia, sino también derecho²⁶². Y finalmente, el hecho de remitirse a la equidad evidencia la incapacidad para entender la función del instituto de la responsabilidad. Otorgar al juez la facultad de resolver los casos de acuerdo con una valoración equitativa, llevará a que una distribución de riesgos realizada según directrices constantes será sustituida por un conjunto de sentencias imprevisibles e inspiradas, sobre todo, en las impresiones elaboradas a base de las circunstancias concretas que rodean el caso singular²⁶³. De ahí, se argumenta que sería conveniente completar el principio *pro damnato*, en lo que a las cuestiones probatorias se refiere (apreciación de la prueba en beneficio del más débil), con un criterio adicional. Se señaló como ideal, en este sentido, el criterio de la creación de un riesgo

²⁶² Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 25.

²⁶³ Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, pág. 29.

típico e incluso se propuso sustituir el primer principio por el segundo (riesgo) por completo²⁶⁴. Es ésta también la opinión de la autora de este trabajo. El riesgo de una intensidad intermedia, por tanto, menor que el riesgo anormal o extraordinario que da lugar a la responsabilidad objetiva, podría ser considerado como principio fundador de la inversión de la carga de la prueba. Admitir tal razonamiento significaría, a falta de una regulación expresa que sujetaría actividades de las que dicho riesgo dimanara a más estricto régimen de responsabilidad objetiva²⁶⁵, otorgar a los jueces autorización para endurecer responsabilidad por tales actividades a través del recurso a dicho expediente paliativo de responsabilidad por culpa²⁶⁶.

En lo que a la doctrina española se refiere, algunas voces doctrinales han atribuido al principio *pro damnato* la implementación de responsabilidad objetiva en casos particulares así como la manera en la que se regularon preceptos específicos de dichos supuestos²⁶⁷.

²⁶⁴ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 25.

²⁶⁵ Así soluciona el problema el art. 5:102 de los PETL.

²⁶⁶ Esta idea ha sido recogida también en los PETL, art. 4:201. Véase también en este trabajo el capítulo sobre la inversión de la carga de la prueba (capítulo III., I.1) y, en especial, la sección sobre el riesgo como criterio de atribución de la carga de la prueba (capítulo III, I.1.6.4).

²⁶⁷ La voz que quizá con más fuerza reclama la fundamentación de la responsabilidad objetiva en el principio *pro damnato* es la de DE ÁNGEL YAGÜEZ, quien declara que todos los supuestos codiciales de responsabilidad sin culpa, es decir, los contemplados en los arts. de 1905 a 1910 están total, rigurosa y definitivamente presididos por el principio de que lo que debe prevalecer es la reparación del daño, la indemnización al perjudicado. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 555. Según Patricia CILLERO DE CABO, era la finalidad protectora de la víctima la que perseguía la norma embebida en el art. 8 de la LRCPD en cuanto declaraba que el perjudicado podrá obtener la reparación de todos los daños que se hayan causado ejercitando una sola acción, y podrá obtenerla además al amparo del régimen de responsabilidad objetiva de los productos defectuosos, quedando libre, por tanto, de demandar al tercero y de probar, en su caso, su culpabilidad. Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 180. Dentro de la misma materia, va dirigida a facilitar la reclamación de la víctima también la regla según la cual cuando concorra la hipótesis de falta de identificación absoluta del productor “será considerado como tal el proveedor del producto”. De esta manera se trata de salvaguardar la efectividad del ejercicio del derecho del perjudicado a instar la indemnización de los daños sufridos. Pilar GUTIERRÉZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos. (Su régimen de responsabilidad civil en el texto refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.201. De acuerdo con la misma autora, la protección del consumidor requiere que la responsabilidad del productor no se vea afectada por acciones u omisiones de otras persona que haya contribuido en causar el daño. Pilar GUTIERRÉZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos. (Su régimen de responsabilidad civil en el texto refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*, *op. cit.*, pág. 229, n. 482.

1.8 La dificultad probatoria estructural de la víctima.

En algunos Ordenamientos jurídicos, entre ellos en el español, destacan casos en los que la imposición de responsabilidad objetiva se justifica con el argumento según el cual los lesionados, de forma regular, se encuentran en una situación difícil en cuanto a la prueba de la culpa del causante del daño. Entre los “grandes de Derecho” fue EXNER quien en la situación en la que se encontraba cada una de las partes en lo concerniente a la obtención de la prueba vio el fundamento de responsabilidad objetiva²⁶⁸.

En lo que a la dificultad probatoria se refiere, ésta puede estar originada por diferentes circunstancias. Pertenecen a la categoría que comprende situaciones que podrían dar lugar a que la víctima se encontrase en una posición probatoria desfavorable, por ejemplo, los accidentes de tráfico, en cuyo caso el evento dañoso suele ocurrir rápido y sin testigos. Con más razón incluso la dificultad probatoria estructural de la víctima puede constituir fundamento de responsabilidad objetiva en casos de los accidentes nucleares en los que la fuerza devastadora y la magnitud del daño no permiten con facilidad reconstruir los hechos de lo ocurrido. Así se señaló que debido a que sería virtualmente imposible al que reclama tener el conocimiento suficiente de lo que tuvo lugar en una instalación nuclear o en el transporte cuando el accidente ocurrió, la responsabilidad objetiva está de acuerdo con el principio de la equidad que en caso contrario se vería vulnerado. El operador es legalmente responsable independientemente de cuyos actos u omisiones fueron de hecho causa del accidente. A la víctima se la dispensa de esta manera de la necesidad de identificar y perseguir a los que de hecho han causado el accidente, una tarea, que debido a las dificultades en obtener las pruebas necesarias después del accidente, sería virtualmente imposible²⁶⁹. El perjudicado se halla en una posición débil en cuanto a la prueba también en el caso en el que en un proceso por daños y perjuicios se encuentra en frente de una compleja organización que controla el proceso de producción, estructura de personal y planes de implementación de empleados, como por ejemplo en el caso de la responsabilidad por

²⁶⁸. Adolf EXNER, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantile romano y en el actual, (Der Begriff der höheren Gewalt [vis mayor] im römischen und heutigen Verkehrsrecht)*, Viena, A. Holder, 1883, trad. española por E. MIÑANA, Madrid, Librería V. Suarez, 1905, pág. 69.

²⁶⁹ Julia SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 40.

productos defectuosos²⁷⁰. En la doctrina austriaca, la dificultad probatoria estructural de la víctima, aunque no de forma exclusiva, justifica la implementación de responsabilidad objetiva en caso de la §1318 que establece responsabilidad de la persona a la que pertenece una vivienda por la caída de una cosa suspendida y colocada peligrosamente; arrojada o derramada desde dicho local. Así, se señala, pocas veces el sujeto afectado puede aportar la prueba de quién tiene la culpa de la colocación peligrosa del objeto que se ha caído²⁷¹.

La viabilidad de la dificultad probatoria estructural como fundamento de responsabilidad objetiva ha sido cuestionada, sin embargo, por algunos autores extranjeros, señalándose que existen otras herramientas que sin falta alguna pueden facilitar a los perjudicados un medio idóneo para recuperar los daños ocasionados. Entre éstos se menciona sobre todo la inversión de la carga de la prueba²⁷². Esta parece ser la solución adoptada recientemente por el legislador español en el art. 217 de la reformada Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que en su apartado 7 establece que para la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, el Tribunal deberá tener presente la facilidad y disponibilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el proceso²⁷³. En la doctrina española, las dificultades probatorias de la víctima se señalan como la razón para la inversión de la carga de la prueba, contrastándolas con el riesgo como fundamento de responsabilidad objetiva²⁷⁴.

Objetaron dicha argumentación varios autores, poniendo de relieve que a la víctima no le es difícil solamente la prueba de la culpa del causante del daños, sino también la respuesta a las pruebas exculporias de éste. En consecuencia, la sola imposición de la inversión de la carga de la prueba en los supuestos aquí analizados podría resultar en el peligro de que los perjudicados no obtuvieran debida compensación, mientras el causante de daños que actuó con negligencia se libera de la

²⁷⁰ Chrispoh OERTEL, *Objektive Haftung*, op. cit., pág. 295 y Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 672.

²⁷¹ Área RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (análisis del art. 1910 del CC)*, Editorial práctica de Derecho, S.L., Valencia 2001, pág. 36.

²⁷² Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, "Comparative Conclusions", op. cit., pág. 411, Helmut KOZIOL, *Vereinlichung der Gefährdungshaftung*, op. cit., pág. 224, Cees VAN DAM, *European Tort Law*, op. cit., pág. 298.

²⁷³ Art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Véase también en este trabajo el capítulo referente a la carga de la prueba.

²⁷⁴ Luis DÍEZ PICAZO, „Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual“, op. cit., pág. 164.

responsabilidad²⁷⁵.

Bien, pues, en este trabajo se comparte la opinión de la doctrina germánica de que el empleo de responsabilidad objetiva para combatir las dificultades probatorias de las víctimas parece ser un remedio dudoso y excesivo, insuficiente por sí solo como fundamento de tal régimen de responsabilidad debido a que conlleva la posibilidad de que el demandado responda por los daños que se produjeron sin su culpa²⁷⁶.

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, pág. 15.

²⁷⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 295 y Andreas BLASCHCZOK, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, Heymanns Carl, Köln, 1993, pág. 15.

2. TÉCNICAS DEL DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

2.1 Legislación.

2.1.1 Modelo de enumeración de los supuestos individuales por la Ley.

Los supuestos individuales de la responsabilidad objetiva pueden estar enumerados en el Código civil y/o en las leyes especiales. Ahora bien, en lo que a España se refiere, a pesar de que el Código Civil contiene algunos casos de la responsabilidad objetiva, siendo estos la responsabilidad por posesión de animales (art. 1905 CC), responsabilidad por los humos excesivos (art. 1908,2 CC), responsabilidad por la caída de árboles en sitios de tránsito (art. 1908,3 CC) y la responsabilidad por la caída o arrojo de cosas de una casa (art. 1910 CC), se puede afirmar que la promulgación de las leyes especiales constituye principal modo de introducción de la responsabilidad objetiva en España²⁷⁷.

Así el primer texto jurídico que introducía este tipo de responsabilidad en España fue la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo. Ahora, aunque este tipo de incidentes ha generado una numerosa jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, con anterioridad a la STS de 15 de enero de 2008²⁷⁸ y a la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, conocía de las demandas de responsabilidad contra las empresas por accidentes de trabajo, hoy en día este tipo de casos pertenece al orden social por lo que dicha materia no va a ser objeto de comentario más extendido en este trabajo de investigación.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1985/8754 del Poder Judicial la jurisdicción civil era la que se reservaba derecho a conocer de los casos de la responsabilidad civil derivados de accidentes de trabajo. No obstante, la introducción del art. 9,5 en la LOPJ, que establece que los Juzgados y Tribunales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho tanto en conflictos individuales como colectivos, proporcionó un fundamento que permitió a la jurisdicción social reclamar “su poderío” en este tipo de casos. A partir de entonces, ambas

²⁷⁷ Una visión global de este *status quo* está recogida en Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 290.

²⁷⁸ (RJ 2008, 1394).

jurisdicciones, tanto la civil como la social, reivindican para sí la competencia para conocer de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo. En lo que a esta primera jurisdicción se refiere, era suficiente que la parte en el proceso fundamentase la demanda en los arts. 1902 CC o 1903 CC, para que los Tribunales del orden civil se considerasen competentes. De ahí que se dejase a la voluntad de las partes no sólo determinación de la norma aplicable, sino también de la jurisdicción. Eso a pesar de que los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de forma reiterada venían señalando que los casos aquí analizados pertenecían al orden social²⁷⁹. Esta multiplicidad de las jurisdicciones para conocer de las consecuencias de accidente de trabajo se mantuvo en pie hasta la célebre STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2008 que puso fin a este *status quo* al declarar que “Esta Sala ... fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.²⁸⁰” Unos años más tarde la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social ha creado un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado en el ámbito de accidentes de trabajo, estableciendo en su art. 2, b) que la jurisdicción social se erige, por razones de coherencia y especialización, en la única competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos (empresario o ajeno a la relación laboral) que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo²⁸¹.

El primer precedente en lo que a la introducción de la responsabilidad objetiva se refiere, fue seguido por un largo silencio (de más de medio siglo) hasta que los años sesenta del siglo XX vieron la erupción de otras, nuevas leyes especiales. El 21 de julio de 1960 fue promulgada la Ley de Navegación Aérea que instauró el primer sistema objetivo de responsabilidad en el ámbito de transporte (art. 115 y ss.).

Poco después, el 24 de diciembre de 1962, fue publicada la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, sustituida, en consiguiente, por su Texto Refundido, aprobado por el D. 632/1968, de 21 de marzo. Hoy en día es el 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 de motor el que rige en esta materia.

La promulgación de la Ley 25/1964, de 29 de abril, trajo la imposición del régimen de la responsabilidad objetiva en el caso de la explotación de la energía nuclear y de los materiales radioactivos. A este efecto, el art.45 de dicha Ley señalaba que el explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir

²⁷⁹ STS de 21.12.2000 (RJ 2002, 2105).

²⁸⁰ F.5 de la STS de 15.01.2008 (RJ 2008, 1394).

²⁸¹ Con más detalles sobre el tema D. Ignacio MORENO GONZÁLEZ-ALLER, “Orden competente para conocer de los accidentes de trabajo tras la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *El Derecho*, disponible en http://www.elderecho.com/laboral/Orden-accidentes-Ley-Jurisdiccion-Social_11_4598050_02.html (fc: 10.11.2013).

radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la esta Ley²⁸². La Ley 25/1964 ha sido derogada por la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos que mantuvo la solución implementada por su predecesora en la materia de imputación subjetiva²⁸³.

En los años que siguen otras actividades se ven afectadas por la responsabilidad sin culpa. El 4 de abril de 1970 se promulga la Ley 1/1970, de Caza que, por una parte, remite a la legislación civil en lo que respecta a la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos (art. 33.1) y, por otra, hace objetivamente responsable a los cazadores con motivo de ejercicio de caza (art. 33.5)²⁸⁴.

Los daños producidos en relaciones de consumo se ven sujetos a un sistema objetivo de responsabilidad en el año 1984, que es cuando se publica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)²⁸⁵. Así las cosas, los arts. 25 y ss. regulan la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo o utilización de bienes, productos o servicios. En 1994 la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos pasa a constituir un sistema especial de responsabilidad independiente de la LGDCU al ser aprobada la Ley 22/1994 de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos²⁸⁶. Dicha Ley vuelve a formar parte de la normativa de consumo una vez refundida en el Real Decreto Legislativo 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 complementarias²⁸⁷.

La última en introducir la responsabilidad sin culpa es la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental²⁸⁸ que, por regular la responsabilidad cuya reivindicación pertenece a las Administraciones Públicas tampoco será objeto de estudio más detallado en este trabajo de investigación.

²⁸² BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1964, pp. 5688 -5696.

²⁸³ BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011, pp. 52951-52975.

²⁸⁴ BOE núm. 82, de 6 de abril de 1970, pp.5348 -5356.

²⁸⁵ BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984, pp. 21686 -21691.

²⁸⁶ BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994, pp. 21737 -21739.

²⁸⁷ BOE núm. 287 de 30 noviembre 2007, pp. 49181- 49215.

²⁸⁸ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007, pp. 43229- 43250.

En este sentido, el sistema español de implementación de la responsabilidad objetiva se asemeja al escogido por Alemania²⁸⁹. De hecho, la introducción de las formas más estrictas de la responsabilidad civil a través de las leyes especiales, siendo este desarrollo de prerrogativa de la legislatura, ha sido descrita como típica para la tradición jurídica alemana²⁹⁰. El legislador alemán fue supuestamente el primero que se dio cuenta de la insuficiencia y de las limitaciones del viejo principio de la responsabilidad por culpa al promulgar ya en el año 1837 la Ley Prusiana de Ferrocarriles, primera normativa extracodicial en introducir la llamada responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*). Este precedente enseguida fue seguido por otros. Se puede afirmar, que desde la segunda parte del siglo XX hasta hoy en día Alemania ha experimentado una proliferación de las leyes especiales de responsabilidad objetiva²⁹¹, consagrando de esta manera el principio según el cual la única base codicial para indemnizar a la víctima es la responsabilidad por culpa. El único caso de responsabilidad objetiva previsto por el BGB alemán (§ 833, responsabilidad por animales de lujo; la responsabilidad por otros animales utilizados con fines económicos se basa en la presunción de culpa) se suele justificar con la referencia al Derecho romano y germánico primitivo²⁹². El BGB influenciado por Pandectas y una fuerte corriente liberal, parte de la premisa que un hombre ilustrado quiere y puede construir su vida de forma libre, asumiendo su responsabilidad de forma racional. La libertad individual de acción se empareja al Derecho principal, frente a la que la función del estado está limitada simplemente a labores de mantener el orden y la policía. El Estado desarrollaba un papel meramente garantista²⁹³. La responsabilidad objetiva resulta sospechosa a este espíritu liberal, pues nadie debe ser responsable si no puede prever la producción de daño con conocimiento de causa²⁹⁴. Las obligación de indemnizar, según

²⁸⁹ En lo que al Ordenamiento jurídico alemán se refiere véase, por ejemplo, Florian DIETZ, *Technische Risiken und Gefährdungshaftung. Regelungsstrukturen im deutschen und europäischen Recht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2006, pág. 154.

²⁹⁰ Basil S. MARKESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Tort*, Oxford Clarendon Press, 1994, pág. 695.

²⁹¹ Vide el listado de las actividades sometidas a la responsabilidad objetiva y las leyes especiales que las regulan en Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, "Germany", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pág. 152.

²⁹² Basil S. MARKESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Tort*, Oxford Clarendon Press, 1994, pág. 694. Véase también Konrad ZWIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción por Tony WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 653.

²⁹³ Hanspeter STRICKLER, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?*, Haupt, 1983, pág. 9, Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr“, *AcP*, núm. 170, 1970, pág. 3.

²⁹⁴ Josep ESSER/Hans Leo WEYERS, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil: Teilband 2. Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8ª ed., Müller (C.F.Jur.), Heidelberg, 2000, §53 1b), Wolfgang ZÖLLNER, „Gefährdungshaftung wohin?“, en Erwin BERNAT/Elisabeth BÖHLER/Arthur WEILINGER, *Festschrift für*

la teoría clásica, surgía ex contractu o ex delicto siempre y cuando concuerriese el elemento subjetivo en forma de reproche culpabilístico²⁹⁵. De ahí la constatación de VON JHERING según la cual “el daño no obliga a la indemnización, sino la culpa”²⁹⁶. Así, las normas especiales de la responsabilidad objetiva empezaron a ser tratadas como excepcionales, negándoseles la superioridad moral atribuida a las provisiones recogidas en el Código civil. La llamada natura de Janus del legislador alemán que evidenciaba su sensibilidad social en las leyes especiales, conservando posturas individualistas en el Código civil suscitó severas críticas por parte de algunos de los miembros de la doctrina alemana^{297,298}.

Otro país en seguir estrictamente este modelo, y que justifica su introducción con las mismas casi razones, es Suiza. Así, se señaló que todos los supuestos de la responsabilidad objetiva existentes en el sistema jurídico suizo están regulados exclusivamente por las leyes especiales²⁹⁹. Detrás de este fenómeno se encuentra, supuestamente, la más o menos consciente intención de mantener el Código civil “limpio” de cualquier forma de responsabilidad que ha sido considerada hasta hoy en día como particular y singular excepción del principio general de la responsabilidad por culpa. Como se señaló en la doctrina suiza, los supuestos de responsabilidad objetiva están en cuarentena fuera del Código civil³⁰⁰.

El sistema de regulación casuística de los supuestos de responsabilidad objetiva ha sido escogido también por el STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE en su *Draft of Common Frame of Reference*. Por tanto, teniendo en cuenta la popularidad y

Krejci, Wien, 2001, pág. 1356, Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, De Gruyter, Berlin/New York, 1971, pág. 11.

²⁹⁵ Regina OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Böhlau, 1975, pág. 8 y ss.

²⁹⁶ Rudolf VON JHERING, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Roth, 1867, pág. 40.

²⁹⁷ Véase, por ejemplo, una de las primeras por Otto GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer, Berlin, 1889, pp. 16-19.

²⁹⁸ Basil S. MARKESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Tort*, Oxford Clarendon Press, 1994, pág. 694. Véase también Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción por Tony WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 653.

²⁹⁹ Pierre WIDMER, “Switzerland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pág. 326. Véase también recopilación de todas las leyes especiales *Ibidem*, pág. 327.

³⁰⁰ Pierre WIDMER, “Fonction et évolution de la responsabilité pour risque”, *ZSR/RSD* 96 I, 1997, pág. 417 et seq, EL MISMO, “Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse”, en Oliver GUILLOD (ed.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Colloque Genève 1990, 1991, pág. 7 et seq.

extensión del modelo analizado, cabe preguntarse si se trata con un esquema apto para reproducir de forma realista y con visión de futuro el estado del Derecho europeo³⁰¹.

En consiguiente, se procederá con la descripción de las ventajas y desventajas más importantes de dicho modelo.

2.1.1.1 Ventajas del llamado *enumerationsprinzip*³⁰².

Según los partidarios del llamado *enumerationsprinzip* la principal razón para que los supuestos de responsabilidad objetiva estén regulados de forma casuística se encuentra en el hecho de que este modelo contribuye a la seguridad jurídica³⁰³. Un listado de los supuestos sujetos a la responsabilidad objetiva que, además, parte de una regulación concluyente se traduce en que la Ley contenga toda la información alrededor de los requisitos de responsabilidad, causas de exoneración, bienes jurídicos protegidos, alcance de dicha responsabilidad o importes máximos de ésta, lo que protege al potencial responsable de una responsabilidad sorprendentemente amplia.

Dentro de las virtudes de este modelo se suele mencionar también la posibilidad del legislador de ponderar todos los intereses que entran en juego, que se le concede otorgándole la facultad de introducir la responsabilidad objetiva caso por caso³⁰⁴.

Otras veces se ha subrayado que la regulación de la responsabilidad objetiva de forma enumerativa garantiza, en gran parte, la libertad individual de acción. Quien con mejor conocimiento y saber no prevé ningunos daños debería poder actuar sin tener que temer una responsabilidad indefinida una vez que éstos se produzcan³⁰⁵. El hecho de que la normativa concerniente a este tipo de responsabilidad rige en ámbitos estrictamente determinados, delimitando alcance de dicha responsabilidad de forma adecuada, permite a los individuos desarrollar actividad en otros sectores de la vida,

³⁰¹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 312.

³⁰² Principio de enumeración. Así, por ejemplo, Florian DIETZ, *Technische Risiken und Gefährdungshaftung. Regelungsstrukturen im deutschen und europäischen Recht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2006, pp. 154 y ss.

³⁰³ Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, C.H. Beck, München, 1994, pág. 601.

³⁰⁴ Así Felix SCHÖBI, „Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts : Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen“, en Stephan WEBER/Stephan FUHRER, *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzervisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zürich, 2004, pág. 11.

³⁰⁵ Ernst VON CAEMMERER, „Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichenden Sicht“, *RabelsZ*, 1978, pág. 7.

libres de la inminente amenaza que supone la imposición de la responsabilidad objetiva³⁰⁶.

Algunos de los argumentos aquí presentados fueron esgrimidos también por el HOUSE OF LORDS en la sentencia de 9 de diciembre de 1993 *Cambridge Water Co v. Eastern Counties Leather Plc*³⁰⁷ en contra de la conversión del precedente *Rylands v. Fletcher* en una cláusula general por las actividades anormalmente peligrosas, similar a la que rige en los Estados Unidos (véase §20 del *Restatement of Law, Third, Torts*) y a la que fue escogida por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil). Así las cosas, dijo Lord GOFF OF CHIEVELEY³⁰⁸:

“Me inclino por la opinión de que, como regla general, es más apropiado que la responsabilidad objetiva por las operaciones de alto riesgo esté impuesta por el Parlamento que por los Tribunales. Si esta responsabilidad está impuesta por ley especial las actividades relevantes pueden estar identificadas y personas involucradas pueden saber cuál es su situación. Además, la ley especial puede, donde la situación lo requiera, establecer criterios precisos que determinen el efecto y ámbito de esta responsabilidad.”

Finalmente, como se ha señalado con anterioridad, el modelo de enumeración casuística de los supuestos de la responsabilidad objetiva fue reconocido por el STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE en el contexto del debate sobre principios comunes de Derecho de obligaciones. A este efecto, se señaló que la enumeración casuística constituye un método adecuado de organización de la responsabilidad objetiva dado que los casos problemáticos de ésta pueden quedarse fuera, sujetos al principio general, sin que ello impida la promulgación de la normativa en casos no problemáticos³⁰⁹.

³⁰⁶ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 312.

³⁰⁷ All E.R. 1994, 1, pág. 53.

³⁰⁸ *Ibidem*, pág. 76.

³⁰⁹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 312.

2.1.1.2 Desventajas del *enumerationsprinzip*.

A pesar de todas las ventajas que conlleva el modo casuístico de implementación de la responsabilidad objetiva, este modelo presenta también serias deficiencias. Es cierto que la promulgación de diferentes leyes especiales para cada fuente de peligro constituye un modo de proceder común en muchos Ordenamientos jurídicos. No es menos cierto, sin embargo, que con el tiempo esta práctica se convirtió en objeto de unas severas críticas que veían en ella una herramienta que llevaría al tratamiento diferente de casos similares provocando grandes discrepancias³¹⁰. A este efecto, se señaló que muchas veces la enumeración de los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva se basa en unos criterios puramente fortuitos³¹¹. Pero incluso si situamos el criterio de la imputación subjetiva en el riesgo elevado de producción del daño parece imposible enumerar de forma exhaustiva todos los riesgos susceptibles de ser sujetos al principio de responsabilidad objetiva y regular los de forma completa³¹². En consecuencia, las actividades no reguladas estarán sujetas al principio general de la responsabilidad por culpa a pesar de la magnitud de riesgo que presentan, dando lugar a la situación en la que supuestos muy semejantes se regirán por regímenes muy distintos de la responsabilidad³¹³. Estas lagunas, como demuestra la práctica jurisprudencial española de los últimos 70 años, una vez detectadas por los tribunales, amenazan con estar suplidas por los llamados expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa en forma de un estándar más alto de diligencia exigible u otros mecanismos de objetivación utilizados por la jurisprudencia con tal de obtener resultados que ella estima más justos que, se considera, influyen de forma negativa en la coherencia del

³¹⁰ Crítica de esta situación Marianne BAUER señalando los casos en los que la víctima fue desprovista de la indemnización porque el tribunal mantuvo que los supuestos de la responsabilidad objetiva no son susceptibles de una aplicación analógica a supuestos similares. Marianne BAUER, „Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie“, *Festschrift für Ballerstedt*, 1975, pág. 310 y ss. De forma parecida, Erdem BÜYÜKSAGIS, „De l’opportunité de préciser la portée d’une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque“, *Haftung und Versicherung (HAVE)*, 1/2006, pág. 2, Bernhard KOCH, *InDret* 2003, Working Paper nr.129, pág. 9, Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesministerium der Justiz, Köln, 1981, pág. 1786, Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, Beck C.H., München, 1980, pág. 263,

³¹¹ Walter WILBURG, *Die elemente des Schadensrechts*, Braun, 1941, pág. 75 y ss. y 97 y ss.

³¹² Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 313.

³¹³ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág. 853. Véase también Konrad ZWIEGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción por Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 658.

sistema jurídico³¹⁴. En España este problema ha sido evidenciado por una parte de la doctrina que señala que dichos expedientes, complejos y artificiosos, desnaturalizan el significado y alcance de la responsabilidad por culpa³¹⁵. Optar por el modelo de enumeración de los supuestos de responsabilidad objetiva significa también exigir al legislador una constante actividad que de forma regular permitiese mantener el estado de las leyes en concordancia con la realidad dimanante del progresivo desarrollo técnico y científico³¹⁶. Pues, detrás de la imposición de la responsabilidad objetiva a través de las normas especiales, tanto codiciales como extracodiciales, se encuentra la idea de que estos casos constituyen excepciones a la regla general de la responsabilidad por culpa. Hecho este se traduce en que, por razones de seguridad jurídica, la tarea de cambiar la regla general cada vez que se sujeta determinada actividad a la responsabilidad objetiva debe pertenecer al legislador (*Enumerationsprinzip*)³¹⁷. Este planteamiento, como demostró la práctica jurisprudencial alemana y suiza³¹⁸, lleva inevitablemente a la prohibición de la analógica implementación de la responsabilidad objetiva por los tribunales y, en algunos casos, incluso a la exclusión de la interpretación extensiva de los supuestos ya establecidos³¹⁹. En consecuencia, hoy en día es notorio que algunos supuestos de actividades susceptibles de estar sujetas a la responsabilidad objetiva, y

³¹⁴ Pierre WIDMER/Pierre WESSNER, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht*, Bern, 2000, pág. 138 y Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr, op. cit.*, pág. 41.

³¹⁵ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág. 853.

³¹⁶ Hein KÖTZ, *Gefährdungshaftung...*, *op. cit.*, pág. 1785. Tacha de imposible mantener un ritmo adecuado del desarrollo de la responsabilidad objetiva a través de regulaciones individuales Walter WILBURG en *Die Elemente des Schadensrechts*, Braun, 1941, pág. 101.

³¹⁷ Karl LARENZ/ Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, Besonder Teil, vol. 2, 13ª ed., C.H. Beck, München, 1994, §84, pp. 602-603, Erwin DEUTSCH, “Methode und Konzept der Gefährdungshaftung”, *VersR*, 1971, pág. 2, Basil MARKESINIS, *The German Law of Obligations II: The Law of Torts*, Clarendon Press, 1997, pág. 695, Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, nr 514,

³¹⁸ Vide Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr: Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder durch gesetzliche Generalklausel*, C.H. Beck, München, 1980, pp.70-74, Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, „Germany“, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 153 y Pierre WIDMER, „Switzerland“, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 328-329.

³¹⁹ Véase la postura del eminente Norberto BOBBIO que se ocupó de este tema a lo largo de su trayectoria y quien en sus primeros trabajos señala que analogía e interpretación extensiva constituyen términos equivalentes, de lo que deduce que no se puede prohibir una sin prohibir otra. Después, sin embargo, cambia de opinión afirmando que ambas figuras tienen la misma estructura, pero distinta función por lo que se puede prohibir analogía y permitir la interpretación extensiva. Véase Ana ESCUSOL CORREDOR/Mª Pilar GARCÍA MARÍN, “Argumentación analógica y argumentación a contrario”, en *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos de seminario de Metodología jurídica*, vol. I, Manuel Calvo García (ed.), PUZ, Zaragoza, 2000, pág. 127. Así también Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág. 853.

que emergieron como consecuencia del desarrollo técnico y científico, debido al retraso en procedimientos legislativos, negligencia o por pura casualidad no están recogidos o están recogidos tarde en el catálogo legislativo³²⁰.

Siguiente problema con el que se encuentra normalmente un Comparativista es la falta de nitidez o, por decirlo de otra manera, borrosidad de los elementos constitutivos de cada supuesto de responsabilidad objetiva sujeto a una regulación especial. Me refiero aquí a los casos que, por cumplir ciertas características, deberían regirse por un régimen de responsabilidad similar. Un claro ejemplo de esta situación representa el caso de la responsabilidad por los daños causados por el uso y circulación de vehículos de motor. Pues bien, se puede afirmar que el Derecho europeo de responsabilidad extracontractual reconoce de forma casi unánime (con excepción del Reino Unido³²¹) que los accidentes en los que participan vehículos de motor deberían estar sujetos a la responsabilidad objetiva (dicha regla, sin embargo, está sujeta a ciertas limitaciones; en España, por ejemplo, concierne solamente a los daños corporales³²²). No obstante, en lo que al ámbito de aplicación de la normativa que rige en esta materia se refiere, el vehículo de motor terrestre constituye el más básico denominador común con el que coexisten numerosas excepciones que, dependiendo del Ordenamiento jurídico de que se trate, pueden expandir o limitar el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva³²³. En Alemania, por ejemplo, según el §7 de la StVG no tendrán consideración de vehículos de motor aquellos que no puedan sobrepasar los 20 km/h³²⁴, mientras en España entra dentro del ámbito de aplicación de la LRCSCVM todo vehículo, impulsado por motor, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre, incluyéndose los ciclomotores y los remolques y semi-remolques, estén o no

³²⁰ Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung...*, *op. cit.*, pág. 17, Josep ESSER, „Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, *Juristenzeitung*“, *JZ*, 1953, pág. 134, Hein KÖTZ, *Gefährdungshaftung...*, *op. cit.*, pág. 1785, Hanspeter STICKLER, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?*, Diss St. Gallen, 1983, pp. 45 y 93 y Beat SCHÖNENBERGER, *Generalklausel*, pág. 177. Este problema ha sido subrayado también por Konrad ZWIEGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción por Tony WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 658.

³²¹ W.V. Horton ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/ New York, 2002, pág. 111.

³²² Véase con más detalles el capítulo referente a la responsabilidad por el uso y circulación de los vehículos de motor (capítulo IV.II.4).

³²³ Véase el capítulo referente a la responsabilidad por los daños causados por el uso y circulación de vehículos de motor.(capítulo IV.II.4).

³²⁴ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, en “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág.832.

siempre enganchados y cuando sean susceptibles de obtener autorización administrativa³²⁵.

Algunos autores han puesto de relieve también que existen países en los que el abanico de los supuestos de responsabilidad objetiva incluye casos que, sin una fundamentada razón, difieren el uno del otro³²⁶. Dicho de otra manera, hay veces que los casos de la responsabilidad sin culpa pecan de falta de la adecuada coherencia entre sí³²⁷. Esta situación puede llevar a contradicciones en evaluación y a la fragmentación de Derecho de la responsabilidad extracontractual³²⁸.

Finalmente, como bien señaló un sector de la doctrina española³²⁹, después de un breve estudio de los casos particulares que fueron sujetos a la regla de la responsabilidad objetiva por los legisladores de diferentes países europeos uno no puede sino llegar a la conclusión de que es muy difícil escoger casos que son comunes para todos estos Ordenamientos jurídicos. Así, en un extremo nos encontramos con la muy amplia cláusula general francesa de la responsabilidad por hecho de las cosas (*responsabilité du fait des choses*) que comprende tanto la guarda de cosas como de animales, independientemente de si éstas están en movimiento o no. En el otro polo, en cambio, se sitúa Inglaterra donde los casos de la responsabilidad objetiva merecen la calificación de muy excepcionales. El resto de los países europeos, incluida España, se encuentra en un término medio, pero incluso siendo así los supuestos que pertenecen al área de responsabilidad objetiva difieren en número y tipo. A modo de ejemplo, el camino por el que avanza Suiza, que optó por el mismo modelo que Alemania, de imposición de la responsabilidad objetiva a través de la promulgación de las leyes especiales, difiere de este escogido por Alemania en cuanto a los casos en los que aplica este régimen de responsabilidad o en cuanto a la delimitación de éstos. La comparación

³²⁵ Fernando REGLERO CAMPOS (dir.)/José BADILLO ARIAS (coord.), *Accidentes de Circulación: Responsabilidad civil y seguro*, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 240. La LRCSCVM establece también sus excepciones de la regla, pero en ningún caso éstos dependen de la velocidad máxima del vehículo de motor.

³²⁶ Helmut KOZIOL, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, pág. 32 y Henri DESCHENAUX/Pierre TERCIER, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Editions Stämpfli, Bern, 1982, pág. 190.

³²⁷ En España apuntaron a este problema Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, en “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho privado europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), 2003, pág. 830.

³²⁸ Pierre WIDMER, „Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts- Brennpunkte eines Projekts, *ZBJV*, 1994, pág. 405 y Beat SCHÖNENBERGER, „Generalklausel für die Gefährdungshaftung- ein sinnvolles Reformvorhaben?“, Thomas SUTTER-SOMM/Felix HAFNER/Gerhard SCHMID/Kurt SEELMANN, *Risiko und Recht, FS zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Basel, Genf, München, Bern, 2004., pág. 177.

³²⁹ Miquel MARTÍN CASALS, „La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual“, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2011, pág. 57.

del Derecho suizo con el Derecho alemán demuestra con claridad la existencia del elemento de capricho o pura casualidad que siempre acompaña al legislador en su tarea de catalogar las operaciones como peligrosas³³⁰.

Resumiendo, una regulación casuística aumenta la seguridad jurídica dado que proporciona una clara información acerca de los supuestos en los que rige la responsabilidad objetiva, acerca de su ámbito de aplicación y consecuencias jurídicas. Dicha seguridad jurídica tiene, sin embargo, un alto coste en forma de flexibilidad. Optar por el llamado principio de enumeración significa asumir una inevitable producción de lagunas entre la emergente realidad socio-económica y el estado de Derecho. Es decir, es permitir una regulación incompleta. Tal esquema puede fomentar también la aparición en diferentes países europeos de unos registros contradictorios. Dichas consideraciones han llevado a algunos autores a la conclusión de que un modelo casuístico no reúne características suficientes para poder incidir en el desarrollo de la responsabilidad objetiva en el Derecho privado europeo³³¹.

2.1.2 Cláusula general.

Constituye el modelo opuesto al descrito aquí como modo casuístico de implementación de la responsabilidad objetiva el que introduce una cláusula general de la responsabilidad sin culpa.

En lo que a nivel europeo se refiere, hasta hoy en día tres países, sobre todo, han presidido el debate sobre la eventual introducción de la cláusula general de la responsabilidad objetiva. Propuestas de este tipo han amanecido en la literatura suiza³³², alemana³³³ y austriaca³³⁴. Algunos países europeos: Hungría [§345(1) CCH]³³⁵,

³³⁰ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción por Tony WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 657.

³³¹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 314.

³³² Pierre WIDMER, „Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts- Brennpunkte eines Projekts“, *ZBJV*, 1994, pág. 405, Pierre WIDMER/ PierreWESSNER, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht*, Bern, 2000, pág. 137.

³³³ Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht des Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, *op. cit.*, pág. 1785, Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, Gerhard WAGNER, „Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts“, en *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Reinhard ZIMMERMANN (ed.), Baden Baden, 2003, pp.189-340 .

³³⁴ Helmut KOZIOL, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts- Sicht aus dem Ausland, en Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Stephan WEBER/Stephan FUHRER, Zürich, 2004, EL MISMO, „Grundgedanken,

Turquía³³⁶, Francia (art. 1384.1 CCF) ya tienen cláusulas de este tipo incluidas en sus respectivas leyes nacionales. De acuerdo con la cláusula húngara, el causante del daño puede exonerarse de la responsabilidad solamente en el caso de la concurrencia de un evento inevitable que esté fuera de la esfera de la actividad peligrosa por él desarrollada. Se considera como tal actividad, por ejemplo, uso de los vehículos de motor, operaciones de las plantas nucleares, obras de construcción, minas, acueductos, gasoductos, estaciones y subestaciones de suministro de electricidad, manejo de explosivos, materiales radioactivos y venenosos, instalación de techos, uso del cuchillo eléctrico en combinación con un antiséptico altamente explosivo, fuegos artificiales, y finalmente, conducir una maquinaria granjera cargada de prendidas balas de paja. Los tribunales negaron la condición de actividades peligrosas sujetas a dicha cláusula, en cambio, a la explotación de una autopista y a la actividad de encender el candelabro durante un funeral³³⁷.

El código civil francés incluye también el famoso art. 1384. La muy amplia interpretación dada a éste último por la jurisprudencia hizo convertirlo en una cláusula general de responsabilidad objetiva del guardián de la cosa por el activo papel que ésta tiene en causar el daño³³⁸. La norma no exige ni defectuosidad ni peligrosidad de la cosa como causas de exoneración, permitiendo únicamente la ausencia de un papel activo de la cosa en la causalidad³³⁹, una inesperada e incontrolable causa externa en la producción del daño, o el hecho de no ser el guardián de la cosa³⁴⁰. En este sentido, se puede afirmar que el país galo es el único a nivel europeo en delimitar los lindes de la

Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen“, en *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL, Wien/New York, 2006,

³³⁵ Christian VON BAR, *Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another*, Sellier- European Law Publishers/Bruylant/Stämpfli, Munich, 2009, pág. 561.

³³⁶ Cf Ayça AKKAYAN-YILDIRIM, “Kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak tehlike sorumluluğu”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 70, núm. 1, 2012, pp. 203-220. La cláusula turca constituye una copia fiel de la cláusula general por las actividades anormalmente peligrosas incluida en el anteproyecto suizo del derecho de la responsabilidad civil. Véase el comentario más adelante.

³³⁷ Christian VON BAR, *Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another*, Sellier- European Law Publishers/Bruylant/Stämpfli, Munich, 2009, pág. 561.

³³⁸ El *Court de Cassation* afirmó que el art. 1384 subs.1 se basa en la presunción de la responsabilidad (*une présomption de responsabilité*), y no de la culpa, por lo que el demandado no es capaz de suministrar la prueba en contrario. Susan GALAND-CARVAL, “France”, en Bernhard KOCH /Helmut KOZIOL *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pág. 130.

³³⁹ Aunque cada vez que la cosa estaba parada en el momento del accidente, o independientemente de estar en movimiento o no, no entraba en el contacto con la víctima, una extra condición estaba requerida por el tribunal, en forma de la prueba de que la cosa estaba en una "posición anómala" o "se comportaba anormalmente", Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, pág. 129.

³⁴⁰ Sobre la cláusula véase Cees VAN DAAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 49-56, Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, pp. 130 y 132.

responsabilidad objetiva de forma tan amplia³⁴¹. Tal regulación es difícilmente aceptable en los demás Ordenamientos jurídicos europeos y no puede servir como prototipo/ejemplo del que crear una eventual cláusula general europea. De hecho, incluso entre la misma doctrina francesa, y más específicamente entre los que en algún momento de su carrera académica se dedicaron al estudio del Derecho comparado, aparecen voces que señalan lo poco adecuado de dicha norma, sobre todo teniendo en cuenta el actual panorama europeo, argumentando que la teoría desarrollada con fundamento en el art. 1384 se encuentra hoy en día en declive³⁴².

En España este esquema de organizar la responsabilidad objetiva, a pesar de generar escasa debate en la doctrina, también encontró a sus defensores. Ya en el año 1931 Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ en su tesis doctoral sobre “La responsabilidad sin culpa” evidenciaba la necesidad de reformar el Derecho de la responsabilidad civil asignando papel más importante a este régimen de responsabilidad. La incorporación de nuevos principios de la responsabilidad objetiva precisaba, en su opinión, de un cambio legislativo que podría revestir dos formas alternativas: o bien podría estar efectuado a través de distintas regulaciones particulares de cada materia por separado, o bien mediante un principio formulado con carácter general e introducido en el Código civil³⁴³. Medio siglo más tarde por la introducción de la cláusula general de la responsabilidad objetiva abogaba otro jurista de reconocido prestigio, Antonio BORRELL MACIÁ. Así, este autor preveía en la introducción a su obra “Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual”, que no habría que esperar mucho para que el principio de la responsabilidad por culpa establecido en el art. 1902 fuera acompañado por otro artículo que sentase de forma abierta el principio de la responsabilidad objetiva³⁴⁴. En la actual doctrina española también los hay quienes ven la posibilidad de extraer de los arts. 1905 a 1910 un principio general de la responsabilidad por

³⁴¹ Véase también la configuración de la responsabilidad por los accidentes de tráfico según la *Loi Badinter* como absoluta en la sección referente a Responsabilidad por la Circulación de Vehículos de Motor (daños a la persona).

³⁴² Jean-Sébastien BORGHETTI, “La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses. Synthèse comparative”, disponible en http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf (fc: 07.09.2014) y EL MISMO, “La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, núm.1, 2010, pp. 1-40.

³⁴³ Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *La responsabilidad sin culpa*, Imprenta Revista “Iberica”, Barcelona, 1931, pág. 112.

³⁴⁴ Antonio BORRELL MACIÁ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del art. 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los art. 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, pág. 6.

actividades peligrosas. No obstante, en opinión de dicho sector³⁴⁵, tal norma podría, a modo de ejemplo, encerrarse en la fórmula recogida en el art. 2050 del Código civil italiano que introduce una inversión de la carga de la prueba y no una responsabilidad objetiva, como argumentan algunos autores³⁴⁶. Según el artículo quien ocasiona un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño³⁴⁷. Ahora bien, si diéramos a tal concepción el merecido enfoque de revestir dicho principio general de la responsabilidad por actividades (anormalmente) peligrosas en la responsabilidad objetiva en vez de en la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba, la tesis padecería de un defecto más. Me refiero aquí a la constatación según la que, a la luz del actual Derecho español, la popularización de la fórmula mencionada con anterioridad tendría que venir de parte de los jueces³⁴⁸. Pues bien, hoy en día sólo aislados *obiter dicta* han declarado que la idea de riesgo podría llevar a la (jurisprudencial) introducción de la responsabilidad sin culpa incluso en los casos no previstos por la Ley³⁴⁹. Como regla general, esta idea no encontró una tierra fértil para su desarrollo en los tribunales españoles³⁵⁰. Tal posicionamiento evidencia, en consiguiente, una escasa posibilidad de confiar la propagación y desarrollo de una cláusula general de la responsabilidad objetiva a la jurisprudencia de este país, aunque actualmente en la doctrina otros autores también defienden dicha idea. Así, por ejemplo, se señala que la responsabilidad objetiva en sentido estricto sólo puede establecerse jurisprudencialmente para actividades anormalmente peligrosas³⁵¹. Fuera lo que fuere, lo que sí cabe afirmar es que la actividad desarrollada por los tribunales en los últimos años, sin forzar la introducción jurisprudencial de la cláusula general de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas, ha permitido sentar una base doctrinal para su

³⁴⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 206.

³⁴⁶ Véase Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula objetiva”, *op. cit.*, pág. 851 y F.D. BUSNELLI/Giovanni COMANDÉ, “Italy”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pág. 212.

³⁴⁷ Traducción por Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula objetiva”, *op. cit.*, pág. 851.

³⁴⁸ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 206.

³⁴⁹ Vide, por ejemplo, STS de 30.12.1980 (RJ 1980, 4815).

³⁵⁰ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pág. 291.

³⁵¹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *Código Civil Comentado*. Vol. IV, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUERTA FERNÁNDEZ (dirs.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1499-1500.

siguiente desarrollo legislativo. Así, por ejemplo, según la STS de 10 de diciembre de 2010 “[n]o es aplicable la llamada doctrina del riesgo, como señaló la jurisprudencia de esta Sala, a todas las actividades de la vida, sino sólo a aquellos que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios³⁵².”

Con eso no se quiere negar razón de ser a una cláusula general de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba por las actividades que implican un peligro incrementado (y no anormal), de gravedad media. Tal solución ha sido propuesta, por ejemplo, por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW y va a ser objeto de un breve comentario en más adelante.

En la doctrina española más reciente siguen apareciendo voces que otorgan su voto favorable a la cláusula general de la responsabilidad objetiva. En este sentido, existen autores que consideran no sólo deseable, sino también posible que se introduzca una regulación expresa y de carácter general que sometiese las actividades peligrosas al régimen de la responsabilidad objetiva³⁵³. Desde estas posiciones se niega la validez a las antiguas opiniones que sostenían que la teoría del riesgo creado no podía estar regulada en el Código civil por carecer de precisión técnica suficiente³⁵⁴. La introducción del precepto general, se afirma, tendría la ventaja de poner fin a la multiplicación de unas leyes especiales que, en todos y cada uno de los casos, identifican el fundamento de la responsabilidad objetiva en ellas establecida con el riesgo desplegado, aunque éste aparezca bajo diferentes variantes terminológicas³⁵⁵.

Volviendo a nivel europeo, tuvo que pasar medio siglo³⁵⁶ para que el debate doctrinal alrededor de la introducción de una cláusula general de la responsabilidad objetiva, iniciado en Alemania, Suiza y Austria, empezara a cobrar sus frutos. A este efecto, se puede afirmar que el único Ordenamiento jurídico en resistir todas las propuestas doctrinales que abogaban a favor del establecimiento del principio general de la responsabilidad sin culpa fue el alemán³⁵⁷. El principal desacuerdo que dividió a

³⁵² (RJ 2002, 10435).

³⁵³ María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 66-67.

³⁵⁴ José CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1933, pág. 121.

³⁵⁵ María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, pág. 68, n. 135.

³⁵⁶ En Alemania primeras especulaciones de este tipo se remontan hasta el año 1940. Véase posiciones de Josef ESSER, Hans Carl NIPPERDEY y Walter WILBURG en Uta MOHNHAUPT-WOLF, *Deliktsrecht und Rechtspolitik. Der Entwurf einer deutschen Schadensordnung (1940/1942) im Kontext der Reformdiskussion über die Konzeption des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert*, Nomos, Baden-Baden 2004.

³⁵⁷ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwers Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 155.

los estudiosos de Derecho alemanes y que imposibilitó cualquier concretización de la idea mencionada con anterioridad fue la cuestión de qué hacer con los ya existentes supuestos especiales de la responsabilidad objetiva: sustituirlos por dicha cláusula general³⁵⁸ o más bien complementarlos con ella. La mayoría de la doctrina parecía inclinarse hacia esta última solución³⁵⁹. A este efecto, los había quienes argumentaban que la cláusula general debería adherirse a y equiparar los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva, unificando y complementándolos³⁶⁰. La principal razón para esta solución radicaba en que algunos de los supuestos ya existentes de la responsabilidad objetiva encontraban un difícil encaje en una cláusula general de la responsabilidad por las actividades peligrosas. Entre ellos se mencionaba, por ejemplo, la responsabilidad por los daños nucleares regulada por el *AtG* debido a su proyección internacional y otras particularidades estructurales³⁶¹. Los supuestos de la responsabilidad por riesgo ya existentes, una vez recogidos en el *BGB*³⁶², podrían servir de orientación a la jurisprudencia sobre la que recaería la labor de interpretar cuáles de las actividades cumplirían con la premisa de especialmente peligrosos dando lugar por consiguiente a la aplicación de la cláusula general³⁶³. En cuanto a Suiza y Austria, ambos países han incluido en sus respectivos anteproyectos de reforma del Derecho de la responsabilidad civil cláusulas que sujetan las actividades de riesgo extraordinario o anormal al régimen de la responsabilidad objetiva. Las redacciones de ambas cláusulas recogen, por lo general, características principales de cada una. La cuestión que más, quizá, las diferencia entre sí es el hecho de que la cláusula suiza deja en vigor las ya existentes leyes especiales, mientras la austriaca incluye un listado con ejemplos de los supuestos que entran en su ámbito de aplicación. Esta última, además de las actividades especialmente peligrosas, sujeta al régimen de la responsabilidad sin culpa también

³⁵⁸ Así Erwin DEUTSCH, „Methode und Konzept der Gefährdungshaftung“, *op. cit.*, pág. 4.

³⁵⁹ Así, por ejemplo, Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr - Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *AcP*, núm. 170, 1970, pág. 41. De forma parecida Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, pág. 24 aunque este último en vez de proponer una cláusula general para las actividades especialmente peligrosas propaga su desdoblamiento e introducción de varias cláusulas que abarcan 1. La responsabilidad por edificios extensible por analogía a otras obras, 2. Responsabilidad por medios de transporte moderno inculidos tiovivos y montañas rusas y 3. Responsabilidad por instalaciones que trabajan con sustancias peligrosas.

³⁶⁰ Gert BRÜGGEMEIER, *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia: Texts and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 98.

³⁶¹ Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung ..., *op. cit.*, pág. 1796.

³⁶² Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung ..., *op. cit.*, pág. 1793.

³⁶³ Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr - Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *AcP*, núm. 170, 1970, pág. 30.

cosas especialmente peligrosas e incluye una regulación general de las causas de exoneración.

Así el art. 50 del Anteproyecto suizo de revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil establece:

Art. 50.- III Responsabilidad por riesgo

1. La persona que ejerce una actividad específicamente peligrosa está obligada a resarcir el daño producto del riesgo característico que ésta comporta, incluso si se trata de una actividad permitida por el ordenamiento jurídico.

2. Una actividad se considera especialmente peligrosa, si por su naturaleza o por la naturaleza de las sustancias, instrumentos o energías utilizadas, es susceptible de causar daño frecuente o grave, a pesar de toda la diligencia que se pueda exigir de una persona especializada en la materia. Tal es especialmente el caso cuando una ley instaure una responsabilidad especial por razón de un riesgo comparable.

3. Se exceptúan las disposiciones especiales que rigen la responsabilidad por un riesgo característico determinado³⁶⁴.

De acuerdo con el § 1304 del Anteproyecto Austriaco, en cambio:

1. El guardián de una fuente de alto peligro es responsable en cuanto este riesgo resulte en daño.

2. La calidad del guardián depende de quién tiene un especial interés en la fuente de peligro, quién asume los costes y quién ejerce el actual poder de disposición.

3. Se trata con una fuente de alto riesgo cuando una cosa bien por sí misma, bien en el curso de su uso normal, o una actividad comporta, a pesar de toda la debida diligencia ejercida, riesgo de daño frecuente o serio. Contienen fuente de alto peligro especialmente instalaciones nucleares, embalses, gasoductos y oleoductos, las líneas de electricidad, fábricas y

³⁶⁴ Traducción propia. El 21 de enero de 2009, sin embargo, el *Draft on the Reform and Unification of Swiss Tort Law* fue finalmente rechazado por el *Conseil fédéral* suizo.

almacenes de munición, aviones, ferrocarriles, funiculares, vehículos a motor, barcos a motor, así como minas y explosiones.

4. Se excluye la responsabilidad en caso de que el daño esté causado por una fuerza mayor o en caso de que el daño se produjese a pesar de que la cosa ha sido libre de defecto y a pesar de ejercicio de mayor cuidado posible (un evento inevitable); especialmente si este daño se puede atribuir a la conducta de la víctima o de un tercero no involucrado en la operación de la cosa o del animal. En supuestos de un riesgo especialmente alto como es el caso, por ejemplo, de instalaciones nucleares, embalses, aviones, o fabricas de munición, la responsabilidad puede ser solamente reducida en función de la magnitud del riesgo. Lo mismo se aplica cuando un evento inevitable incrementa el riesgo que dimana de la cosa en una situación concreta (excepcional riesgo operativo).

5. Puede también excluirse o reducir la responsabilidad si la víctima ha aceptado intencionadamente la exposición al riesgo de especial naturaleza³⁶⁵.

Finalmente, los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil incluyen dos cláusulas generales. Una que regula las actividades anormalmente peligrosas sujetándolas al régimen de la responsabilidad objetiva y otra que impone la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba en caso de las actividades que implican un riesgo incrementado de gravedad media.

Dicho esto, el art. 5:101- Actividades anormalmente peligrosas- establece lo que sigue:

1. La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
2. Una actividad es anormalmente peligrosa si:
 - a) Crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y
 - b) No es una actividad que sea objeto de uso común.

³⁶⁵ Traducción propia del inglés de la versión incluida en Helmut KOZIOL, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2012, pp. 331-332.

3. El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.
4. Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

Por su parte, el art. 4:201- Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general- se introduce en la siguiente manera:

1. Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta.
2. La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente.

Como se ha mencionado con anterioridad, la cláusula general que impone la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba en caso de las actividades peligrosas ha sido prevista también por el Ordenamiento italiano. De hecho la escueta redacción del art. 2050 CCI suscitó algunas dudas alrededor de la cuestión de si realmente se trata con un supuesto de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba o más bien con la responsabilidad objetiva. A este efecto, una parte de la doctrina italiana señaló que dos son por lo menos factores que podrían sugerir esta segunda opción: 1. El hecho de que los menores e incapaces también pueden convertirse en sujetos responsables del comentado art. 2050 CCI y, 2. La circunstancia de que lo que exonera de la responsabilidad no es la prueba de la ausencia de culpa, sino la de haber adoptado una organización preventiva en la que estén presentes todos los elementos técnicos que sean idóneos para evitar el daño³⁶⁶. Se trata, por tanto, con una regulación que necesita de una mayor precisión. Las similitudes que presenta la solución italiana con las propuestas del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, hacen factible una redefinición de la cláusula enmarcada en el art. 2050 del Código civil italiano según

³⁶⁶ Pier Giuseppe MONATERI, “La responsabilità civile”, Rodolfo SACCO,(dir.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 1998, pág. 1010.

uno de los modelos de la cláusula general elaborado por dicho grupo. A la vista de lo expuesto con anterioridad, la decisión a tomar en relación al régimen de la responsabilidad aplicable dependería de la magnitud del riesgo que comporta la actividad en cuestión: actividades anormalmente peligrosas podrían estar sujetas a la responsabilidad objetiva y actividades que comportan riesgo incrementado de magnitud media, a la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba.

Un cláusula similar a la italiana se encuentra en el art. 493 § 2 del Código Civil portugués³⁶⁷. Aunque la disposición se basa en la presunción de culpa, el deber de diligencia a tomar medidas de precaución fue interpretado de manera tan estricta que el demandado puede escapar con la responsabilidad prácticamente sólo cuando el daño tiene su causa en el acto de la víctima, de un tercero, o en otra causa más allá de su control. El riesgo que erige una actividad peligrosa puede resultar de la magnitud del daño causado por el accidente, o del hecho de que el accidente sea muy factible³⁶⁸.

2.1.2.1 Ventajas de una cláusula general de la responsabilidad objetiva.

Una cláusula general hace posible exonerar al legislador de la carga de ajustar el vigente catálogo de los supuestos de responsabilidad objetiva a la nueva realidad socio-económica cada vez que el progreso técnico traiga consigo la aparición de nuevos riesgos. En consecuencia, dicha cláusula presenta un modelo mucho más flexible, si lo comparamos con el rígido sistema casuístico de implementación de la responsabilidad objetiva, que permite una fácil adaptación del Derecho de la responsabilidad civil al progreso tecnológico. Tal esquema hace innecesario también el abusivo uso de los diversos expedientes de “objetivación” que adulteran la responsabilidad por culpa, a los que suelen acudir los tribunales en los Ordenamientos jurídicos regidos por el principio de enumeración de los supuestos de la responsabilidad objetiva con tal de mitigar las inevitables lagunas legislativas a las que expone dicho sistema. A diferencia del modelo casuístico, la cláusula general faculta al juez a introducir directamente responsabilidad objetiva, sin que éste tenga que exiliarse en los instrumentos que la “imitan”, si la nueva fuente de peligro de la que se trata cumple con las premisas establecidas en dicha cláusula. La imposición de la responsabilidad objetiva a través de una fórmula general

³⁶⁷ Franz WERRO/Vernon Valentin PALMER, en *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 404.

³⁶⁸ Véase Franz WERRO/Vernon Valentin PALMER, *Ibidem*, pág. 404 y F. D. BUSNELLI/Giovanni COMANDÉ, “Italy”, en KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pp. 212-213.

tiene también otra ventaja: permite homogenizar las actividades sujetas a este régimen, eliminando contradicciones existentes en el seno de los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva³⁶⁹.

Finalmente, desde el punto de vista de la armonización de Derechos europeos una cláusula general de la responsabilidad objetiva cuyo ámbito de aplicación está delimitado de forma que integra solamente los riesgos extremos, por una parte, abarca supuestos que en cada Ordenamiento jurídico deberían dar lugar a este tipo de responsabilidad y, por otro, intenta evitar el problema de la elaboración de un listado de peligros comunes para todos los países proponiendo una solución que está dando cuenta de las bases comunes³⁷⁰.

2.1.2.2 Desventajas de una cláusula general.

Uno de los mayores problemas que posee la introducción de una cláusula general está relacionado con la seguridad jurídica³⁷¹. A este efecto, se señaló que su uso es discrecional, por lo que conlleva una gran inseguridad jurídica. Resulta poco predecible establecer en qué aéreas se aplicará responsabilidad objetiva teniendo en cuenta que el juez puede incorporar nuevas actividades a este régimen después de una evaluación de los riesgos que de ellas dimanen; riesgos que han de ser de mayor gravedad. En este sentido, se ha dicho que el responsable ha de reconocer con exactitud y de antemano en qué supuestos se le atribuirá la responsabilidad objetiva para poder prepararse para esta eventualidad contratando, por ejemplo, un seguro³⁷². Existen voces, sin embargo, que propugnan que la práctica jurisprudencial de algunos países europeos proporciona ejemplos de lo contrario³⁷³. Paradigmático en lo que a dicha cuestión se refiere parece ser el art. 1384 par. 1 del CC francés cuya aplicación, después de su transformación por la jurisprudencia en una amplia cláusula general de la responsabilidad objetiva, demuestra que una previa y exacta delimitación del ámbito de

³⁶⁹ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pp.314-315.

³⁷⁰ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho de la responsabilidad civil*, traducc. por REDPEC, coord.. Miquel MARTÍN CASALS, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 145.

³⁷¹ Willem VAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *ZEuP* 2005, pág. 631 y Horton ROGERS, "A Common Lawyer Looks at the Swiss Tort Law Reform Project", *ZSR* 2001,I, pág. 351.

³⁷² Gerd RINCK, *Gefährdungshaftung*, O.Schwartz, Göttingen, 1959, pág. 5 y ss., Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2*, op. cit., §84 1 b) y 2 a), Wolfgang ZÖLLNER, "Gefährdungshaftung wohin?", *FS Krejci*, vol.2, op. cit., pág. 1360 y ss.

³⁷³ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, op. cit., nr 511 y Hein KÖTZ, "Haftung für besondere Gefahr - Generalklausel für die Gefährdungshaftung", op. cit., pág. 18.

aplicación de un precepto por el Legislador no es siempre imprescindible dado que los afectados se adaptan con facilidad a una jurisprudencia creada de forma cuidadosa y segura³⁷⁴. Se subrayó también que en la negativa a introducir el régimen de responsabilidad objetiva o ampliación del ámbito de aplicación de esta regla a otras actividades juegan un papel importante motivos de política jurídica y los Tribunales no constituyen un foro adecuado para tomar este tipo de decisiones.

A este argumento se podría añadir otro, de naturaleza constitucional. La decisión de qué casos se han de regir por la responsabilidad objetiva tiene que acontecer en el seno de una discusión parlamentaria en la que pueden llegar a ser oídos todos los intereses afectados por dicha decisión³⁷⁵. Por tanto, la introducción de la responsabilidad objetiva debería ser de competencia del legislador ya que sólo éste puede establecerla caso por caso después de una ponderación de intereses que entran en juego³⁷⁶.

Los oponentes de la cláusula general han expresado también su temor de que su introducción llevará a una exagerada expansión de la responsabilidad objetiva³⁷⁷. Otro de los efectos prácticos con el que se suele negar la validez de este modelo es que su propagación se traducirá en que suban en número los pleitos de responsabilidad extracontractual; hecho que conlleva el aumento de sus costes dado que a la víctima se le hubiera otorgado derecho de reivindicación con la aumentada perspectiva de éxito³⁷⁸.

La cláusula general ha sido criticada también por el impacto que puede tener una introducción incontrolada de los supuestos de responsabilidad objetiva sobre el mercado de seguros. El problema concierne las actividades que han sido aseguradas mientras formalmente se regían por el principio de la responsabilidad por culpa y que con posterioridad, en virtud de una decisión judicial, han sido sujetas a la responsabilidad objetiva. Eso supone desajustes en las balanzas de las compañías aseguradoras que,

³⁷⁴ Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, pág. 17.

³⁷⁵ Jaap SPIER, "The Phantom of a European Civil Code: a Call for a Serious Discussion on the Foundations of a Truly 21st Century Private Law", *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Helmut KOZIOL/Jaap SPIER (ed.) Wien/New York, 2003, pág. 335 y WillemVAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *ZEUP* 2005, I, pág. 631.

³⁷⁶ Felix SCHÖBL, "Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts : Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen", *op. cit.*, pág. 11.

³⁷⁷ Jaap SPIER, "The Phantom of a European Civil Code", *op. cit.*, pág. 331. En el Derecho suizo así Beat SCHÖNENBERGER, "Generalklausel für die Gefährdungshaftung – ein sinnvolles Reformvorhaben?", *Risiko und Recht, FS zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Thomas SUTTER-SOMM/Felix HAFNER/Gerhard SCHMID/Kurt SEELMANN (ed.) Basel/Genf/München/Bern, 2004, pág. 179 y en el Derecho austriaco Constanze FISCHER-CZERMAK, "Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung", Rudolf REISCHAUER/Karl SPIELBÜCHLER/Rudolf WESLER (ed.), *Reform des Schadensersatzrechts II, Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe*, Manzsche Verlags und –Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, pág. 161.

³⁷⁸ Chrisoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 315.

como es lógico, no han tenido en cuenta en sus cálculos los costes de riesgos adicionales con los que el juzgador carga, de esta manera, al que contrató el seguro³⁷⁹. De ahí la conclusión que la cláusula general puede incidir de forma negativa en el desarrollo de la responsabilidad sin culpa frenando su expansión en cuanto falte la cobertura de seguro que suele acompañar a este régimen de la responsabilidad.

2.1.3 Fusión de dos modelos. Una cláusula general mejorada.

Conscientes de las deficiencias que presentan ambos modelos, el de la regulación casuística y el de la cláusula general de la responsabilidad objetiva, los estudiosos de Derecho se han empeñado en encontrar una solución que resuelva al menos los problemas más inminentes de ambos sistemas. La respuesta más destacable sugería compaginar entre sí las ventajas de ambos esquemas³⁸⁰. Así, se proponía introducir una cláusula general fundamentada en la Ley que facilitara, a través de los criterios previamente establecidos y lo suficientemente flexibles, una evaluación básica de los casos susceptibles de estar sujetos a la responsabilidad objetiva. De esta manera, se otorgaría el mismo trato a los supuestos parecidos. La inseguridad jurídica inherente a una cláusula general podría eliminarse acompañando la regla flexible formulada de forma general de un catálogo de ejemplos de las actividades, regidas por la responsabilidad objetiva que fijaría una pauta para la evaluación y comparación de riesgos distintos. Hoy en día, contienen similares indicaciones las leyes especiales que regulan casos de la responsabilidad sin culpa³⁸¹. El uso de este catálogo ayudaría también hacer la futura decisión del juzgador acerca de las nuevas zonas de aplicación de la responsabilidad objetiva más previsible. Así, el que emprende determinada actividad o controla determinado medio de transporte, instalación o sustancia puede evaluar a base de los ejemplos de la regla previstos por la Ley si su actividad estuviera

³⁷⁹ Jaap SPIER, "The Phantom of a European Civil Code...", *op. cit.*, pág. 331.

³⁸⁰ Así Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger*, pág. 892, LA MISMA, "The Precautionary Principle versus a General Principle for Compensation", *European Tort Law 2004*, Springer, Wien/New York, 2005, pág. 135. Gerhard WAGNER, "Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts", *op. cit.*, pág. 286, Willem VAM BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *ZeUP* 2005, pág. 633, Hanspeter STICKLER, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?*, Diss. St. Gallen, 1983, pág. 140.

³⁸¹ Geneviève SCHAMPS, "The Precautionary Principle versus a General Principle for Compensation", *European Tort Law 2004*, Springer, Wien/New York, 2005, pág. 135. En Alemania así Erwin DEUTSCH, "Methode und Konzept der Gefährdungshaftung", *op. cit.*, pág. 5 y Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, pág. 19 y ss.

sujeta a la responsabilidad objetiva en futuro. Dicha información le permitirá también tomar una adecuada decisión sobre la correspondiente cobertura de seguro³⁸².

Una cláusula general, acompañada de un catálogo de los ejemplos de la regla, conserva, por tanto, las principales ventajas de ambos modelos de regulación de la responsabilidad objetiva: seguridad jurídica y flexibilidad. Una norma general y flexible permite una rápida adaptación jurisprudencial de los ámbitos de aplicación de la responsabilidad objetiva a los nuevos riesgos dimanantes del desarrollo tecnológico. El catálogo con los ejemplos de los supuestos sujetos a la responsabilidad sin culpa permite, orientar de alguna manera a los tribunales, indicando la dirección en la que estimular el desarrollo de formas más estrictas de la responsabilidad. Tal modelo reserva también la posibilidad de influir sobre este desarrollo al legislador, a través de la elaboración de nuevos ejemplos o la exclusión expresa de actividades particulares del área de aplicación de la responsabilidad objetiva, sin que dicha prerrogativa suponga la limitación de la flexibilidad de la regla, el catálogo de los supuestos enumerados por la norma no es concluyente³⁸³. Esta fue la solución adoptada por el legislador austriaco³⁸⁴. El anteproyecto suizo incluye solamente una breve remisión a los supuestos de las actividades de riesgo elevado sometidos a la responsabilidad objetiva por el legislador suizo cuyo objetivo es esclarecer el ámbito de aplicación de la cláusula (art. 50 aprtd.2, 2ª frase).

2.2 Jurisprudencia.

2.2.1 Analogía.

Otro de los instrumentos que, al lado de la cláusula general de la responsabilidad objetiva, ha sido sugerido como apto para nivelar las deficiencias de un sistema de enumeración de los supuestos de la responsabilidad sin culpa por el legislado es la analogía. No obstante, esta forma de ampliación de la responsabilidad objetiva, aunque transitoria, hasta hoy en día fue escasamente considerada, pues, se puede afirmar que como objeto de reparos jurisprudenciales y tema principal de una debate doctrinal

³⁸² Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europe*, op. cit., pp. 316-317.

³⁸³ Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op.cit., pág. 317.

³⁸⁴ Véase la §1304 del anteproyecto de reforma del Derecho de la responsabilidad civil, citado en la sección 2.1.2 de este mismo capítulo.

apareció solamente en los países germánicos o de influencia germánica. Así, se ha discutido la eventual aplicación de esta herramienta en Austria³⁸⁵, Alemania³⁸⁶ y Suiza³⁸⁷. Si bien las consideraciones del tema tenían carácter de más bien escasas, los resultados de los debates que generó la cuestión fueron incluso irrisorios. El círculo de Derecho germánico ha presenciado varios intentos de forzar la implementación jurisprudencial de la responsabilidad objetiva a través de analogía. Cada uno de ellos, sin embargo, se ha visto regularmente rechazado. El único país en salirse de la filia fue Austria que tras la segunda guerra mundial aceptó por primera vez uso de este instrumento, declarando legal una aplicación analógica de las leyes especiales de responsabilidad³⁸⁸. Incluso así, los tribunales austriacos a lo largo de estos años se han mostrado bastante cautelosos en lo que respecta al uso de esta herramienta respecta³⁸⁹. En Alemania se ha intentado extender el catálogo de los supuestos de la responsabilidad objetiva a través de la aplicación analógica de las leyes existentes en materia de ferrocarriles, vehículos a motor y aviones a casos de instalaciones de electricidad, explosiones de gas, obras hidráulicas (instalaciones de abastecimiento), remotes y productos defectuosos. La principal razón para la que la jurisprudencia alemana se negaba a hacer uso de analogía era el ya mencionado principio de enumeración, vigente en el Derecho alemán. Así se declaraba que no se autorizaba a prejuzgar al legislador y voluntariamente, sin un específico fundamento jurídico, a expandir supuestos de la responsabilidad de la ley del *Reich*. La responsabilidad objetiva se ha desarrollado en Alemania como una excepción de la responsabilidad por culpa y procede solamente en los supuestos específicamente regulados por la Ley e individualmente demarcados. A la vista de este principio de enumeración según el que la responsabilidad objetiva tiene que estar fundamentada, las lagunas no pueden estar suplidas por el Juez. Cuando el eventual supuesto de la de responsabilidad objetiva del que se trata no está todavía introducido, éste seguirá sometido más bien al principio básico de la responsabilidad por culpa, dominante en el Derecho de daños. En cualquier caso se niega al Juez, obligado por la Ley, introducir la responsabilidad objetiva en el supuesto

³⁸⁵ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, "Austria", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 14.

³⁸⁶ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, "Germany", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 153-154.

³⁸⁷ Pierre WIDMER, "Switzerland", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 328.

³⁸⁸ OGH, 10.09.1947= JBI 1947, 493

³⁸⁹ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, "Austria", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 14.

completamente nuevo y todavía no detectado. De lo contrario, el Juez operaría fuera de las constitucionalmente delimitadas fronteras, desarrollando tareas que están restringidas por la disposición y son de única competencia y responsabilidad del legislador³⁹⁰.

En el segundo de los casos *Bundesgerichtshof* consideró que no se dio la infracción del principio constitucional de igualdad porque no se puede considerar objetivamente arbitraria la constatación de que los peligros dimanantes del uso del agua sean menores que los que derivan de la explotación de la electricidad y gas³⁹¹.

La doctrina alemana favoreció en varias ocasiones el uso de esta herramienta. Así, por ejemplo, los hay quienes se mostraron favorables a la introducción de una cláusula general de responsabilidad objetiva, proponiendo a su vez que hasta su promulgación la jurisprudencia siguiese la interpretación extendida del riesgo específico dando un paso más en dirección hacia una aplicación más extensiva de la responsabilidad objetiva, sujetando a esta última nuevas fuentes de peligro a través de una aplicación análoga de los supuestos de hecho de la responsabilidad objetiva ya existentes³⁹². Existen también autores en cuya opinión la responsabilidad objetiva no ha de ser tratada como una excepción de la responsabilidad por culpa sino como un principio de imputación de igual equivalencia. Por ello, la máxima según la cual *singularia non sunt extendenda* no sería de aplicación en este caso. En este sentido se señala que el Legislador teniendo a su alcance dos vías diferentes de implementación de la responsabilidad sin culpa, es decir, la promulgación de las leyes especiales y la extensión de los supuestos ya regulados vía analogía optó por dejar esta segunda opción abierta con tal de eliminar el eventual “efecto bloqueo” que podría generar el principio de enumeración³⁹³.

En Suiza, como mantiene la doctrina, la aplicación análoga de la responsabilidad objetiva a los supuestos en los que este régimen no está expresamente impuesto por la Ley, representaría un serio “pecado” en contra del espíritu de la Ley y de la hipotética voluntad del legislador. Así las cosas, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia mantiene que los casos de la responsabilidad objetiva han sido introducidos como excepciones del principio general de la responsabilidad por culpa,

³⁹⁰ BGH, 25.01.1971, BGHZ 55, 229 (233-234).

³⁹¹ BGH, 25.01.1971, BGHZ 55, 229 (233-234).

³⁹² Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Heymann, Köln/Berlin, 1996, nr 650.

³⁹³ Marianne BAUER, „Erweiterung der Gafährdungshaftung durch Gesetzesanalogie“, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

por lo que su imposición puede provenir solamente de mano del Legislador. Se puede afirmar, por tanto, que el Derecho suizo reconoce la total prohibición de analogía en la materia analizada³⁹⁴. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de Geneva, rechazó la aplicación analógica de las provisiones que regulan la responsabilidad del guardián de un coche a la responsabilidad del guardián de un barco a motor- supuesto para el que el Legislador suizo no había previsto anteriormente un régimen especial de la responsabilidad³⁹⁵.

El único país europeo que rompe con la doctrina de prohibición de analogía y que permite la extensión de los supuestos de la responsabilidad objetiva a través de la aplicación analógica de los casos ya regulados por la Ley es, al parecer, Austria. En consecuencia, la jurisprudencia austriaca niega a las leyes especiales que imponen la responsabilidad sin culpa carácter de las reglas de excepción afirmando que no se trata en este caso con disposiciones especiales. En este sentido, los Jueces no hacen uso ni de los resultados generados por el Derecho comparado ni de los postulados de la doctrina metodológica. Simplemente expanden los principios de responsabilidad resultantes de la creación de riesgos extraordinarios de explotación dado que las regulaciones del ABGB, no calculadas para semejantes casos, no ofrecen suficiente protección al público³⁹⁶. Así, el *Oberste Gerichtshof*³⁹⁷ (OGH en adelante) hace uso de la analogía para imponer la responsabilidad objetiva en los supuestos de accidentes provocados por cables de alta tensión³⁹⁸, ferrocarril en una fábrica³⁹⁹, ferrocarril industrial⁴⁰⁰, operaciones de una fábrica de munición u operaciones de una fábrica de gases muy inflamables⁴⁰¹, telesillas⁴⁰², operaciones de una fábrica de magnesio⁴⁰³, por uso de fuegos artificiales⁴⁰⁴, accidentes causados por una empresa hidroeléctrica o por empresas en las que están generados o usados explosivos⁴⁰⁵.

³⁹⁴ Pierre WIDMER, "Switzerland", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 328.

³⁹⁵ Véase la doctrina de la Corte de Justicia de Geneva en el caso *U.-L. v. SNG* de 24 de abril de 1998 en la *Semaine Judiciaire (SemJud)*, 1999, 11 et seq.

³⁹⁶ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 80.

³⁹⁷ Tribunal Supremo austriaco.

³⁹⁸ OGH, 10.09.1947, 1 Ob 500/47, 21 SZ 46.

³⁹⁹ OGH, 16.08.1949, 2 Ob 155/49, 22 SZ 110.

⁴⁰⁰ OGH, 05.03.1958, 2 Ob 540/57, BKA/RIS.

⁴⁰¹ OGH, 02.04.1952, 2 Ob 255/52, 25 SZ 84.

⁴⁰² OGH, 18.03.1953, 2 Ob 944/52 en JBl 1953, 487 y 2 Ob 972/52 en SZ 26/75.

⁴⁰³ OGH, 04.04.1956, JBl 1956, 527=RiZ 1956, 125.

⁴⁰⁴ OGH 28.03.1973, ÖJZ 1973, 395, EvBl Nr. 175=JBl 1974, 199

⁴⁰⁵ Cf listado de los casos en Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pp. 86-87 y en Erdem BÜYÜKSAGIS/Willem H. VAN BOOM, "Strict Liability in Contemporary European Codification; Torn Between Objects, Activities, and Their Risks", *op. cit.*, pp. 615-616.

Se ha de subrayar, no obstante, que entre las decisiones en las que se considera el uso de analogía destaca un alto porcentaje de casos en los que el principio de la responsabilidad objetiva no ha sido acogido⁴⁰⁶. Tal posicionamiento no ha de inducir a la equívoca conclusión de que en la jurisprudencia austriaca existe una oculta resistencia contra la praxis de analogía, pues en la larga serie de los supuestos en los que la aplicación analógica fracasó los tribunales no acudieron al principio de la responsabilidad objetiva solamente porque no se han cumplido los requisitos previos para que analogía pudiera prosperar. Dicho de otra manera, de las actividades que producían daño no derivaba ninguna fuente regular de peligro aumentado⁴⁰⁷.

Así las cosas, el OGH negó la condición de los riesgos comparables con los regulados por las leyes especiales de responsabilidad objetiva y, en consecuencia, declaró que no procedía imposición de la responsabilidad sin culpa vía analogía en casos que comprendían las obras de construcción tales como obras de pavimentos⁴⁰⁸ o de canales, incluso con el uso ocasional de explosivos⁴⁰⁹, trabajos de demolición (una pared de cortafuegos)⁴¹⁰ o en los que se utiliza una oruga, máquinas de betón o excavadora. En líneas generales, el OGH declaró que, comparada con ferrocarriles, vehículos de motor, equipos de alta tensión o explosivos, una empresa de construcción, cuando observa la normativa de protección, no constituye ningún especial peligro para la comunidad⁴¹¹. De forma parecida, el uso de carro de tiro de caballos para el transporte por una carretera pública no es suficiente para convertir en peligrosa a una empresa de agricultura⁴¹². Tampoco lo es la actividad desarrollada por el panadero⁴¹³ y leñador⁴¹⁴ o la de fijar los carteles⁴¹⁵. El uso de gasolina por un taller no justifica que a dicha empresa se le otorgue la condición de peligrosa. De lo contrario, también un hogar en el que se utiliza la gasolina de vez en cuando para limpiar la ropa habría que reconocer como peligroso⁴¹⁶. El OGH negó también la existencia de peligrosidad en las operaciones de un circo consistentes en hacer unos trucos con uso de armas durante los que un espectador delantero ha sido lesionado seriamente con el llamado Geller-Splitter

⁴⁰⁶ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 84.

⁴⁰⁷ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 87.

⁴⁰⁸ OGH 29.04.1954, 2 Ob 119/54.

⁴⁰⁹ OGH, 23.05.1962, ÖJZ 1962, 523 EvBl Nr. 419.

⁴¹⁰ OGH, 24.06.1964, SZ 37/92.

⁴¹¹ OGH, 06.05.1954, 1 Ob 27/54

⁴¹² OGH, 24.10.1956, ÖJZ 1960, 547 EvBl Nr. 318=ZVR 1957, 169 Nr. 178.

⁴¹³ OGH, 2 Ob 318/55.

⁴¹⁴ OGH, 6 Ob 60/58.

⁴¹⁵ OGH, 19.03.1952, SZ 25/68=ÖJZ 1952, 327 EvBl Nr. 211.

⁴¹⁶ OGH, 04.04.1956, RiZ 1956, 125=JB1 1956, 527.

en el ojo derecho⁴¹⁷. La aplicación analógica de la responsabilidad objetiva ha sido rechazada también por el OGH en caso de un accidente provocado por el tele-esquí. A este efecto el Tribunal Supremo austriaco declaró que el legislador no deseó someter esta instalación a la responsabilidad objetiva dejando al tele-esquí al lado de la responsabilidad objetiva por los ferrocarriles [§6 Abs.3, después válido bajo §2 Abs 1 frase 1 de la Ley de la responsabilidad por ferrocarril y vehículos de motor (*Eisenbahn- und Kraftfahrzeug- Haftpflichtgesetz- EKHG*)] y que dicho medio movido por el suelo sólido deslizando por la nieve, con limitada velocidad y con la colaboración de esquiador, no es comparable con telecabinas o telesillas. El trayecto no es largo y las diferencias de altura no son grandes, debiéndose las infrecuentes caídas en la mayoría de los casos a la torpeza o inatención del esquiador⁴¹⁸. Y finalmente, la muy extensa red metropolitana de suministro de agua no conlleva, en opinión de todas las instancias, un permanente y concreto peligro para la comunidad⁴¹⁹. En cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad objetiva de la Ley de responsabilidad del *Reich* (*Reichshaftpflichtgesetz – RHG*) no ha sido extendida analógicamente al supuesto en el que explotó una botella de soda causando daños a un consumidor porque, se consideró, la botella no era un dispositivo para la transmisión o emisión del gas y tanto la empresa que produce soda, como las botellas de soda carecían de peligrosidad. La peligrosidad podría estar situada como máximo en la individual puesta en circulación del producto de la empresa, en este caso de la botella llena de soda⁴²⁰.

Ya en los años 1953/1954 la Sala Segunda del Tribunal Supremo austriaco en un caso del accidente provocado por telesillas declaró que los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva fijados por las leyes de responsabilidad han de ser extendidos en virtud de analogía a todas actividades aproximadamente igual de peligrosas. Los telesillas, de acuerdo con esta doctrina, deberían considerarse, a propósito de Derecho de daños, igual de peligrosas que los medios de transporte tales como ferrocarril, automóvil y aeronaves⁴²¹.

Sienta el fundamento para la posterior aplicación analógica de las leyes especiales en Austria, sin embargo, la sentencia del OGH del 1958 que contempla un

⁴¹⁷ OGH, 13.01.1960, SZ 33/5=ÖJZ 1960, 152 EvBl Nr.83=JBl 1960, 300.

⁴¹⁸ OGH, 14.04.1966, SZ 39/69=JBl 1966, 568=RiZ 1966, 184= ZVR 1967, 136 Nr. 130. Véase la nota crítica de PICHLER, ZVR 1969, 61.

⁴¹⁹ OGH, 27.06.1968, SZ 41/84.

⁴²⁰ OGH, 29.10.1970, ÖJZ 1971, 237 EvBl Nr. 135=JBl 1971, 367.

⁴²¹ OGH, 18.03.1953, 2 Ob 944/52 en JBl 1953, 487 y 2 Ob 972/52 en SZ 26/75 y OGH 22.12.1954, ÖJZ 1955, 252 EvBl Nr. 150.

caso de gases transmitidos por una planta de magnesio que causaron daños a la carpa y los animales de un circo. La resolución renuncia la total protección de la responsabilidad del empleador, declarándose que de acuerdo con la doctrina fijada de forma unánime por la jurisprudencia del Alto Tribunal austriaco el principio de responsabilidad instaurado por la Ley se aplica analógicamente a otras empresas peligrosas. El fundamento de esta extendida responsabilidad se encuentra en la autorización que se otorga a una actividad, que de otra manera estaría prohibida, cuando el Ordenamiento jurídico tiene en cuenta solamente los intereses amenazados de los terceros. Un Ordenamiento jurídico en la Edad de máquinas, cuya explotación no está prohibida incluso cuando pone en peligro la salud o bienes de las personas ajenas, ha de exigir que los daños eventuales estén soportados no por estas personas, sino por el empresario que explota dichas máquinas y que extrae beneficios de esta explotación, pues está en sus manos aplicar precauciones que disminuyan el peligro. Este principio pronunciado en las Leyes especiales- *RHG*, La Ley de responsabilidad por daños a la propiedad *Sachschadenhaftpflichtgesetz- SHG*, Ley de vehículos de motor *Kraftfahrzeuggesetz- KFG* y Ley de aviación *Luftverkehrsgesetz- LuftVG*- se impone sólo cuando la empresa peligrosa constituye un fenómeno frecuente de determinado tipo en la vida económica. El criterio de peligrosidad satisface solamente esta empresa que, no sólo debido a las circunstancias concretas, sino a su condición general pone en peligro los intereses de terceros a través del riesgo esencialmente más excesivo que el que ahora existe en las normales condiciones de la vida moderna; riesgo que la empresa genera normalmente en el proceso productivo dirigido a la obtención de sus finalidades⁴²².

Desde la citada resolución habían de pasar quince años para que el Alto Tribunal austriaco hiciera otra vez uso de la analogía, extendiendo esta vez la responsabilidad objetiva impuesta por las leyes especiales a las actividades con uso de fuegos artificiales. A este efecto, la sentencia declaró que el Derecho austriaco no conoce ni una responsabilidad general por el resultado por las actividades de la empresa ni una responsabilidad general del empresario por sus empleados. No obstante, la responsabilidad por las específicas actividades peligrosas incluida en las leyes individuales tales como *RHG*, *EKHG*, *LuftVerkG* se extiende en principio de forma análoga a todas actividades peligrosas. En este sentido, se señaló que el concepto de

⁴²² Doctrina incluida por primera vez en OGH, 04.04.1956, JBI 1956, 527=RiZ 1956, 125.

actividades peligrosas no debería estar diseñado de forma demasiado amplia. Entre todas las empresas se distingue aquellas que desencadenan enormes fuerzas elementales que provocan que pesadas masas se mueven con enorme velocidad, las que se ocupan de escavar en el suelo sólido (minería), y, aquí se puso especial énfasis- las que producen o utilizan productos inflamables⁴²³. No es suficiente que una actividad devenga peligrosa de vez en cuando y sólo bajo ciertas circunstancias. La especial responsabilidad de los titulares de la empresa está justificada solamente cuando tal peligro es “regularmente y generalmente existente” en la actividad que éstos desarrollan. Esta hipótesis se ve satisfecha en caso de una empresa de fuegos artificiales. La peligrosidad de la actividad en este caso es latente ya en el momento de disparo o lanzamiento de las raquetas, pero sobre todo durante su vuelo, cuando incidentes de carácter excepcional no pueden estar eliminados con toda seguridad de ninguna manera. El peligro típico para los daños causados por quemaduras está intensificado por la concentración de personas que se reúnen para ver el espectáculo. A causa de este latente peligro que no se puede eliminar con seguridad, el uso de los petardos y de los artículos similares utilizados al aire libre está principalmente prohibido y sujeto a licencia o autorización. Esta circunstancia justifica el hecho de que el titular de la empresa de fuegos artificiales responda por sí o por los que emplea de forma objetiva por el riesgo específico que de forma natural y necesariamente dimana de su empresa. Dado que el titular de la empresa pirotécnica ejerce su actividad de forma profesional, y debido a que la naturaleza de la empresa o el tipo del material utilizado (conjunto de polvos, raquetas, etc) hace posible que el riesgo para la integridad corporal o propiedad de los terceros se materialice, los daños producidos, en vez de estar transferidos a los perjudicados, deben estar soportados por dicho titular que trabaja con el objeto peligroso, sacando de su empleo provecho. Es él además quien tiene la posibilidad de emplear y mantener en la extensión necesaria las medidas de precaución contra los riesgos para los demás⁴²⁴.

En lo que a la doctrina austriaca se refiere, el comentario más veces repetido con pocas líneas aplaude de forma global el uso de la analogía declarando que la responsabilidad por riesgo establecida de forma individual vale en virtud de analogía en

⁴²³ Así, por ejemplo, Armin EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse*, 2ª ed., Manz, Wien, 1928, §394, pág. 638.

⁴²⁴ OGH 28.03.1973, ÖJZ 1973, 395, EvBl Nr. 175=JBl 1974, 199.

todos los casos de empresas peligrosas⁴²⁵. El uso de esta herramienta está acogido por algunos con mucho entusiasmo. Los hay quienes, por ejemplo, abogan por una “inteligente analogía”, por “una evolución de Derecho que indicara la meta en un trabajo creativo”⁴²⁶. Otros señalan que después de haberse convertido la responsabilidad objetiva en un bien jurídico común para todos los medios de transporte terrestre y aéreo impulsados mecánicamente parece lógico dar un salto más y convertirlo en un dogma general para todas las empresas “peligrosas”⁴²⁷. Hay también quienes ven en la analogía una alternativa apta para suplir la carencia de una cláusula general de la responsabilidad objetiva, capaz de eliminar las lagunas generadas por una regulación casuística de los supuestos de la responsabilidad sin culpa⁴²⁸. En este sentido se señala que aunque el principio de culpa no es el único que rige en materia de la responsabilidad extracontractual, sin embargo, ha sido el único que ha obtenido una regulación general⁴²⁹. La justificación de la responsabilidad objetiva (especialmente la idea cuius est commodum eius est incommodum) es trasladable a otros supuestos de riesgo incrementado. La dificultad estriba en la definición acerca de qué fuentes de peligro se corresponden con las recogidas expresamente por la ley⁴³⁰. Esta constatación se convierte en una idea tan general en Austria que no es objeto apenas de discusión⁴³¹.

En España una parte de la doctrina califica de por lo menos dudosa la posibilidad de la introducción de la responsabilidad objetiva a través de la aplicación analógica de los supuestos ya existentes en la legislación en una tradición cultural como la española⁴³². En este sentido, se suele afirmar, al igual que en el Derecho alemán, que

⁴²⁵ Karl WOLFF en Heinrich KLANG, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2ª ed., Staatsdruckerei, Wien, 1951, Band VI, §§1259-1322, pág. 34, Franz GSCHNITZER, *Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz*, Springer, Wien, 1963, §48 B IV 2, pág. 188 y §49 E VI, pág. 202, Hans KAPFER, *ABGB*, Manz, Wien, 29ª ed., 1972, §1295 Nr. 24, pág. 1235, Rolf E. VEIT, *Das Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz*, Manz, Wien, 3ª ed., 1971, §1 Nr.1, pág. 14.

⁴²⁶ Wolfgang BAUERREISS, *VersR*, 1957, pág. 6.

⁴²⁷ Oskar EDLBACHER, „Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens“, *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*, Graz, 1965, pág. 81.

⁴²⁸ Helmut KOZIOL, „Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?“, *FS Wilburg zum 70. Geburtstag*, pp. 173 y ss.

⁴²⁹ Helmut KOZIOL, „Bewegliches System und Gefährdungshaftung“, BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York, 1986, pág. 59 y EL MISMO, „Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?“, *FS Wilburg zum 70. Geburtstag*, pág. 173.

⁴³⁰ Helmut KOZIOL, „Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?“, *FS Wilburg zum 70. Geburtstag*, pp. 178 y ss.

⁴³¹ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, op. cit., pág. 95.

⁴³² Miquel MARTIN CASALS, “La ‘modernización’ de del Derecho de la responsabilidad extracontractual“, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. A Coruña 8 y 9 de abril de 2011*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2011, pág. 62. En contra de la aplicación analógica también Pedro GONZÁLEZ POVEDA, “La responsabilidad por

los supuestos de la responsabilidad objetiva establecidos por el legislador son de carácter excepcional, sin que exista un principio general de riesgo que coexistiese con el tradicional de la responsabilidad por culpa; hecho que imposibilita cualquier aplicación analógica⁴³³. De esta manera se pone de relieve, que las reglas de excepción confirman la regla general de la responsabilidad por culpa, de lo que deriva que tales reglas deben estar limitadas a los supuestos de hecho que se encuentran explícitamente dentro de su ámbito de aplicación (*sceptio firmat regulam in casibus non exceptis*)⁴³⁴. Existen, sin embargo, también voces que otorgan su voto favorable a esta forma de extensión de la responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, se observa que la imposición de la responsabilidad objetiva por el legislador en algunos casos concretos no excluye, en virtud de una deducción a contrario, a los demás modos de establecer este régimen de responsabilidad. Se señala que la política del legislador consiste en normar los supuestos de mayor gravedad. Estos últimos se califican como tales, bien en función de la frecuencia con la que se produce el daño, como, por ejemplo, en el caso de los accidentes de circulación, bien en función de la dimensión del daño producido, lo que evidencia la regulación de los accidentes aéreos o nucleares⁴³⁵. A favor de la extensión analógica de los supuestos regulados en los arts. 1905, 1908 (2º y 3º) y 1910 a otras responsabilidades derivadas de actividades peligrosas que carecen de una regulación especial se muestra también otro sector de la doctrina. Según éste, la proliferación de las normas especiales de responsabilidad objetiva que se nutren del principio de responsabilidad por riesgo no debería obstaculizar la posibilidad de su aplicación

riesgo”, en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, t.2, pág. 705 y Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 493. LuíS Felipe RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 494-495.

⁴³³ Pedro GONZÁLEZ POVEDA, “La responsabilidad por riesgo”, en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, t.2, pág. 705. Así también sobre la doctrina jurisprudencial del TS Encarnación ROCA TRIAS, “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *InDret* 4/2009, pág. 7, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 493.

⁴³⁴ Mariano MEDINA CRESPO, “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, *Ponencias del XIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia Noviembre 2013*, Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA/Diego ELUM MACÍAS (coord.), Sepín, Madrid, 2013, pág. 37, n. 71.

⁴³⁵ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 146. En su monografía *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* el autor dedica un capítulo entero a la justificación de la posibilidad de introducir la responsabilidad objetiva vía aplicación analógica de los supuestos ya existentes en el Derecho positivo español.

analógica con fundamento en dicho principio ordenador⁴³⁶. Los hay quienes opinan también que las normas que regulan la responsabilidad objetiva son especiales (particulares) y no excepcionales; hecho que permite extenderlas a otros supuestos a través tanto de la interpretación extensiva, como aplicación analógica⁴³⁷.

En lo que a la jurisprudencia se refiere, según los datos propiciados por los miembros españoles del EUROPEAN GRUP ON TORT LAW, el Tribunal Supremo intentó forzar la aplicación analógica declarando que la idea del riesgo podría llevar a la imposición de la responsabilidad objetiva incluso cuando ésta no está establecida por el legislador en muy pocas ocasiones⁴³⁸ y, por lo general, esta línea de argumentación no fue acogida con mucho entusiasmo por los tribunales⁴³⁹. Existen opiniones, sin embargo, que afirman que constituye un claro ejemplo del principio de la responsabilidad objetiva deducido de la legislación positiva por *analogiam iuris* la Sentencia de 20 de enero de 1992 que se ocupa de un caso de los daños causados por los tendidos eléctricos de alta tensión⁴⁴⁰. Cabe mencionar en este punto también algunas resoluciones acaecidas en la materia de la responsabilidad por la navegación aérea (daños a terceros). En cuanto a esta última, como es bien sabido, la LNA abarca los supuestos de los daños causados por la actividad propia de los transportistas aéreos,

⁴³⁶ María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., pág. 66 apoyándose en Giulio LEVI, *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva. Diversi modi di introduzione della responsabilità oggettiva e loro influenza sulla legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 38. A favor de la aplicación analógica también Albert RUDA GONZÁLEZ, “Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236)”, op. cit., pp. 716-717, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1910”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13050 y Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, op. cit., pp. 1499-1500 basándose en la STS de 10.12.2002 (RJ 2002, 10435). El autor subraya, sin embargo, que dicha imposición debería limitarse solamente a actividades anormalmente peligrosas. Entre los simpatizantes de la aplicación analógica de las normas que imponen la responsabilidad objetiva a otros supuestos no regulados por la Ley equiparables a estos y que guardan la misma *ratio* se encuentran también Mariano MEDINA CRESPO, “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, *Ponencias del XIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia Noviembre 2013*, Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA/Diego ELUM MACÍAS (coord.), Sepín, Madrid, 2013, pág. 141, Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 29-30 y Beatriz GUTIERREZ SOLAR CALVO, *Culpa y riesgo en la responsabilidad por accidentes de trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 47. Parece inclinarse en esta dirección también Carlos ROGEL VIDE, *Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales*, Ubijus, México DF/Madrid, 2013, pág. 260.

⁴³⁷ Mariano MEDINA CRESPO, “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, op. cit., pág. 38. De forma parecida Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1902”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12960 y “art.1910”, *ibidem*, pág. 13050.

⁴³⁸ El informe señala únicamente la STS de 30 de diciembre de 1980, (RJ 1980, 4815).

⁴³⁹ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALDA/Josep SOLÉ, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 289.

⁴⁴⁰ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Sentencia de 20 de enero de 1992”, *CCJC* núm. 28, enero- marzo 1992, pág. 221.

excluyéndose de su ámbito de aplicación los perjuicios causados por avionetas de fumigación o en los vuelos deportivos⁴⁴¹, a los que aplica el régimen general de los arts. 1902 y 1903 CC. Pues bien, a pesar de ello la SAP de Almería de 31 de marzo de 2000⁴⁴² aplica a un supuesto de accidente sufrido por un helicóptero que desarrollaba labores de extinción de incendios y en el que viajaban los sujetos lesionados en condición de usuarios- miembros de un retén contra incendios forestales, el régimen de la responsabilidad objetiva ex el art. 120 LNA, declarándolo compatible con el sistema de la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC. La decisión ha sido confirmada, en lo que al régimen aplicable se refiere, en casación por el TS⁴⁴³. Dicho esto, cabría distinguir, a propósito de la jurisprudencia citada, entre la interpretación extensiva del supuesto y la aplicación analógica *sensu stricto* dado que es supuestamente la primera, más que la segunda, la que entrará en juego en los supuestos analizados.

La interpretación extensiva permite ampliar el ámbito de aplicación de una norma jurídica a supuestos no previstos con claridad en el precepto central de la misma. Dicha operación se realiza sin salirse del marco de la norma. En cambio, la analogía consiste en crear una nueva norma “analógica” que sirve de aplicación al caso no regulado valiéndose en dicha creación de la semejanza o identidad de razón con respecto a una norma o a un conjunto de normas existentes⁴⁴⁴. El tema ha sido estudiado detenidamente sobre todo por los autores italianos. Maestras, en esta cuestión, son las obras de Norberto BOBBIO⁴⁴⁵. En lo que a la distinción entre interpretación extensiva y analogía se refiere, el autor cambió su posicionamiento a lo largo de su trayectoria para llegar al final a la conclusión de que ambas instituciones tienen la misma estructura, pero distinta función. De ahí que pueda prohibirse la analogía y permitirse la interpretación extensiva⁴⁴⁶. Se acopla a esta opinión la doctrina de la Corte Suprema de Italia. Según ésta:

⁴⁴¹ Así las SSTs de 03.05.1968, RAJ núm.2738 y de 10.06.1988

⁴⁴² (AC 2000\2862).

⁴⁴³ STS de 28.05.2007 (RJ 2007, 3131). De forma parecida, la SAP de Almería de 27.02.2001 (AC 2001, 1142). Se trataba con un supuesto que versaba sobre un accidente aéreo en el que el actor, que formaba parte del pasaje de un helicóptero para sofocar un incendio sufrió daños corporales. El helicóptero, se precipitó al suelo cuando se disponía a volver a su base.

⁴⁴⁴ Ana ESCUSOL CORREDOR/M^a Pilar GARCÍA MARÍN, “Argumentación analógica y argumentación *a contrario*”, en *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del Seminario de Metodología Jurídica*. Manuel CALVO GARCÍA (ed.), Vol. I, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pág. 127.

⁴⁴⁵ Norberto BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Turín, 1938, EL MISMO, “L'analogia e il diritto penale”, *Rivista Penale*, 1938, pp. 526-542., EL MISMO, “Intorno al fondamento del procedimento per analogia”, *Giurisprudenza Italiana*, 1951, I, pp. 229-238, EL MISMO, “Analogia”, *Novissimo digesto italiano*, vol. I, T. I, Turín, 1957, pp. 601-607.

⁴⁴⁶ Norberto BOBBIO, “Ancora en torno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia”,

“Con relación a las normas de carácter excepcional está prohibida la interpretación analógica, aunque no extensiva, que se limita a reconducir al ámbito de la norma interpretada los casos que sólo aparentemente parecen excluidos de ella, pero que, en realidad, ateniendo a la ratio objetiva de la norma, el legislador consideró incluidos en la misma; siendo también ellas susceptibles de interpretación extensiva en el ámbito de la materia especial a la que se refieren.⁴⁴⁷”

Finalmente, el recurso a analogía ha sido previsto por los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil que en su art. 5:102 (2) establece que “[a] menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido”. La regla refleja la idea a la que se sumó el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW de que los casos iguales deberían recibir el mismo trato. En este sentido, el Grupo se apoyó en el Proyecto Suizo (art. 50 párrafo 2) que parece inspirarse en el mismo planteamiento⁴⁴⁸.

2.2.1.1 Ventajas que trae la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva.

Al igual que la introducción de la cláusula general, la aplicación analógica de los supuestos de la responsabilidad objetiva coadyuva a eliminar las consecuencias negativas de los retrasos legislativos, disminuyendo lagunas emergidas entre el desarrollo tecnológico-científico y el estado de la Ley. Los que se pronuncian a favor de este método de extensión de la responsabilidad sin culpa en la doctrina alemana subrayan la inercia del legislador y su predisposición a diarias consideraciones políticas. El caso de la mencionada *LuftVG* y de la responsabilidad por las instalaciones eléctricas, introducida por la Ley de la responsabilidad del *Reich* (*Reichshaftpflichtgesetz* de 1943-RHG en adelante), demuestran que el retraso con el que se procede a la promulgación

Giurisprudenza Italiana, 1968, I, pp. 695 y ss.

⁴⁴⁷ (Casación 2004, 1976). Sentencia citada por Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. al español por Marina GASCÓN y Miguel CARBONELL, Editorial Porrúa México/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pág. 108.

⁴⁴⁸ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Miquel MARTÍN CASALS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 155.

de las leyes especiales en Alemania oscila a una década⁴⁴⁹. La analogía presenta un instrumento apto para luchar con esta inmovilización, para compensarla sistemáticamente. Los primeros en abogar por el uso de analogía por la jurisprudencia alemana fueron comparatistas. De dicho gremio proviene la propuesta de convertir la extensión de la responsabilidad objetiva a través de analogía en un principio general de Derecho que se sirviese de la interpretación proveniente del Derecho comparado. Así, argumentaban, el resultado no necesita estar fundamentado en cualquier consideración del viejo almacén dogmático de Derecho civil ya que la dogmática, en su opinión, cambia su faceta a través de Derecho comparado, disolviéndose en realidad cada vez más⁴⁵⁰.

Se ha subrayado también que la analogía contribuye a mantener la coherencia dentro del Ordenamiento jurídico en cuestión⁴⁵¹. A este efecto, se ha dicho que los daños que derivan de riesgos comparables merecen el mismo trato legal⁴⁵². Se ha señalado, por ejemplo, que no se justifica que el uso dañoso de los tóxicos insecticidas desprendidos por un avión constituye un caso de la responsabilidad objetiva cuando lo que está puesto en peligro son los recursos de agua, mientras el propietario de una finca colindante tiene que probar la culpa del causante del daño si su cultivo ha sido contaminado debido a los cambios en la dirección con la que sopló el viento⁴⁵³.

El uso de la analogía permitiría también poner fin a las tan criticadas prácticas jurisprudenciales de inflar el contenido y convertir en borrosos los contornos de la responsabilidad por culpa a través de tales expedientes, como la mal llamada inversión de la carga de la prueba, presunciones o niveles más altos de diligencia exigible. Como bien dijo en su día un reconocido jurista español, el interés por el uso de la analogía no queda disminuido debido a los problemas con los que ésta se enfrenta porque su solo

⁴⁴⁹ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁴⁵⁰ Konrad ZWEIGERT, „Diskussionsbeitrag anlässlich der Kieler Tagung 1965“, en Werner LORENZ, *Die Haftung des Warenherstellers*, Metzner, Frankfurt-Berlin, 1966, pp. 72-73 y EL MISMO, „Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode“, *RabelsZ*, núm. 15, 1949/1950, pág. 5.

⁴⁵¹ Erdem BÜYÜKSAGIS/Willem H. VAN BOOM, „Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risk“, *Georgetown Journal of International Law*, vol.44, núm. 2, 2013, pág. 615

⁴⁵² Hein KÖTZ, „Haftung für besondere Gefahr- Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 1970, pág. 15 et seq y Marianne BAUER, „Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie“, *Festschrift K. Ballerstedt*, Beiträge für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Berlin, 1975, pág. 309.

⁴⁵³ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, „Germany“, *op. cit.*, pág. 154.

afloramiento supone desvelar cuestiones que, hoy por hoy, se resuelven en lo implícito⁴⁵⁴.

2.2.1.2 Desventajas que trae la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva.

Los problemas con los que se enfrenta la extensión de la responsabilidad objetiva por medio de la aplicación analógica de los supuestos ya existentes en el Ordenamiento jurídico, se solapan en muchos casos con los que presenta la introducción de una cláusula general que regula la imposición de este régimen de responsabilidad. Así, la principal razón por la que los estudiosos de Derecho se muestran contrarios al uso de esta herramienta es la inseguridad jurídica que la rodea. A este efecto, se señaló que los trabajos sobre el BGB evidenciaron que las transiciones entre el obrar peligroso y no peligroso son muy problemáticas y fluidas. En consecuencia, más de un autor se preguntó cómo el Juez podría determinar de forma convincente qué nuevos bacilos, gases o radiaciones pueden estar igualados a estas fuentes de peligro que ya están sujetas a la responsabilidad objetiva. Las respuestas solían negar validez a este instrumento en este contexto. En consecuencia, se afirmaba que una declaración de este tipo podía provenir solamente de parte del legislador dado que sólo por vía de las progresivas leyes especiales se puede lograr un desarrollo más seguro y previsible⁴⁵⁵.

Incluso en Austria, un país cuya jurisprudencia hace uso de la analógica extensión del principio de la responsabilidad objetiva y cuya doctrina reconoce virtudes que trae aplicación de esta herramienta, se hacen escuchar voces que señalan que, por muy correcto y útil que pueda parecer fomentar decididamente una libre analogía, recomendando para ello criterios generosos y confiando ampliamente en la sabiduría del Juez, este modo de proceder no puede sustituir al obrar del Legislador el cuál se echa en falta⁴⁵⁶. No es de extrañar, por tanto, que a algunos autores hace unos años le podía parecer que, vista la borrosa línea de demarcación entre las empresas peligrosas y no peligrosas en su conjunto, la analogía por peligro fuera tan insegura como hace un siglo

⁴⁵⁴ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 141.

⁴⁵⁵ Véase Ludwig ENNECCERUS en Ludwig ENNECCERUS/Martin KIPP/Theodor WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil*, 9. Bearbeitung, Elwert, Marburg, 1923, pág. 562. Esta misma ha sido formulada de nuevo por Hans Carl NIPPERDEY en Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts : ein Lehrbuch*, 15. Auflage, Mohr, Tübingen, 1960, pág. 1343. Vide también Philipp HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Mohr, Tübingen, 1929, Scientia, Aalen, 1958, §152 VIII, pág. 466.

⁴⁵⁶ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 96.

ya que el Juez en cada supuesto concreto se queda solo en “el campo de la batalla”, teniendo a su disposición solamente unos párrafos abstractos contenidos en las leyes especiales⁴⁵⁷.

La doctrina española también apuntó a este problema, sin considerarlo óbice para la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva en el Derecho español. Así, existen opiniones que consideran que la identidad de *ratio* entre las normas que introducen la responsabilidad objetiva y los “nuevos hechos” no regulados por la Ley constituye una condición *sine qua non* para que se permita la aplicación analógica. Dicho *ratio* tiene dos aspectos: objetivo - que se identifica con riesgo (“el riesgo llama a la responsabilidad”) y subjetivo - que se materializa en la persona concreta que debe correr con esta responsabilidad. En lo que al riesgo se refiere, se subrayó lo necesario y problemático de delimitar el tipo de riesgo que permitiese una aplicación analógica de la norma en cuestión. A este efecto, se señaló que cualquier actividad humana puede estar considerada como peligrosa, sin que el riesgo que la caracteriza pueda dar lugar a la imposición de la responsabilidad objetiva. Sólo un determinado índice de riesgo hace factible la aplicación analógica de la responsabilidad objetiva. Esta tarea ha de estar llevada a cabo y puede suponer fácilmente grandes problemas⁴⁵⁸.

La falta de un criterio uniforme que delimitase el sujeto responsable objetivamente en la legislación española (aspecto subjetivo de la mencionada *ratio*) constituye otra de las razones para la que la extensión de la responsabilidad objetiva vía analogía en el Derecho español se podría ver dificultada⁴⁵⁹.

La aplicación analógica del principio de la responsabilidad objetiva incluido en las leyes especiales deja abierta también la cuestión de cómo determinar en cada caso nuevo sujeto a esta regla: las causas de exoneración, los límites máximos de la responsabilidad o el plazo de prescripción⁴⁶⁰.

Desde la doctrina austriaca se han hecho oír también voces que señalaban que el silencio del legislador puede tener carácter de una omisión consciente. Si este fuera el

⁴⁵⁷ Véase la nota sobre las evaluaciones de PETERSEN de 1886 en Oskar EDLBACHER, „Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens“, *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*, Leykam, Graz, 1965, pág. 85, n. 18.

⁴⁵⁸ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 152-153.

⁴⁵⁹ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 153 y 155.

⁴⁶⁰ En este sentido, véase las propuestas de Helmut KOZIOL en *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonder Teil*, 1975, pág. 489 y EL MISMO, „Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?“, *FS Wilburg zum 70. Geburtstag*, pp. 180 y ss.

caso la eventual precipitación de la jurisprudencia carecería de aprobación⁴⁶¹. Se volvía a repetir el argumento esgrimido también por la doctrina alemana según el cual las tareas de política jurídica están reservadas para el legislador por lo que aplicación analógica de Derecho por la jurisprudencia excedería los límites constitucionalmente establecidos⁴⁶².

Se ha de subrayar, sin embargo, que en cuanto a las citadas posiciones de los científicos alemanes de los años 20 del siglo pasado, la doctrina más reciente considera sus trabajos como un prudente y válido resultado de las deliberaciones personales; tesis jurídicas que se pueden entender como provisionales y que invitan a la siguiente discusión⁴⁶³.

2.2.2 Instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa.

La responsabilidad objetiva puede estar impuesta también por los tribunales de forma indirecta o encubierta. Tal será el caso cuando la jurisprudencia bajo el pretexto de hacer uso de tales herramientas como la exigencia de niveles más altos de diligencia, doctrina en España revestida del nombre “agotamiento de diligencia”, inversión de la carga de la prueba o presunción de la culpa del causante de daños en realidad prescinde de cualquier género de negligencia inflando la exigencia del deber de cuidado hasta niveles incumplibles, privando al causante del daño de la prueba en contrario o convirtiendo la presunción de la culpa en una presunción *iuris et de iure*. En lo que a la práctica de los tribunales españoles se refiere, describe muy bien este fenómeno el fragmento de autoría de Fernando REGLERO CAMPOS quien en su monografía *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro* describe dicha práctica en la siguiente manera:

“...en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como en la práctica totalidad de las Audiencias, se advierte una clara relajación del criterio de la culpa hasta el punto de llegar a ser absolutamente desnaturalizado en no pocas ocasiones. Ello se debe a que nuestros tribunales no se han desprendido todavía de la paulatina culpabilística que históricamente ha

⁴⁶¹ ENT, citado por Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, op. cit., pág. 94.

⁴⁶² Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr, ..., op. cit.*, pág. 94.

⁴⁶³ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, op. cit., pág. 74.

impregnado el sistema español de la responsabilidad civil, de forma que no pocas sentencias condenatorias sustentan el fallo en una negligencia que en realidad no llegó a existir. La imposición legal del criterio de la culpa obliga a nuestros tribunales, en los casos en los que sin concurrir una conducta culpable del dañante se considera justo que sea la víctima quien haya de soportar el daño, a recurrir a esa “ficción de culpa”, con lo que en la práctica se expande de tal forma este elemento que acaba contaminando situaciones en las que, en rigor, no se aprecia vestigio alguno del mismo. En la realidad son casos en los que se aplican criterios de la responsabilidad objetiva, pero revestidos de un tinte culpabilístico sustentado en el conocido aforismo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. En definitiva, y como queda dicho, no son sino auténticas ficciones de culpa, en las que presunciones adquieren carácter de absolutas, convirtiéndose en un mero artificio en el intento de impedir la ruptura con “ese gran astro del que- dice Gentile- las demás planetas que gravitan a su alrededor reciben fuerza indirecta y luz refleja- el principio de la responsabilidad por culpa”⁴⁶⁴,

Dichas prácticas fueron acompañadas por la decisión del Alto Tribunal español de considerar que la valoración de culpa no constituye una simple cuestión de hecho, sino que es una cuestión de Derecho que está sujeta a revisión en casación⁴⁶⁵. Así se dijo que el Tribunal Supremo, partiendo de la tradicional interpretación de la responsabilidad por culpa, paso a paso iba preparando terreno para las teorías de la responsabilidad objetiva dentro del sistema de la responsabilidad por culpa. Este proceso fue posible gracias al relajamiento de las condiciones para establecer culpa bajo el art. 1902 CC⁴⁶⁶ y fue originado por la idea de que el principio de la responsabilidad

⁴⁶⁴ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Thomson, Cizur Menor, 2007, pp. 243-244.

⁴⁶⁵ STS de 12.05.1969 (RJ 1969, 2473).

⁴⁶⁶ Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *The Development and Making of Legal Doctrine*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 199-200. Así también Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español, vol. 3, Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 4ª ed, Talleres Tipográficas Cuesta, Valladolid, 1937, pág. 783, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 592, Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 108, EL MISMO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª ed. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 276, Jordi PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. II/2, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 645.

por culpa no era ya capaz de suministrar soluciones justas para la atribución de los riesgos de accidentes⁴⁶⁷.

Dicha “objetivación” de la responsabilidad por culpa y la práctica de casi sistemática inversión de la carga de la prueba no pueden sino estar percibidas como pasos de largo alcance que deben estar interpretados como conscientes intervenciones “políticas” del Tribunal Supremo, dirigidas a modernizar el Derecho. La doctrina comparativista da cuenta del descrito papel de los jueces españoles señalando que éstos se han convertido en los actores jurídicos mucho más seguros de sí mismos y autónomos a la vez que se consideran a ellos mismos como responsables del desarrollo de Derecho⁴⁶⁸.

España no es el único país en el que la fidelidad hacia el tradicional principio de la responsabilidad por culpa, por una parte, y el creciente sentimiento de un compromiso social, emergido con la nueva realidad socio-económica, por otra, hace distorsionar las fronteras entre este régimen de responsabilidad y el de la responsabilidad objetiva. Las irregularidades descritas con anterioridad se hacen observar también en otros países europeos⁴⁶⁹. En Suiza, por ejemplo, estos conciernen el uso de la llamada “regla de peligro” (*Gefahrensatz*) según la que “Quien crea o mantiene una situación de peligro para otros debe adoptar todas las medidas apropiadas para evitar que tal peligro se materialice en forma de daño”⁴⁷⁰. Ahora bien, se ha señalado que una excesiva dogmatización de la regla puede llevar a oscurecer la frontera y distorsionar la relación dialéctica entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Tal situación tendrá lugar cuando la regla en vez de constituir una herramienta para el establecimiento y valoración de la culpa de una persona se convierta además en un elemento de causalidad y un principio general de antijuridicidad. Se dará el caso de ésta última cuando el Juez parta del siguiente razonamiento efectuado de forma retrospectiva: no se habían adoptado las pertinentes medidas para prevenir el daño, es decir, no se había adoptado la conducta exigible,

⁴⁶⁷ Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault “, op. cit., pág. 39.

⁴⁶⁸ Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault “, op. cit., pág. 39.

⁴⁶⁹ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, op. cit., pág. 69.

⁴⁷⁰ Sobre dicha regla en el Derecho suizo véase K. OFTINGER/E. STARA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, §3 nm.54 y ss., Pierre WIDMER, „Gefahren des Gefahrensatzes“, *ZBJV*, 1970, 106, pp. 289 y ss. y 307 y ss., M. JAUN, „Gefahr oder Chance“, *ZBJV*, 2003, 139, pp. 141 y ss.

puesto que, de ser así, el daño no habría ocurrido⁴⁷¹. Refleja perfectamente este proceder la decisión del Tribunal Supremo suizo en un caso de 1956⁴⁷² que versa sobre un accidente de esquí causado por un joven esquiador que atropelló a una persona que se encontraba en una parte escondida de la pista. El Tribunal, basándose en la “regla de peligro creado” declaró que “siempre y a medida que el esquiador no pone en peligro a otras personas, no se le puede reprochar nada”. De ahí deriva la conclusión de que, en caso de que dicho peligro existiese, el esquiar se convertiría inmediatamente en un actuar antijurídico y culposo. Siguiendo esta argumentación, dado que es imposible esquiar cuesta abajo sin crear un peligro potencial para los demás, deporte este tendría que estar tachado de ilegal. Este razonamiento coincide exactamente con el desarrollado por el *Münchener Oberappellationsgericht* en el año 1861 que estimó que “conducir un tren con una locomotora se considera necesariamente e inevitablemente como un actuar culpable^{473,474}”.

Otro ejemplo de las prácticas jurisprudenciales que pueden llevar a la introducción de las soluciones que traspasan la borrosa frontera entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva constituye el caso de la aplicación práctica del art. 55 del Código suizo de obligaciones (*SwCO- Schweizerisches Obligationenrecht*)⁴⁷⁵ que regula la responsabilidad del empresario por sus empleados u otros auxiliares por los daños causados en el curso de su trabajo o actividades de negocio. El artículo establece una presunción de culpa del empleador de la que éste se puede exonerar probando que ha empleado todas las medidas de precaución adecuadas teniendo en cuenta las circunstancias⁴⁷⁶. Pues bien, el Tribunal Supremo suizo suele aplicar dicha cláusula de exoneración de manera tan estrecha que al empleador le resulta imposible cumplir con el estándar de conducta exigible⁴⁷⁷. A este efecto, para poder escapar con la responsabilidad del art. 55 del *SwCO* el empresario tiene que probar que ha tomado todas las medidas razonables que, desde el punto de vista objetivo y con el más alto grado de probabilidad, se consideran necesarias para evitar el accidente⁴⁷⁸. En

⁴⁷¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 117.

⁴⁷² Decisión del Tribunal Federal de Suiza (DFC) 82 (1956) II 28.

⁴⁷³ [1861] *Seuffert's Archiv* 14, 354 et seq.

⁴⁷⁴ Ambas decisiones han sido citadas por Pierre WIDMER, “Switzerland”, *op. cit.*, pp. 328-329.

⁴⁷⁵ *Obligationenrecht*, 30.03.1911, AS 27 317 (1912).

⁴⁷⁶ Franz WERRO, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Stämpfli, Berne, 2011, pág. 137. Gordon AESCHMANN, *La responsabilité civile du fait de l'organisation: Droit et société*, Editions Socio-juridiques, Genève, 2010, pág. 15.

⁴⁷⁷ Bundesgericht, 09.10.1984, 110 Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (BGE), II 465, 2,3.

⁴⁷⁸ Franz WERRO, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, pág. 146, n. 49.

consecuencia, las barreras probatorias elevadas a los niveles exorbitantes hacen que lo que antes era la responsabilidad por culpa presumida roza peligrosamente la línea a partir de la que empieza la responsabilidad objetiva⁴⁷⁹.

La práctica desarrollada por los tribunales suizos en materia de la responsabilidad del empleador por sus auxiliares no es desconocida en otros países europeos. Sin ir muy lejos, el proceder de los tribunales españoles en la aplicación del art. 1903, 4 del Código civil se acopla perfectamente al obrar de la jurisprudencia del país helvético en la misma materia. La responsabilidad del empleador por los hechos de sus auxiliares constituye uno de los supuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno y tradicionalmente fue calificada como un ejemplo de la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* del empleador que se presume *iuris tantum*⁴⁸⁰. La mayoría de las decisiones que se toman en los casos de la responsabilidad del empleador por los hechos de sus auxiliares, configura estos supuestos como los de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba⁴⁸¹. No obstante, como bien apunta un sector de la doctrina española, un breve análisis jurisprudencial evidencia que los tribunales tienden a condenar a los empleadores y que el uso excesivamente abusivo de los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa se convirtió en una herramienta que les coadyuva en esta tarea. Así las cosas, se suele exigir una “prueba más vigorosa o rigurosa del cuidado debido”, lo que en la mayoría de los casos se traduce en la encubierta imposición de la responsabilidad objetiva dadas las enormes dificultades que suponen para el empleador probar que actuó con la debida diligencia⁴⁸². En este sentido, existen también autores que apuntan a que el hecho de que la prueba de la diligencia del principal sea tan difícil de aportar se traduce en que los tribunales prescinden de este argumento cuando intentan justificar la no imposición de la responsabilidad al principal. Es axiomático, por tanto, que la prueba de dicha diligencia tiene muy poca fuerza exoneratoria⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Pierre WIDMER, “Ex Nihilo Responsabilitas Fit, on the Miracles of Legal Metaphysics”, *J. Eur. Tort L.*, núm.2, 2011, pág. 142. Gordon AESCHIMANN, *La responsabilité civile du fait de l’organisation: droit et société*, *op. cit.*, pág. 16, n. 49.

⁴⁸⁰ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALDA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *op. cit.*, pág. 289.

⁴⁸¹ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALDA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *op. cit.*, pág. 290.

⁴⁸² Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Comentario a la Sentencia de 26 de junio de 1990”, *CCJC* núm.23, 1990, pág. 771. Así también Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 124.

⁴⁸³ Josep SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principio y tendencias*, Reus, Madrid, 2013, pág. 46. Así también José Luis LACRUZ BERDEJO quien señala que la posibilidad de exoneración prevista en este artículo no pasa de ser más teórica que real. *vide, Elementos de Derecho civil, t.II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito.*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 496.

Algo parecido pasa en caso de la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos. La doctrina habla en este caso del “proceso de objetivación de la responsabilidad de los padres⁴⁸⁴”, “del matiz objetivo de esta responsabilidad⁴⁸⁵” o de “una quasiobjetivación de la responsabilidad de los padres⁴⁸⁶”. En consecuencia, los tribunales declaran la culpa de los padres incluso cuando ellos no son capaces de vigilar a sus hijos debido a que, por ejemplo, estaban trabajando, o cuando el accidente es prácticamente inevitable⁴⁸⁷. Se declara, por ejemplo, la responsabilidad de los padres incluso cuando pidieron repetidamente el auxilio de las instituciones públicas para afrontar la peligrosidad de un hijo con problemas psicológicos y sin que dichas instituciones reaccionaran debidamente⁴⁸⁸. En la práctica esto significa que los padres no son capaces de probar que actuaron con diligencia debida y, en consecuencia, escapar con la responsabilidad⁴⁸⁹. El mismo Tribunal Supremo en varias ocasiones declaró que la responsabilidad establecida en el art. 1903 CC, a pesar de estar ubicada al lado del artículo que impone la responsabilidad por culpa- art. 1902 CC- no menciona culpa, por lo que se ha sostenido que establece la responsabilidad por riesgo o quasiobjetiva⁴⁹⁰.

En Alemania sirvió al propósito de suplir las deficiencias que derivaban de la práctica de interpretar las leyes especiales de forma estricta dada la prerrogativa del legislador en esta materia e imponer formas más estrictas de responsabilidad donde no existía la responsabilidad objetiva el concepto de *Verkehrssicherungspflichten* (deberes jurídicos de actuar)⁴⁹¹. En este sentido, los estudiosos de Derecho han observado que la práctica común de los tribunales alemanes consiste en imponer los incrementados deberes de actuar en todos los sectores en los que se echa en falta una legislación especial con el régimen objetivo de la responsabilidad. En consecuencia, el estándar de

⁴⁸⁴ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 108.

⁴⁸⁵ Luis DÍEZ PICAZO/ Antonio GULLÓN BALLESTROS, *Sistema de Derecho civil, vol. II*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 555.

⁴⁸⁶ Lluís PUIG FERRIOL/ María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA/Jacinto GIL RODRÍGUEZ/José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil, II, 3ª*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pág. 498.

⁴⁸⁷ Vide SSTs de 29.12.1962 (RJ 1962, 5141), de 14.04.1977 (RJ 1977, 1654), de 04.05.1983 (RJ 1983, 2623), de 24.05.1996 (RJ 1996, 3915), 7.01.1992 (RJ 1992, 149), 11.03.2000 (RJ 2000, 1520).

⁴⁸⁸ STS de 10.11.2006 (RJ 2006, 7170).

⁴⁸⁹ Véase también José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, vol II-2, Dykinson, Madrid, pág. 525, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario de la Sentencia de 29 de abril de 1984, CCJC núm. 6, 1984, pp. 1601-1612, Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *op. cit.*, pág. 292 y Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1903”, en Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, Libro IV, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1470.

⁴⁹⁰ SSTs de 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 304), de 30.06.1995 (RJ 1995, 5272) y de 28.07.1997 (RJ 1997, 5810).

⁴⁹¹ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *op. cit.*, pág. 148.

diligencia exigible se eleva a niveles tan altos que la diferencia entre la responsabilidad por culpa y la objetiva es prácticamente nula⁴⁹². Los mismos jueces esgrimen como razón para dicho proceder la justa distribución de los riesgos de accidentes⁴⁹³. Como un ejemplo del supuesto que carece de una regulación expresa que le sujetase al régimen de la responsabilidad objetiva se señala los daños causados por virus o bacterias. En este caso no se aplica ni la responsabilidad objetiva por los daños causados por animales ni la responsabilidad por organismos genéticamente modificados, pero bacterias y virus pueden estar catalogados como una categoría asimilable a estos supuestos de responsabilidad objetiva⁴⁹⁴. En dichos casos, los tribunales alemanes, según lo expuesto con anterioridad, reacios a la introducción de la responsabilidad objetiva mediante la aplicación analógica de los supuestos existentes, nunca han hecho uso de esta herramienta⁴⁹⁵. Para suplir estas deficiencias se impone más bien los estrictos deberes jurídicos de actuar⁴⁹⁶, revistiendo la introducción de la responsabilidad objetiva en el lenguaje de la responsabilidad por culpa⁴⁹⁷. Según una parte de la doctrina alemana tal práctica es aceptable, es decir, los deberes jurídicos de actuar pueden estar exigidos de forma muy estricta solamente cuando dicho proceder es necesario para controlar los riesgos anormalmente peligrosos⁴⁹⁸. A pesar de ello, los tribunales alemanes decidieron, por ejemplo, que el dueño de una lavadora puede escaparse con la responsabilidad por fuga de agua sólo si controlaba la lavadora en intervalos cortos (cada 5 minutos)⁴⁹⁹, el dueño de un supermercado tiene deber de asegurar que el suelo de éste está siendo

⁴⁹² Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, "Germany", *op. cit.*, pág. 172. Véase también Nils JANSEN, "The Development of Legal Doctrine in Europe", *op. cit.*, pág. 19, EL MISMO, "Developing Legal Doctrine", *The Development and Making of Legal Doctrine*, Nils JANSEN, Cambridge University Press, Cambridge, pág. 121, Christian VON BAR, *Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Heymann, Cologne, 1980, pp. 103 y 128, Helmut KOZIOL, "Bewegliches System und Gefährdungshaftung", *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz BYDLINSKI (ed.), Springer, Vienna, 1986, pág. 51 y Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 14 y 552.

⁴⁹³ Erich STEFFEN, "Haftung im Wandel", *ZVersWiss* núm. 82, 1993, pp. 15 y 18, EL MISMO, "Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit", *VersR*, 1980, pág. 410.

⁴⁹⁴ Nils JANSEN, "Developing Legal Doctrine", *op. cit.*, pág. 122.

⁴⁹⁵ Véase RGZ 78, 171, 172, BGHZ 55, 229, 232, Bundesgerichtshof, (1960), *NJW* 1345, 1346, (1975) *NJW*, 117, 118.

⁴⁹⁶ Bundesgerichtshof, (1989), *NJW* 2947. Cf también Karl LARENZ/Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol.II/2, *op. cit.*, pág. 613.

⁴⁹⁷ Nil JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pág. 19.

⁴⁹⁸ Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 20ª ed. Heymanns, München, 2004, n° 650b.

⁴⁹⁹ OLG Düsseldorf, (1975), *VersR* 159, OLG Hamm, (1984), *MDR* 668, OLG Karlsruhe (1992), *VersR* 114, OLG Hamm, (1995), *VersR* 457, LG Gießen, (1997), *VersR* 1023.

limpiado cada 10 o 15 minutos⁵⁰⁰, el dueño de una casa debería retirar la nieve del pavimento a las 6 de la mañana no siendo una excusa para no hacerlo el hecho de que dicho dueño estuviera en el hospital- si este fuera el caso el titular del deber jurídico de actuar debería asegurar su cumplimiento empleando a otra persona para que lo hiciera por él⁵⁰¹. Es evidente que estos casos no son susceptibles de ser catalogados dentro de la categoría de los supuestos que se caracterizan por ser anormalmente peligrosos. Es más, cabría preguntarse si son realmente supuestos que requieren de un trato más favorable en lo que a la situación de la víctima se refiere y, lo que conlleva, de formas más estrictas de la responsabilidad. ¿Justifica realmente el factor riesgo en estos casos la exigencia de un estándar de conducta tan exagerado que no sea posible de ser cumplido en la realidad? Casos parecidos a los aquí mencionados fueron escuchados también ante los tribunales españoles. El supuesto particular de las caídas en los establecimientos abiertos al público, donde el problema de los suelos deslizantes, tan frecuente en los supermercados, ha sido analizado en numerosas ocasiones, durante una época bastante larga fue tratado con similar rigor⁵⁰². Se extremaba el estándar de diligencia exigible hasta niveles que daban lugar a fórmulas absurdas por exacerbadas, tan típicas para la llamada doctrina del “agotamiento de diligencia”. Sin embargo, las sentencias más recientes de los tribunales se apartan de esta práctica señalando que lo que se exige en caso de los supuestos aquí comentados es una normal diligencia⁵⁰³.

Se puede señalar también, como otro ejemplo de la misma práctica de inflar el deber de cuidado exigible, la interpretación dada por los tribunales españoles a los preceptos 1º y 4º del art. 1908 del CC. Pues bien, en ambos casos, según la doctrina predominante⁵⁰⁴, se trata con la responsabilidad subjetiva, si bien ésta se presume. No obstante, como denuncian algunos autores, la negligencia en el cuidado o colocación de máquinas y sustancias a la que se refieren ambos supuestos puede encontrar una

⁵⁰⁰ OLG Köln, (1997) *VersR* 1113 y BGH, (1994), *NJW* 2617.

⁵⁰¹ BGH, (1970), *VersR* 182.

⁵⁰² Véase el capítulo III.2.

⁵⁰³ Véase, por ejemplo, F. 2 de la SAP de Vizcaya de 21-02-2001 (AC 2001, 285).

⁵⁰⁴ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13039, Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Law”, *op. cit.*, pág.189, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, 10ª ed., vol.2, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 521, Luís Díez PICAZO/Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, *El Contrato en General. La Relación Obligatoria: Contratos en especial; Cuasi Contratos; Enriquecimiento sin Causa; Responsabilidad Extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 632, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 550, Francisco SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 763, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1500.

aplicación más o menos estricta. Es significativo, en este sentido, que los tribunales enjuiciando casos objeto de este comentario hayan hecho uso en algunas ocasiones de la doctrina de agotamiento de diligencia, declarando que la producción de un daño demuestra la existencia de que algo había quedado por prever, o, en la aplicación de dicha doctrina a casos concretos, que la producción de un daño demuestra que la máquina no había sido bien cuidada o que el lugar no era ni seguro ni adecuado. En la práctica tal proceder implica la imposición de la responsabilidad objetiva⁵⁰⁵.

La práctica de elevar el estándar de diligencia exigible hasta, a veces, niveles a los que es imposible cumplir con éste tiene en España una aplicación también más generalizada. Así, existen decisiones en el periodo que abarca la segunda parte del siglo XX y primeros años del siglo XXI que ponen énfasis en el “rigor en la diligencia requerida según las circunstancias del caso, de manera que ha de ser extremada la prudencia precisa para evitar el daño⁵⁰⁶”. Tal doctrina viene acompañada por la idea de que “la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño”, con lo que muchas veces se llega a la conclusión de que la observancia de cuidado ha de equivaler al “agotamiento de diligencia”. Dicho “agotamiento de diligencia” hace imposible que el demandado se escape con la responsabilidad a través de la prueba de su diligencia, pues el mismo daño demuestra que ésta no se agotó⁵⁰⁷. Así se declara que “si las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela que algo falta en ellos para prevenir y que no se hallaba completa la diligencia⁵⁰⁸”. En muchos casos la exigencia del nivel más alto de diligencia exigible venía dada por la magnitud del riesgo que involucraba la actividad llevada a cabo por el demandado. Así, por ejemplo, en un caso de daños ocasionados a una paciente a la que se había aplicado una dosis de radioterapia superior a la debida, el Tribunal declaró que el demandado no había “probado el agotamiento de diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso⁵⁰⁹”, siendo esta falta de diligencia causa del grave resultado dañoso. La misma práctica que hace

⁵⁰⁵ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, op. cit., pág. 1500.

⁵⁰⁶ José Luís LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 450.

⁵⁰⁷ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 83.

⁵⁰⁸ Aplicada por primera vez a la insuficiencia de todo tipo de medidas en la STS de 20.06.1979 (RJ 1979, 2907). Véase María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 88.

⁵⁰⁹ STS de 01.12.1987 (RJ 1987, 9170).

que el nivel de diligencia exigible depende de la magnitud del riesgo involucrado en la actividad que desarrolla el causante del daño, en Inglaterra y los Estados Unidos llevó a la doctrina según la cuál todas las empresas que tratan con las sustancias peligrosas o potentes han de cumplir con el “estándar alto de cuidado (*high care*)”, “el estándar más alto de cuidado” (*highest care*) o “el máximo estándar de cuidado” (*utmost care*)⁵¹⁰. En dichos casos sucede con frecuencia que la responsabilidad por culpa se asemeja a la responsabilidad objetiva, convirtiéndose los lindes entre ambas en una frontera borrosa. Los tribunales tienden a exigir unos niveles de diligencia que son virtualmente imposibles de cumplir en todos estos casos en los que la justicia social impone una mejor distribución de los riesgos de accidentes característicos para la vida moderna. Tal proceder facilita el hecho de que la evaluación de diligencia se efectúa *ex post facto*. El posterior análisis del accidente del que se responsabiliza un juez hace siempre posible la revelación de las medidas de seguridad y precaución que, si adoptadas a tiempo por el demandado, habrían prevenido la producción del daño⁵¹¹.

También en la doctrina austriaca existen voces que sospechan que los tribunales austriacos introducen de forma encubierta la responsabilidad objetiva estirando los deberes jurídicos. No obstante, se señala al mismo tiempo que tal tesis es difícil de probar en realidad⁵¹².

La práctica alemana de imponer los incrementados deberes jurídicos de actuar y la doctrina de agotamiento de diligencia española, tienen sus antecedentes en el remoto pasado, pues hasta el siglo XVIII la responsabilidad por culpa englobaba no solamente su forma limitada al estrecho comportamiento genuinamente reprochable, sino también formas más estrictas de la responsabilidad. Me refiero aquí al concepto de *culpa levissima* aquiliana, conocido en muchos de los territorios europeos, aparte de Alemania y España⁵¹³, también en Francia (*fautes ... si légeres qu'elles puissent être*)⁵¹⁴ y Escocia (*smallest fault or neglect* o *slightest fault*)⁵¹⁵. De acuerdo con esta doctrina, se exigía que el causante del daño fuera “más diligente que diligente”⁵¹⁶; hecho que en la práctica

⁵¹⁰ John FLEMING, *The Law of Torts*, 8ª ed., LBC Information Services, Sydney, 1992, pp. 490 y ss.

⁵¹¹ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, pág. 650.

⁵¹² Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Austria”, *op. cit.*, pág. 14.

⁵¹³ Véase Jordán DE ASSO Y DEL RÍO/ Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, título XIX, capítulo III, §1, 5ª ed., Madrid, 1792, pág. 242.

⁵¹⁴ Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Desaint, Paris, 1777, parte I, libro II, título VIII, sect 4, § 1.

⁵¹⁵ Véase Hector MACQUEEN/W. David H. SELLAR, „Negligence“, en Kenneth REID/Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *A History of Private Law in Scotland*, vol. 2, *Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pág. 524.

⁵¹⁶ Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. The Roman Foundations of the Civilian Tradition*,

se traducía en que incluso las personas más cuidadosas no eran capaces de cumplir con el estándar de diligencia exigible⁵¹⁷, algunos autores se referirían con posterioridad a dicho concepto denominándolo “negligencia sin culpa”⁵¹⁸. Así, por ejemplo, según Jean DOMAT, el fuego no podría extenderse sino con la culpa del causante del daño⁵¹⁹. En Alemania, en cambio, se consideraba como *culpa livissima* soltar una taza de té por una persona asustada por un disparo⁵²⁰. En la misma época HEINECCIUS explicaba que solamente unos “consumados tacaños con miles de ojos” podrían ser lo suficientemente cuidadosos o, por describirlo de otra forma, sólo aquellos que “no pueden dormir tranquilamente antes de haber comprobado todos los pestillos y cerraduras con tal de asegurarse de que todo está cerrado”⁵²¹. El siglo XIX fue, sin embargo, testigo de una discusión doctrinal sobre la base de la regla tradicional de la responsabilidad objetiva presente en los conflictos de vecindad y la cuestión de cómo ésta podría ser conciliada con la máxima que “no hay responsabilidad sin culpa”. Esto trajo algunos cambios doctrinales, entre otros la abolición de la cuasi-objetiva responsabilidad por *culpa livissima* en toda Europa⁵²². Este fue el caso en Inglaterra⁵²³, España⁵²⁴, Italia y Alemania, donde este concepto fue prohibido en las codificaciones naturales. Los comentaristas han tachado esta decisión de una significativa restricción de la responsabilidad⁵²⁵. A partir de entonces, el principio rector fue el que exigía que el deber de cuidado no debería sobrepasar lo que uno puede esperar razonablemente de un causante de daño normal⁵²⁶. A dicha decisión se acogieron los tribunales españoles, no

Clarendon, Oxford University Press, New York, 1996, pág. 192.

⁵¹⁷ Nils JANSEN, “The Idea of Legal Responsibility”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 26, November, 2013, pág. 14.

⁵¹⁸ Albert A. EHRENZWEIG, *Negligence Without Fault*, University of California Press, 1951, reimpresso en 1966 en *California L Rev*, núm. 54, 1966, pp. 1422–1477.

⁵¹⁹ Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, *op. cit.*, parte I, libro II, título VIII, sección 4, §6.

⁵²⁰ Nicolaus Hieronymus H. GUNDLING, *Discourse über die sämtlichen Pandecten*, Frankfurt/Leipzig, 1748, libro IX, título II, §2.

⁵²¹ Johan Gottlieb HEINECCIUS, *Recitationes in Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Leeuwarden and Franeker, 1773, §786 citado por Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 7.

⁵²² Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 10.

⁵²³ David J. IBBETSON, “The Tort of Negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, en F.J.H. SCHRAGE (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Duncker&Humbolt, Berlin, 2001, pp. 48 y 59.

⁵²⁴ Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

⁵²⁵ Gustav Alexander BIELITZ, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, vol. 2, Erfurt, 1823, pág. 7. Carl Georg WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, vol. 2, Stuttgart, 1842, pp. 784 y ss y Franz Von ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, vol.3/1, Vienna und Trieste, 1812, §1298, n.11.

⁵²⁶ Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 10.

tanto así los alemanes. De ahí que, mientras en España los jueces declaraban que para reconocer culpa del demandado no era suficiente probar que éste no hizo sonar el silbato cuando el tren se acercaba a un paso a nivel y que el paso a nivel no estaba suficientemente protegido por cadenas o por la barrera⁵²⁷, violándose de esta manera la regulación, en Alemania los tribunales seguían resolviendo casos parecidos a favor de la víctima⁵²⁸. En consecuencia, las compañías de ferrocarriles fueron gravadas con diferentes deberes jurídicos de actuar que indicaban cómo garantizar la seguridad en los pasos a nivel⁵²⁹ y, en caso de que la imposición de la responsabilidad fuera difícilmente justificable, a los jueces no les temblaba la mano en inflar el deber de cuidado hasta niveles fácilmente catalogables como un absurdo doctrinal. Se declaraba que las compañías de ferrocarril eran culpables de los daños causados por las chispas producidas por los trenes en marcha a pesar de que el escape de dichas chispas era técnicamente inevitable. En este sentido, según el tribunal, conducir un tren se consideraba “... , desde el punto de vista civil, como una acción antijurídica que debería ser juzgada como negligente porque los daños causados eran previsibles”⁵³⁰. También en Inglaterra los jurados eran propicios a declarar la culpa de las compañías de ferrocarril incluso en caso de una prueba relativamente débil⁵³¹. Poco después, muchos de los países comenzaron a introducir nuevas reglas de la responsabilidad objetiva⁵³². La Ley de ferrocarriles alemana de 1838 (*Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen*) se considera pionera en este sentido⁵³³.

En cuanto a la valoración de este método de introducción de la responsabilidad objetiva, existen opiniones que otorgan a estas prácticas un valor positivo argumentando que el fin con el que se suele introducir la responsabilidad objetiva en las leyes especiales, y que consiste en la distribución del riesgo en casos en los que su creación amenaza al público en general, puede conseguirse también a través de la interpretación

⁵²⁷ Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *op. cit.*, pág. 191.

⁵²⁸ Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pág. 395 y ss. y 438 y ss.

⁵²⁹ Obergericht Braunschweig, 10 *SeuffA* 165, n. 165 (1856), Oberster Gerichtshof für Bayern, 35 *SeuffA* 38 y ss, n. 25 (1877). Se inclina en la dirección marcada por los tribunales españoles, sin embargo, OLG Celle, 15 *SeuffA* 36 y ss., n.26 (1861).

⁵³⁰ Oberappellationsgericht München, 14 *SeuffA*, 355 y ss, 358, n. 208 (1861). Similares decisiones están citadas por Regina OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Böhlau, Cologne, 1975, pp. 65 y ss. y en Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, *op. cit.*, pág. 367.

⁵³¹ David IBBETSON, “The Tort of Negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, *op. cit.*, pág. 253 y ss.

⁵³² Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 11.

⁵³³ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, „Germany“, *op. cit.*, pág. 147.

judicial de los casos no regulados por la Ley⁵³⁴. Entre los jueces europeos parece predominar el pragmatismo. De ahí que se admita que los instrumentos procesales estén siendo utilizados con propósitos para los que nunca han sido diseñados pero que este “abuso”, en opinión de la doctrina jurisprudencial europea, contribuye al desarrollo innovador de Derecho sin la necesidad de proceder en contra de la letra de la Ley⁵³⁵. En esta labor, sin embargo, los jueces se muestran reticentes a debatir las razones de política jurídica detrás de este proceso, especialmente cuando estos no encuentran cabida en el sistema doctrinal de Derecho⁵³⁶.

En la mayoría de los casos las prácticas descritas con anterioridad se encuentran con la crítica de la doctrina predominante. Dicho esto, mientras para los jueces lo esencial aparentemente era solucionar problemas de la forma más justa posible, incluso desde un punto de vista no jurídico, los estudiosos de Derecho parecían más preocupados por la la faceta sistemática y coherencia de Derecho⁵³⁷. Así, estaban quienes describieron los instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa como “formas ilegales de la responsabilidad objetiva” (*illegale Gefährdungstatbestände*)⁵³⁸. Según otros, sería más deseable reconocer la necesidad de introducir formas más estrictas de responsabilidad abiertamente en lugar de esconderla bajo el velo del concepto de la responsabilidad por culpa⁵³⁹. En Alemania existen voces que tachan la actividad de la jurisprudencia en las llamadas “zonas grises” entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva de irregularidad, y advierten que incluso si dicha actividad fuera menos aguda e intensa no quitaría validez a la crítica que denuncia que aquella lleva a la erosión del principio de culpa⁵⁴⁰. Otros autores argumentan que la responsabilidad objetiva debería estar separada intelectual y doctrinalmente de la responsabilidad por culpa⁵⁴¹. En la doctrina, por el contrario a lo que está pasando en la jurisprudencia, los autores suelen referirse a razones de política

⁵³⁴ Hein KÖTZ, *Deliktsrecht*, 8ª ed. Luchterhand, Neuwied, 1998, no. 264.

⁵³⁵ Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault.“, *The Development and Making of Legal Doctrine*, vol. 6, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág. 40.

⁵³⁶ Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault “, *op. cit.*, pág. 42.

⁵³⁷ Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault “, *op. cit.*, pág. 42.

⁵³⁸ Josef ESSER, „Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts“, *JZ*, 1953, pág. 129.

⁵³⁹ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *op. cit.*, pág. 172.

⁵⁴⁰ Michael WILL, *Quellen erhöhter Gefahr...*, *op. cit.*, pág. 67.

⁵⁴¹ Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2ª ed., Beck, München, 1969, EL MISMO, „Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts“, *op. cit.*, pp. 129 y ss. Así también Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, *op. cit.*, pp. 351 y ss. y 608 y ss.

jurídica, bien para descartar las prácticas descritas con anterioridad como ilegítimas desde el punto de vista del Derecho, bien para repensar sobre los existentes conceptos doctrinales, así como para abogar por nuevas soluciones tales como sistemas de indemnización sin culpa⁵⁴².

⁵⁴² Nils JANSEN, „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault“, *op. cit.*, pág. 42.

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA- CONCEPTO.

HACIA UN CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA- UN CONTINUO ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA RESPONSABILIDAD ABSOLUTA.

Como es bien sabido, el Código civil, aparte del principio general de la responsabilidad por culpa y los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva que se comentan más adelante, contiene varias normas que imponen la responsabilidad por culpa presunta o la responsabilidad con la inversión de la carga de la prueba. Así han sido interpretados por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia los supuestos regulados en los arts. 1903 y 1904⁵⁴³, 1908,1^{o544}, 1908, 4^{o545} y 1909⁵⁴⁶ del CC. Aparte

⁵⁴³ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1903”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13006, Josep SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del Principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Reus Madrid, 2012, pp. 45-49. Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Law”, *op. cit.*, pág. 188, Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 124, José Luis LACRUZ BERDEJO quien señala que la posibilidad de exoneración prevista en este artículo no pasa de ser más teórica que real. vide, *Elementos de Derecho civil*, t.II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito.*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 496.

⁵⁴⁴ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13039, Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Law”, *op. cit.*, pág.189, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, 10^a ed., vol.2, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 521, Luis Díez PICAZO/Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, *El Contrato en General. La Relación Obligatoria: Contratos en especial; Cuasi Contratos; Enriquecimiento sin Causa; Responsabilidad Extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 632, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 550, Francisco SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 763, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1500.

⁵⁴⁵ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13041, Natalia ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental: presente y futuro de su reparación, RDP, 2002, pág. 806, Jaime SANTOS BRIZ, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel ALBALADEJO (dir.), t. XXIV, ed. EDERSA, Madrid, 1984, pág. 634 y 635, Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Law”, *op. cit.*, pág. 189, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 550, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, 10^a ed., vol.2, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 521, Francisco SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 763, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1500.

⁵⁴⁶ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1909”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo BERCOVITZ

de estos casos codiciales, reveladores de la existencia de las formas más estrictas de la responsabilidad por culpa, el mismo principio general recogido en el art. 1902 CC, sujeto a una atrevida interpretación judicial, ha sufrido a partir del siglo XX una transformación radical en consecuencia de la cual éste extendió su pantalla a mutaciones que integran caracteres no solamente subjetivos sino también objetivos que desnaturalizan su faceta clásica. Se observa, por tanto, una clara relajación del criterio de la culpa⁵⁴⁷, resultado de la llamada “objetivación de la responsabilidad”. Pero vayamos parte por parte.

Primero cambia el concepto dogmático de la culpa, pues en algún momento en los principios del siglo XX el estándar subjetivo de conducta exigible empezó incitar voces críticas que alegaban que éste no podía seguir estando manejado por los tribunales y que la gente en el desarrollo de sus actividades cotidianas era capaz de cumplir con el estándar de conducta que debería estar aplicado en cada caso⁵⁴⁸. En consecuencia, las condiciones personales y capacidad del causante del daño perdían en importancia en el proceso de evaluación de la culpa. Se elevaba el estándar de *bonus pater familias* o del *reasonable man*; práctica que resultó en que cumplir con el estándar de diligencia exigible era ahora más difícil, es decir, era más fácil declarar la responsabilidad del demandado. En casos extremos la noción de culpa se mezclaba con el concepto de antijuridicidad⁵⁴⁹. Hoy en día todos los modernos sistemas jurídicos europeos, con excepción quizá de Austria⁵⁵⁰, adoptan la noción de la culpa objetiva que, entendida como un estándar de conducta objetiva al cual todos deben adaptarse,

RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13047, Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Law”, *op. cit.*, pág.189-190, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 322, Juan CADARSO PALAU, La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, Montecorvo, Madrid, 1976, p..166 y ss., Isabel SIERRA PÉREZ, “La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación”, *R. Der. Pat.*, núm. 3, 1993, pág. 114. Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1909”, Código Civil Comentado, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1506.

⁵⁴⁷ Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *Parte general*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 292.

⁵⁴⁸ Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 25.

⁵⁴⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europea de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 107.

⁵⁵⁰ De acuerdo con la opinión predominante, en Austria se aplica el estándar subjetivo de culpa a base del que se tiene en cuenta las capacidades personales del causante del daño. Helmut KOZIOL, “Fault under Austrian Law”, *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, The Hague/New York/London, 2005, pp. 15-16. Véase también EL MISMO, “Liability based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, núm.2, 1998 pp. 111- 128.

independientemente de sus capacidades individuales⁵⁵¹, es decir, el estándar que uno exigiría del buen padre de familia (*bonus pater familias*), se desliga como tal del clásico reproche culpabilístico⁵⁵².

Poco después se da un paso más en la “objetivación” de la responsabilidad por culpa y se exige no solamente que el demandado cumpla con el estándar de conducta objetivo y abstracto, sino se tiene en cuenta además las típicas capacidades del grupo profesional al que pertenece⁵⁵³. En consecuencia, cuando el potencial causante del daño es una persona calificada y el daño ocurre en el curso de su actividad profesional el estándar de cuidado que aplica no es ya éste de una persona razonable, sino un estándar más elevado que resulta de la actividad por el desarrollada y que puede estar esperado de una persona razonable y sensata que pertenece al grupo de profesionales del que se trata⁵⁵⁴. En España, entrado ya el siglo XX, este proceso se efectúa a través del recurso de la jurisprudencia al art. 1104 CC, sistemáticamente perteneciente a la esfera de los contratos, que pone acento en la “omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar”⁵⁵⁵. Así, se entiende, que la culpa deriva de “la omisión de la diligencia debida en la prestación de los servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso”⁵⁵⁶, habiendo de atenderse también, aparte de las circunstancias personales de tiempo y lugar, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta⁵⁵⁷.

En España la “objetivación” de la responsabilidad por culpa se materializa también en la doctrina según la cual cumplir con los reglamentos administrativos que vinculan al demandante no constituye prueba suficiente para su falta de culpa. Una de las primeras decisiones que lanza esta tendencia es la STS de 29 de julio de 1932 que versa sobre un accidente en el que los daños están causados por chispas de un tren que prenden fuego a una hierba seca. Según ésta:

⁵⁵¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 104.

⁵⁵² Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. II, *Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defenses*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pág. 262.

⁵⁵³ Konrad ZWIEGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, pág. 651.

⁵⁵⁴ Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *op. cit.*, pág. 202.

⁵⁵⁵ Luis DIEZ PICAZO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 831, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 449.

⁵⁵⁶ Véase, por ejemplo, SSTS de 23.03.1993 (RJ 1993, 2545) y 03.05.1997 (RJ 1997, 3668).

⁵⁵⁷ STS de 03.05.1997 (RJ 1997, 3668).

“Considerando que las Compañías de Ferrocarriles, cuando los accidentes o siniestros se producen, no pueden excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligados, conforme se resolvió en la sentencia de 13 de febrero de 1928, pues cuando la realidad se impone, demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido positivo resultado, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron a su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia.⁵⁵⁸”

Desde entonces es reiterada la jurisprudencia según la cuál la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Así, por ejemplo, declara la STS de 12 de febrero de 1981 que no basta con

“acreditar por el causante del daño que ha actuado con sujeción a las disposiciones reglamentarias afectantes al caso, porque cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelen la insuficiencia y que falta algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia⁵⁵⁹”

Esta doctrina integra elementos de la ya comentada aquí “teoría de agotamiento de la diligencia” desarrollada en la segunda parte del siglo XX por los tribunales españoles⁵⁶⁰.

Finalmente, la búsqueda de una justa distribución de daños en la era de desarrollo industrial y tecnológico no condujo al pleno rechazo de la responsabilidad

⁵⁵⁸ *Col. Leg.*, t. 204, Mayo y Junio, 1932, pág. 697.

⁵⁵⁹ Se trata con un caso de la responsabilidad por daños causados durante la explotación de cantera en una finca colindante por efecto de las voladuras STS de 12.02.1981 (RJ 1981, 530).

⁵⁶⁰ Véase la sección 2.2.2 del capítulo II referente a los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa.

por culpa y su sustitución por la responsabilidad objetiva⁵⁶¹. Esta última fue reclamada solamente en aquellos ámbitos en los que la responsabilidad por culpa se presentaba como insuficiente teniendo en cuenta determinados fines sociales⁵⁶². Por otra parte, los problemas que conlleva el romper con los dogmas clásicos, que en este caso supondría superar la máxima “no hay responsabilidad sin culpa”, llevaron a que la implementación de la responsabilidad objetiva se efectuase de forma progresiva y empezase, por lo general, con el uso jurisprudencial de distintos expedientes dirigidos a abrir camino a la responsabilidad por mera causación dentro de la responsabilidad subjetiva⁵⁶³. Es llamativo, pues, que la implementación de la responsabilidad objetiva en diferentes sectores de la vida socio-económica solía estar precedida por la doctrina jurisprudencial que al intentar ofrecer soluciones justas recurría a las herramientas que, aunque disponibles, no fueron precisamente diseñadas para estos fines⁵⁶⁴. Así, el concepto de culpa ha sufrido una transformación en el sentido de que su contenido se extendió a otros elementos adicionales. En consecuencia, en los supuestos en los que la víctima no gozaba de la protección que ofrece la responsabilidad objetiva, los jueces al evaluar la culpabilidad del autor del daño se mostraban satisfechos con la existencia de simples “polvos de culpa” con tal de que prosperase la reclamación⁵⁶⁵. En Alemania este fue el caso de la responsabilidad por ferrocarriles⁵⁶⁶ o de la responsabilidad por cables eléctricos⁵⁶⁷. En España los ejemplos que más destacan quizá son los de la responsabilidad por los accidentes de circulación⁵⁶⁸ y por los productos defectuosos⁵⁶⁹.

⁵⁶¹ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, *op. cit.*, pág. 828.

⁵⁶² Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *Parte general*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 292.

⁵⁶³ Miquel MARTÍN CASALS/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *op. cit.*, pp. 199-200.

⁵⁶⁴ Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 40.

⁵⁶⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre le futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, pág. 31.

⁵⁶⁶ Nils JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 11.

⁵⁶⁷ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, pág. 650.

⁵⁶⁸ Véase, por ejemplo, Fernando REGLERO CAMPOS/José BADILLO ARIAS, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 287-292. Así también, Miquel MARTÍN CASALS/Alber RUDA GONZÁLEZ, “Development of Legal Doctrine in Spanish Tort Law”, *op. cit.*, pág. 201 y Antonio BORREL MACIÁ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil: estudio del art. 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, pp. 31-32.

⁵⁶⁹ Véase, a este respecto, Pablo SALVADOR CODERCH/Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Evolución histórica de la responsabilidad civil del fabricante”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 50.

De hecho, también hoy en día, según lo mencionado con anterioridad⁵⁷⁰, la jurisprudencia alemana hace uso de los incrementados *Verkehrssicherungspflichten* en todos estos sectores en los que se echa en falta una regulación expresa de la responsabilidad objetiva⁵⁷¹. Se puede afirmar, sin embargo, que, en lo que a España por lo menos se refiere, el Tribunal Supremo no solamente se ocupó de suplir las deficiencias que derivan de una regulación tardía a través de la aplicación de los instrumentos paliativos de la responsabilidad por culpa en los sectores en los que, según su sentir, faltaba una regulación expresa de la responsabilidad objetiva, sino además, como bien señaló la doctrina, desarrolló una entera tesis hermenéutica. La principal finalidad de ésta era “desculpabilizar” el sistema de la responsabilidad civil. Esta tarea se llevaba a cabo mediante la interpretación de las reglas de la responsabilidad por culpa contenidas en el art. 1902 CC⁵⁷². El proceso empezó con la célebre sentencia de 1943⁵⁷³ y se encuentra ahora mismo en la fase de redefinición, pues la original “objetivación” de la responsabilidad llamada sólo para los casos excepcionales se convirtió con el paso de tiempo en un sistema general de responsabilidad por culpa objetivada o en una especie de comodín del que se abusaba constantemente. En consecuencia, la llamada “teoría basada en el riesgo” era aplicada sistemáticamente a cada caso⁵⁷⁴. En este sentido, se sitúa en esta época el comentario de uno de los juristas españoles, el cual denunció cómo la jurisprudencia pasó del sistema tradicional a un sistema de culpa probada, a un sistema de culpa presumida e inventada y, lo que conlleva, a un sistema de estricta causalidad dialéctica (no mecánica) que prescinde de la culpa como criterio único de imputación⁵⁷⁵. Crítica de esta práctica, lanzada por la doctrina, llevó finalmente a que el Tribunal Supremo cambiase su posicionamiento en esta materia. Hoy en día, se puede

⁵⁷⁰ Véase la sección 2.2.2 del capítulo III referente a “Instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa”.

⁵⁷¹ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *op. cit.*, pág. 172. Véase también NILS JANSEN, “The Development of Legal Doctrine in Europe”, *op. cit.*, pág. 19, EL MISMO, „Developing Legal Doctrine“, *The Development and Making of Legal Doctrine*, Nils JANSEN, Cambridge University Press, Cambridge, pág. 121, Christian VON BAR, *Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Heymann, Cologne, 1980, pp. 103 y 128, Helmut KOZIOL, “Bewegliches System und Gefährdungshaftung“, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz BYDLINSKI (ed.), Springer, Vienna, 1986, pág. 51 y Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 14 y 552.

⁵⁷² Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario a la STS de 29 de julio de 2010 (RJ 2010, 6946), CCJC núm. 87, septiembre/diciembre 2011, pág. 1396.

⁵⁷³ (RJ 1943, 856).

⁵⁷⁴ Véase, entre otros, Miquel MARTÍN CASALS, “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *op. cit.*, pág. 64.

⁵⁷⁵ Mariano MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, pág.

afirmar, el Alto Tribunal español es mucho más reticente en implementación de la teoría mencionada con anterioridad. Se observan signos de una nueva política de una aplicación más cautelosa, prudente y mejor pensada, sujeta a criterios específicos, el riesgo de considerable gravedad siendo uno de ellos. La más reciente jurisprudencia parece demostrar que en caso de que se trate con las actividades generadores de “riesgos considerablemente superiores a los estándares normales” aplican los instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa y, por el contrario, si la actividad no puede estar catalogada como la que genera estos riesgos especiales, se impone el régimen de la responsabilidad por culpa en su “versión pura”⁵⁷⁶. Así, parece que el Tribunal Supremo utiliza actualmente dichos atenuantes de la responsabilidad por culpa no solamente para anticipar la implementación de la responsabilidad objetiva, sino también “procurando corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado⁵⁷⁷” el art. 1902 y, en aplicarlos, lo hace “únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico⁵⁷⁸”. Cambia también el afán con el que se dictan las resoluciones, pasando éste del anterior principio *pro damnato*, omnipresente en las sentencias del siglo pasado, a la idea de que el sistema de la responsabilidad civil no ha sido creado para permitir que toda víctima en toda ocasión obtenga un resarcimiento de su daño⁵⁷⁹. Tanto es así que, como se ha señalado, al igual que antes de que la jurisprudencia cambiase sus pronunciamientos lo normal era que los jueces reconocieran una actividad de riesgo normal como si ésta fuera de riesgo incrementado, aplicando sin fundamento la presunción de culpa o la inversión de la carga de la prueba, hoy con mucha probabilidad pasaría lo contrario, es decir, que una actividad de riesgo incrementado recibiera el trato de una actividad de riesgo normal, impidiendo a la víctima beneficiarse de los efectos benefactores de la “objetivación” de la responsabilidad por culpa⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Actividades empresariales en sectores de riesgo”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos t. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1327 y ss. Así también Mariano MEDINA CRESPO, “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación.”, *XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias sobre responsabilidad civil y Derecho de circulación, Valencia, Noviembre 2013*, Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA/Diego ELUM MACÍAS (coord.), Sepin, Las Rozas, 2013, pág. 45.

⁵⁷⁷ STS de 2.03.2000 (RJ 2000, 1304).

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ Así lo envuelve en las palabras la magistrada Encarna ROCA TRÍAS. Véase “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *InDret* 4/2009, www.indret.com (fc: 13.02.2014).

⁵⁸⁰ Mariano MEDINA, CRESPO, “La responsabilidad en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, *op. cit.*, pág. 46.

Dicho esto, entre los mencionados atenuantes se puede mencionar la inversión de la carga de la prueba, presunción de la culpa, elevación del nivel de diligencia exigible, imposición de las obligaciones contractuales a los que no son partes del contrato, la doctrina del daño desproporcionado en España o *fault virtuelle* en Francia en el campo de la responsabilidad médica o la doctrina *res ipsa loquitur* en los países anglo-sajones⁵⁸¹. En casos excepcionales, las dificultades de la prueba en contrario harán casi imposible distinguir la responsabilidad por culpa de formas de la responsabilidad objetiva⁵⁸². Dado que la cuestión de la inversión de la carga de la prueba, presunción de la culpa y elevación del nivel de diligencia exigible ya fueron o serán objeto de comentario en otra parte de este trabajo⁵⁸³, en consiguiente se procederá con una breve descripción de los demás fenómenos.

En lo que a la extensión de las obligaciones contractuales a sujetos que no fueron parte contratante se refiere, dicha doctrina está en uso sobre todo en Austria y Alemania (llamada *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). En España tal práctica ha sido registrada solamente en el sector de la responsabilidad por productos defectuosos. Se puede afirmar, pues, que como regla general los tribunales no han recurrido a esta doctrina a lo largo de los últimos años⁵⁸⁴. Pues bien, el hecho de que la prueba de que el vendedor ignoraba que la cosa vendida tuviera defecto o vicio o de que el defecto procedía de su esfera de control es fácil de suministrar por éste alarmó tanto a la doctrina como a la jurisprudencia comparada y tuvo, como consecuencia, nacimiento de una doctrina según la cuál al comprador se le facilitaba una acción contra el fabricante a pesar de que el producto no le fue suministrado directamente por él. Dicha práctica, que como finalidad tenía extender la eficacia protectora del contrato más allá de las partes contratantes, tuvo acogida también en España, aunque ésta se merece más bien el adjetivo de tímida⁵⁸⁵. El Tribunal Supremo ha extendido los efectos del contrato a

⁵⁸¹ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, *op. cit.*, pág. 829. De forma parecida, Iñigo NAVARRO MENDIZÁBAL/Abel VEIGA COPO, *Derecho de daños*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 271-274. En la literatura extranjera, Vernon PALMER, “A General Theory of the Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law”, *Tul. L. Rev.*, núm. 62, 1988, pág. 1304.

⁵⁸² Miquel MARTÍN CASALS/ Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, *op. cit.*, pág. 829, Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 649-652, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

⁵⁸³ Para la inversión de la carga de la prueba y presunción de la culpa véase la sección 1 del capítulo III referente a “Nociones procesales”. Para la elevación del nivel de diligencia exigible véase la sección 2.2.2 del capítulo II de este trabajo.

⁵⁸⁴ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIÚ, “Spain”, *op. cit.*, pág. 288.

⁵⁸⁵ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del*

sujetos que no fueron parte del mismo, declarando al vendedor responsable vía contractual sólo en algunas ocasiones⁵⁸⁶. En otras se mostró definitivamente contrario a esta práctica⁵⁸⁷. En Alemania doctrina esta tiene aplicación en casos de los supuestos relacionados con los contratos de arrendamientos, cuando, por ejemplo, los miembros de la familia o los visitantes del arrendatario sufren daños a causa de defecto de una parte del edificio⁵⁸⁸, o en caso de producción y venta de bienes y trabajos, cuando, a modo de ejemplo, un empleado está lesionado por el material vendido⁵⁸⁹ al empleador o en caso de una construcción defectuosa, construida para el empleador por el demandado⁵⁹⁰. Esta práctica coadyuva a resolver problemas de diferente índole, como por ejemplo, la protección limitada que el Derecho de daños alemán otorga a las víctimas en caso de los daños puramente económicos, pero de su aplicación no deriva imposición de la responsabilidad objetiva dado que las reglas contractuales se rigen por el principio de la culpa⁵⁹¹. No obstante, en Austria, este estándar subjetivo se extrema en determinados casos invirtiendo la carga de la prueba de la culpa del deudor que no cumple con su obligación contractual. Esta aseveración de la responsabilidad surte efecto también frente a los terceros a los que se extiende los efectos del contrato⁵⁹².

La mencionada doctrina del daño desproporcionado, aplicada en España con tanta frecuencia en el ámbito de la responsabilidad médica, al igual que la inversión de la carga de la prueba y la presunción, tiene como propósito facilitar la prueba de la culpabilidad del autor del daño⁵⁹³. Así, el mecanismo lógico que comporta dicha doctrina consiste en deducir la concurrencia de la culpa del causante del daño del resultado producido o, por describirlo con más precisión, de la anormalidad de ese resultado⁵⁹⁴. La primera⁵⁹⁵ en remitirse a esta doctrina es la STS de 2 de diciembre de 1996 que la recoge en la siguiente manera:

fabricante y del prestador de servicios, Reus, Madrid, 2011, pp. 72-73.

⁵⁸⁶ Véase, por ejemplo, STS de 29.12. 1978, *Col. Leg.* 447 o STS de 23.05.1991 (RJ 1991, 3784).

⁵⁸⁷ STS de 14.11.1984 (RJ 1984, 5554) y STS de 22.05.2001 (RJ 2001, 6467).

⁵⁸⁸ BGHZ 49, 350 (353); BGH en [1965] NJW, 1757 (1758).

⁵⁸⁹ BGH en [1959], *VersR*, 645 (646).

⁵⁹⁰ BGHZ 33, 247 (248) y BGH en [1983] *VersR*, 891 (892).

⁵⁹¹ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *op. cit.*, pág. 151.

⁵⁹² Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Austria”, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁵⁹³ Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA- ALCALÁ, *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 122.

⁵⁹⁴ Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico- sanitario”, *CCJC*, vol. 51, núm. 4, 1998, pág. 1750. De forma parecida, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “Comentario a la STS de 31 de enero de 1990” (la designación de la sentencia es errónea, porque en realidad se trata con la STS de 12 de febrero de 1990), *CCJC*, núm. 22, 1990, pág. 287.

⁵⁹⁵ Así Álvaro LUNA YERGA, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, de 29-11-2002”, Working Paper núm. 141, pág. 6 www.InDret.com (fc: 12.02.2014) y *La prueba*

“...no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización⁵⁹⁶”.

En este sentido se ha puesto de manifiesto que la “desproporción del daño” no significa que el daño producido ha de ser grave, significativo o catastrófico, sino que el resultado de la intervención médica ha de ser anormal si lo comparamos con lo usual⁵⁹⁷. La producción de un daño grave, llamativo o extraordinario puede indicar que se trata con una actividad intrínsecamente peligrosa pero no que el facultativo hubiera sido negligente⁵⁹⁸. No obstante, en la práctica jurisprudencial la gravedad del daño influye en el sentido de que en los supuestos de daño grave que además se caracterizan por la falta de una exhaustiva explicación fáctica la acogida de la doctrina del daño desproporcionado es menos cuestionada⁵⁹⁹. Este será el caso sobre todo de los supuestos en los que la víctima fallece⁶⁰⁰.

Comentada aquí doctrina del daño desproporcionado, según lo mencionado con anterioridad, tiene sus homólogos también en otros sistemas jurídicos, de entorno más o menos cercano. La STS de 15 de septiembre de 2003 da cuenta de todos ellos:

de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pág. 186.

⁵⁹⁶ (RJ 1996, 8938).

⁵⁹⁷ Así lo entienden Luís Díez PICAZO, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ/Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 109, Julio Cesar GALÁN CORTÉS, “Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004”, CCJC, núm. 68, 2005, pp. 841-842, Álvaro LUNA YERGA, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, de 29-11-2002”, Working Paper núm. 141, pág. 6, EL MISMO, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad.*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pág. 188.

⁵⁹⁸ Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad.*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 194-195, EL MISMO, “El comentario a la STS de 31 de enero de 2003”, CCJC, núm. 62, 2003, pp. 666 y ss.

⁵⁹⁹ Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 121.

⁶⁰⁰ Este fue el caso por ejemplo de la SAP de Toledo de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 45651).

“Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, Sentencias de 29 de junio de 1999 (RJ 1999, 4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8173), 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003 (RJ 2003, 931), entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: “corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la «faute virtuelle» (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto⁶⁰¹”.

Una de las más extendidas definiciones de la *faute virtuelle* describe este fenómeno de la siguiente manera: en presencia de un daño que parece demasiado anormal con relación a lo que podía considerarse, teniendo en cuenta el tratamiento emprendido, el Juez estima que la existencia de ese daño no es posible sino como consecuencia de una culpa cometida por el médico⁶⁰². En Alemania, según se señaló, facilita la prueba de la culpa del demandado, sin desvirtuar la carga de la prueba de ésta, la doctrina de “*Anscheinsbeweis*” o “*prima-facie-Beweis*”. Gracias a ella la víctima que no es capaz de suministrar la prueba directa de la culpa del demandado puede ver satisfecha su reclamación si prueba otros hechos que, según las reglas de experiencia de cómo suceden normalmente las cosas, justifican la conclusión de que el eventual causante del daño no cumplió con el estándar de diligencia exigible. La doctrina extranjera proporciona como uno de los ejemplos que refleja este razonamiento el de un motorista que en las normales condiciones atmosféricas pasa al carril opuesto y

⁶⁰¹ STS de 15.09.2003 (RJ 2003, 6418). En la doctrina así, por ejemplo, Íñigo A. NAVARRO MENDIZÁBAL/Abel B. VEIGA COPO, *Derecho de daños*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2013, pág. 274.

⁶⁰² Gérard MEMETEAU, *La Droit Medical*, Litec, Toulouse, 1985, pág. 465 y Jean PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992, pág. 42. Véase también Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pág. 200.

colisiona con el coche que se aproxima. Lo primero que se nos ocurre en estas circunstancias es que el motorista no condujo de forma adecuada. Según la jurisprudencia alemana, la aplicación de la doctrina no comportará la inversión de la carga de la prueba, es decir, el demandado no estará obligado a proporcionar la prueba en contrario para demostrar que actuó con diligencia. No obstante, si quiere liberarse de la responsabilidad ha de probar que hubo algo atípico o extraordinario en la situación, algo que explicase una versión alternativa de acontecimientos, por ejemplo, que la superficie de la carretera era cubierta de hielo o que soplaba un fuerte viento lateral. Si no lo consigue, el juez puede declarar probada su culpa al tener en cuenta que ésta interviene normalmente en los supuestos como el enjuiciado⁶⁰³.

Finalmente, en virtud de la anglosajona *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) el mero hecho de que ocurran ciertas cosas evidencia falta de diligencia por parte de la persona implicada, a pesar de que falta la prueba adicional de su culpa. Primero en establecer la doctrina mencionada con anterioridad fue el precedente *Byrne v. Boadle*⁶⁰⁴. El supuesto versa sobre un accidente en el que un peatón sufre daño en su brazo al caerse sobre él de la ventana de la tienda del demandado por debajo de la que está pasando un barril de harina. En el caso faltan pruebas para la culpa del titular de la tienda. No obstante, el *English Exchequer Court* confirma el veredicto del jurado favorable para la víctima declarando que existen casos en los que, teniendo en cuenta la común experiencia, es tan probable que determinados hechos sean el resultado de la negligencia del actor que la víctima que sufre el daño está exonerada de la usual carga de producción, es decir, de suministrar pruebas físicas, testimoniales u otras que permitiesen establecer la responsabilidad del demandado. En lo que al supuesto particular se refiere, se llega a la conclusión de que los barriles de harina no suelen caerse por la ventana de una tienda ubicada en la segunda planta de un edificio a no ser que alguien en la tienda no actúe con cuidado. En consecuencia, el jurado se vio autorizado a presumir la culpa de Boadle⁶⁰⁵. Los precedentes que suceden a *Byrne v. Boadle* desarrollan la doctrina, exigiéndose, en consiguiente, para su aplicación la concurrencia de determinadas circunstancias, pues es evidente que solamente ciertas

⁶⁰³ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law, op. cit.*, pp. 651-652. Según el esquema de la carga de la prueba escogido en este trabajo se trataría con la inversión de la carga de la prueba a través de una presunción *sensu stricto*. Sería, sin embargo, solamente una inversión parcial ya que el demandado no se ve totalmente exonerado de la carga de probar, sino se le facilita la prueba de un hecho más fácil de producir. Véase la sección 1.6 del capítulo III.

⁶⁰⁴ *Byrne v. Boadle, (1863) 159 Eng. Rep. 299 (Exch.)*.

⁶⁰⁵ John C. P. GOLDBERG/Benjamin C. ZIPURSKY, *Torts. The Oxford Introduction to U.S. Law*, Oxford University Press, New York, 2010, pág. 152.

situaciones especiales pueden permitir establecer la culpa del demandado sin la suficiente prueba de su actuación negligente. Así, se erige a rango de tres requisitos principales, los siguientes: 1. Que el evento que causó el daño al demandado sea de este tipo de eventos que no tienden a ocurrir sino con falta de cuidado, 2. El carácter instrumental de la lesión; se exige que el demandado esté en el control exclusivo de la actividad causante de daño en el momento en el que éste se produce, y, finalmente 3. El daño no puede producirse con la activa participación o culpa de la víctima⁶⁰⁶.

Se puede afirmar que estos supuestos integran “zonas grises” entre la forma pura de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por simple causación de daños, es decir, la responsabilidad absoluta⁶⁰⁷. Dentro de las mismas zonas habría que situar también la responsabilidad objetiva, pues, como señaló en su día una parte de la doctrina⁶⁰⁸, la responsabilidad objetiva no es un concepto absoluto que atienda exclusivamente a esta noción negativa, sino que abarca un abanico de tipos distintos de responsabilidad que, teniendo en común un elemento (la no exigencia de culpa en la conducta del sujeto eventualmente responsable), se diferencian de los demás en lo que a otros elementos se refiere. Por tanto, la responsabilidad sin culpa se convierte en el centro de gravedad alrededor del cual orbitan diferentes tipos de ésta que aunque presentan ciertas diferencias pertenecen a la misma categoría. Es por ello que se describe la responsabilidad objetiva como un fenómeno universal que puede materializarse en diferentes formas: pura, y otras con caracteres híbridos⁶⁰⁹.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, el actual estado de Derecho demuestra que no existe una clara línea de demarcación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva⁶¹⁰. La distinción entre una y otra es conveniente únicamente a efectos de clasificación y exposición⁶¹¹. En consecuencia, no existen dos únicas alternativas: la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa, sino un

⁶⁰⁶ John C. P. GOLDBERG/Benjamin C. ZIPURSKY, *Torts. The Oxford Introduction to U.S. Law*, Oxford University Press, New York, 2010, pág. 153.

⁶⁰⁷ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, op. cit., pág. 828.

⁶⁰⁸ Véase, entre otros, Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2013, pág. 306.

⁶⁰⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *Parte general*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 292.

⁶¹⁰ Véase, entre otros, Ernst VON CAEMMERER, „Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht“, *RebelsZ*, 1978, pp. 5-27, especialmente 12 y ss.

⁶¹¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 143. W.V.H. ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 101.

conjunto de alternativas⁶¹². Tal *status quo* podría describirse como un *continuum* que, en un polo, empieza con las reglas tradicionales de la responsabilidad por culpa, que se extienden a través de las mutaciones de ésta creadas por la jurisprudencia o expresamente establecidas por el legislador y reglas de la responsabilidad objetiva con variantes hacia la responsabilidad absoluta, que culmina este *continuum* en el otro polo⁶¹³. El elemento de peligrosidad juega en esta situación un papel central⁶¹⁴. De ahí que la peligrosidad de una actividad pueda revestir diferentes grados de intensidad y el fundamento de la responsabilidad correspondiente pueda variar en función de grado de esta peligrosidad⁶¹⁵. Así las cosas, con la elevación del grado de riesgo la culpa como requisito de la responsabilidad está siendo gradualmente reemplazada por otros elementos. De esta manera se llega a la responsabilidad objetiva en su sentido más estricto. Pero con esto no acaba el papel del riesgo. De la peligrosidad de la actividad, pues, dependen también las posibles causas de exoneración de la responsabilidad objetiva. Dicho de otra manera, la evaluación del comportamiento del causante del daño pierde gradualmente relevancia cuanto mayor es el riesgo que entraña la actividad. En consecuencia, si el grado de peligrosidad es mayor de lo normal, pero a la vez no es particularmente elevado- caso de las zonas grises cercanas a la responsabilidad por culpa, el eventual causante del daño puede liberarse de la responsabilidad demostrando que cumplió con el deber de cuidado medido de forma objetiva (presunción de culpa o inversión de la carga de la prueba). El por qué de imponer (o negar) la responsabilidad en estos casos se encuentra en, por una parte, el comportamiento objetivamente injusto y, por otra, en la peligrosidad de la situación, que sustituye el componente subjetivo de la culpa. El grado de peligrosidad puede ser todavía más elevado, en cuyo caso el

⁶¹² Fernando REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, *Parte general*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 292.

⁶¹³ Así Miquel MARTÍN CASALS/ Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, *op. cit.*, pág. 829. Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, pág. 649, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil, *op. cit.*, pág. 143, W.V. H. ROGERS, “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London /New York, 2002, pág. 101, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág.424, Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 264-265, Peter CANE, “Fault and Strict Liability for Harm in Tort Law”, *The Search for Principle: Essays in honour of Lord Goff of Chieveley*, Gareth JONES/ William SWADLING (ed.), Oxford University Press, United Kingdom, 1999, pág. 172.

⁶¹⁴ Bernhard A. KOCH, “The Work of European Group on Tort Law- The Case of Strict Liability”, Working Paper núm 129, *InDret* 2/2003, pág.7.

⁶¹⁵ Pierre WIDMER, La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens, disponible en http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268675_pwidmer.pdf, (fc: 01.02.2014), pág. 4.

causante del daño tendrá que probar que actuó con mayor cuidado. Se exige en estos supuestos que el estándar objetivo de conducta sea más estricto. Finalmente, en caso de la responsabilidad objetiva las normas que regulan los supuestos que destacan por su extrema peligrosidad permiten al causante del daño liberarse de la responsabilidad en el único caso de fuerza mayor o, más incluso, existen supuestos en los que no cabe defensa ninguna; situación que se observa actualmente en varios países en materia de los daños causados por energía nuclear⁶¹⁶. Este concepto, característico para los llamados “sistemas móviles o flexibles”, ha sido desarrollado en su tiempo por el civilista austriaco Walter WILBURG de Graz⁶¹⁷ y ha sido adoptado por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW en sus Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil⁶¹⁸.

A este efecto, los PETL colocan diferentes fundamentos de la responsabilidad en una cadena en cuyos diferentes puntos coinciden varias modalidades de la responsabilidad por culpa y otros tantos de la responsabilidad objetiva. La relación entre ambos tipos de la responsabilidad, la basada en la culpa y la objetiva, es dialéctica, es decir, la segunda empieza y se justifica sólo a partir del punto en el que la primera no es capaz de otorgar una compensación social y económicamente adecuada del daño⁶¹⁹. En el inicio de esta cadena se sitúa la noción subjetiva de la culpa [art. 4:102 (2) PETL], admitida por el Grupo para casos excepcionales⁶²⁰, si bien los Principios siguen un concepto de culpa aceptada por la mayoría de Ordenamientos europeos, es decir, una

⁶¹⁶ Bernhard A. KOCH, “The Work of the European Group on Tort Law- The Case of Strict Liability”, *InDret* 2/2003, pp. 7-8.

⁶¹⁷ Pierre WIDMER, “La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens”, *op. cit.*, pág. 5.

⁶¹⁸ Sobre la influencia de este modelo sobre los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil véase Bernhard KOCH, Die „Grundsätze des Europäischen Deliktsrechts“, en Bénédicte WINIGER (ed.), *La responsabilité civile européenne de demain – Projets de révision nationaux et principes européens*, Colloque international à l'Université de Genève, Genève, 2008, pág. 209, Helmut KOZIOL, Die grossen Züge des österreichischen Entwurfs - Dargestellt anhand der Regelungen betreffend die geschützten Interessen, die Kausalität, die Sorgfaltswidrigkeit und das Verschulden, *Europäisches Haftungsrecht morgen*, Genève, 2008, pp. 3-24, EL MISMO, „Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung“, *JBl* núm. 120, 1998, pp. 619 y ss

⁶¹⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 111.

⁶²⁰ El Grupo consideró que en algunas ocasiones sería injusto aplicar el estándar de la culpa objetiva sin mitigarlo teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales como la edad del causante del daño o alguna discapacidad física o psíquica. Dicha enumeración no es exhaustiva. La excepción del art. 4:102 PETL puede operar en otras ocasiones que lo justifican. El ejemplo más debatido, no sin controversia, en el seno de los trabajos del Grupo fue el de un joven médico residente que, después de haber sido obligado a trabajar en el hospital durante más de sesenta horas sin ninguna interrupción larga, de camino a casa se encuentra con un accidente de tráfico, proporciona primeros auxilios a las víctimas y, como consecuencia de su gran cansancio, comete un error que causa daños adicionales a la persona a que ayuda. Véase EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de daños*, *op. cit.*, pp. 119-121.

noción de culpa objetiva [art. 4:102 (1) PETL]⁶²¹. El estándar de diligencia exigible puede variar dependiendo de las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, es más alto en caso de los especialistas, como el de cirugía estética o médico generalista⁶²² y depende, entre otros, de la peligrosidad de la actividad de que se trate- con el incremento del riesgo incrementa el estándar de diligencia [art. 4:102 (1) PETL]⁶²³. Moviéndonos más por la cadena, en algún punto intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva se encuentran casos de la responsabilidad con la inversión de la carga de la prueba (sección 2), regulados por los Principios en el capítulo 4 referente a la responsabilidad por culpa. Pues bien, se podía cuestionar esta solución dada, muchas veces, la naturaleza cuasi-objetiva de estas responsabilidades. De hecho, los trabajos que procedieron la elaboración de los Principios que incluían el Proyecto sobre la responsabilidad objetiva demuestran que en esta fase se abarcó no solamente este tipo de responsabilidad (responsabilidad objetiva), sino también todas las desviaciones del general principio de la responsabilidad por culpa⁶²⁴. No obstante, el Grupo consideró que el factor que conecta la responsabilidad con la inversión de la carga de la prueba con la responsabilidad por culpa es precisamente la conducta inapropiada⁶²⁵. El causante del daño puede exonerarse probando que cumplió con el estándar de diligencia exigible. La sección mencionada con anterioridad introduce dos supuestos de este tipo- un principio general que aplica en casos de las actividades con el riesgo de gravedad intermedia o incrementado (art. 4:201 PETL) y la regulación de la responsabilidad de la empresa (art. 4:202 PETL), inspirada en la idea del “brazo alargado”. Según ésta el empresario extiende su esfera de influencia y de riesgo a través del uso de empleados y maquinaria. Se trata aquí de un “riesgo organizativo”, abstracto, que justifica la indemnización del daño con el beneficio. La inversión de la carga de la prueba de la culpa aplica solamente si el daño ha sido causado por el defecto de la empresa; defecto que crea un riesgo concreto⁶²⁶. El Grupo configuró también como un

⁶²¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 104.

⁶²² EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 116.

⁶²³ Véase también el comentario a dicho artículo en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 117.

⁶²⁴ Bernhard KOCH, “The Work of the European Group on Tort Law- the Case of Strict Liability”, *InDret* 2/2003, pág. 6.

⁶²⁵ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 106.

⁶²⁶ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pp. 132 y 134-142.

caso de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba los supuestos de la responsabilidad por los menores o por los discapacitados psíquicos (art. 6:101 PETL) que, dado que reúnen características particulares, han sido incluidos en un capítulo aparte (capítulo 6) creándose de esta manera una categoría especial- “responsabilidad por otros”. La particularidad de esta categoría reside en que el hecho de que el que está a cargo de un menor o incapacitado responde por culpa con la inversión de la carga de la prueba no significa que dicha responsabilidad puede desvincularse del comportamiento del menor o del incapacitado, pues si estas personas han cumplido con el estándar de diligencia exigible las sujetos a cuyo cargo se encuentran no responden según el art. 6:101 PETL⁶²⁷. El fundamento de ambos supuestos de la responsabilidad, tanto de la por los menores, como de la por los incapaces, se basa en el riesgo que éstos grupos presentan para la sociedad en el conjunto. Se decide a la vez, que la carga que se impone sobre los padres, en el primer de los casos, y sobre las personas a cargo de los incapaces, en el segundo, no debe ser demasiado pesada dado que, al fin y al cabo, los niños son un beneficio para todos, y los que cuidan a los incapaces lo hacen en beneficio de la sociedad en su conjunto, difícilmente sacando algún provecho de esta actividad⁶²⁸. Se señala también que el deber de diligencia que pesa sobre la persona que se hace cargo de un enfermo mental puede ser más alto que en caso de otro incapaz dado que el peligro en aquel caso puede ser mayor⁶²⁹. Según el enfoque escogido por los PETL el hecho de que se trate en caso de los menores con una fuente de peligro hace posible equiparar la responsabilidad de los padres a la responsabilidad de los poseedores de animales y a la de quienes tienen a su cargo instalaciones peligrosas⁶³⁰. Avanzando ya en la esfera perteneciente a la responsabilidad objetiva, nos encontraremos con la responsabilidad por los auxiliares que se puede describir como una responsabilidad sin culpa del principal con pocas (o ninguna) causas de exoneración (art. 6:102 fue desplazado al capítulo 6 sobre la responsabilidad por otros). Dicho precepto requiere, al igual que el art. 6:101, la culpa

⁶²⁷ Miquel MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 505-506.

⁶²⁸ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 158.

⁶²⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 160.

⁶³⁰ Miquel MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL”, *op. cit.*, pág. 500. Parece crítico de tal solución Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario a la STS de 29 de julio de 2010 (RJ2010, 6946)”, *op. cit.*, pág. 1398. En la literatura de Derecho comparada a favor de tal comparación Pierre WIDMER, “La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens”, *op. cit.*, pág. 6.

del auxiliar, tratándose con un supuesto de la responsabilidad vicaria ya que es uno de los supuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno y no un supuesto de la responsabilidad objetiva⁶³¹. También aquí la responsabilidad se basa en el riesgo creado por la actividad personal o empresarial. Más severa que en caso de la responsabilidad por los menores y discapacitados forma de la responsabilidad está justificada por el lucro que el principal obtiene de la actividad que desarrolla⁶³². Finalmente tenemos los supuestos de la responsabilidad objetiva por las actividades que no son anormalmente peligrosas, reguladas por las leyes nacionales (art. 5:102 PETL), cuyo puesto en el eslabón dependerá del alcance de las causas de exoneración, y, finalmente, con los excepcionales casos de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas (art. 5:101) que, incluso en este extremo de la cadena no constituyen una categoría homogénea dadas sus diferentes matizaciones resultantes de la eventual aplicación de las causas de exoneración⁶³³. Dicha aplicación dependerá del factor riesgo, en el sentido de que cuánto más alto sea el riesgo que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva, más improbable será que una de las influencias externas definidas en el art. 7:102 PETL (fuerza mayor, conducta de un tercero) puedan tener fuerza liberatoria⁶³⁴.

Contrasta con la solución escogida por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW en los PETL la que se ve reflejada en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) de STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. Este último grupo optó por una aproximación dogmática que marca una clara línea de demarcación entre la responsabilidad por culpa (sección 1ª del capítulo 3) y la responsabilidad sin dolo o negligencia (sección 2 del mismo capítulo)⁶³⁵. Tal enfoque puede parecer sorprendente si tenemos en cuenta las opiniones de los civilistas de Derecho comparado más destacados de nuestros tiempos. Según estos, la dicotómica distinción entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva es anticuada. Se señala que hoy en día los legisladores y los tribunales buscan un justo equilibrio mezclando los

⁶³¹ Miquel MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 512.

⁶³² EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 158.

⁶³³ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁶³⁴ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 175.

⁶³⁵ Esta es la denominación que utiliza el DCFR. Así Pierre WIDMER, “La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens”, *op. cit.*, pág.5.

elementos de los dos títulos de la imputación subjetiva, de vez en cuando “tuneando” esta mezcla con la inversión de la carga de la prueba. Por tanto, no existen dos vías: responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, sino una ancha carretera con varios carriles que contiene mezclas de ambos elementos. La teórica distinción entre negligencia y responsabilidad objetiva no puede estar mantenida y la clara distinción entre ambos conceptos no es ni útil, ni factible. Las viejas, rígidas estructuras de los siglos XIX y XX (culpa y riesgo)- antes oponentes, hoy necesitan cooperar para conseguir resultados adecuados para el siglo XXI⁶³⁶.

1. Nociones procesales.

1.1 La nueva regulación de la carga de la prueba en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

El 8 de enero de 2000 entró en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 cuya disposición derogatoria 2.1º derogó expresamente, hasta entonces el único vigente en la materia de la carga de la prueba, el art. 1214 del Código Civil. Objeto de severas críticas de parte de la doctrina procesalista y herencia de las antiguas reglas romanas, el art. 1214 invocaba:

“Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la extinción al que la opone”.

Con la siguiente motivación:

“las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes⁶³⁷. Y son asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado el interés

⁶³⁶ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 264-265.

⁶³⁷ Bastardilla de la autora.

público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos⁶³⁸,

la regulación referente al *onus probandi* ha sido finalmente trasladada de su anterior ubicación en el Código Civil para formar parte integral de las normas de carácter procesal, contribuyendo, de esta forma, en la resolución de la larga polémica en torno a la naturaleza de las reglas de la carga de la prueba⁶³⁹. Hasta entonces, mientras una gran parte de la doctrina española se pronunciaba a favor del carácter procesal de éstas, un sector minoritario seguía defendiendo su carácter eminentemente sustantivo. Según este último, el carácter material de las normas de la carga de la prueba encontraba su razón de ser en la ya mencionada ubicación de éstas en el Código Civil y en el hecho de que la norma adquiriría sentido en cuanto se ponía en conexión con los hechos concretos a los que se refería⁶⁴⁰. La entrada en vigor de la LEC 1/2000 puso el punto sobre la “i” en la discusión. A partir de entonces la doctrina parece reconocer de forma unánime el carácter meramente procesal de las reglas del *onus probandi*.

La redacción del artículo 217 de la LEC refleja el ya existente “estado de cuestión” en la materia de la carga de la prueba, fruto del desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial⁶⁴¹. Según éste:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

⁶³⁸ Exposición de motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, pág. 15278 y BOE núm. 180, de 28-07-2001, pág. 27746).

⁶³⁹ Acerca del tema, véase Vincente HERCÉ QUEMADA, “La carga de la prueba”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962, pp. 8 y ss.

⁶⁴⁰ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 100.

⁶⁴¹ Véase al respecto Tomás LÓPEZ FRAGOSO, “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, año XI de 24 de mayo de 2001, pág. 2 y STS de 23.11.1999 (RJ 1999, 9049), STS de 13.10.1998 (RJ 1998,8253), STS de 28.07.1997 (RJ 1997,5954), STS de 08.03.1996 (RJ 1996,1936), STS de 18.05.1988 (RJ 1988,4314) y STS de 17.10.1981 (RJ 1981,3740) entre otras.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁶⁴².

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes⁶⁴³.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio⁶⁴⁴.

Más innovadora y completa, la nueva redacción de la carga de la prueba suscitó, sin embargo, varias dudas interpretativas acerca de su aplicación fáctica; reparos estos que se expondrán enseguida.

Como puntos de mayor desacuerdo se señalan, sobre todo, los relativos a las siguientes cuestiones:

1. Concepto dogmático de la llamada regla de juicio, especialmente en lo que se refiere a las denominadas vertientes subjetiva y objetiva de la carga de la prueba,
2. La cualificación de un hecho como “hecho incierto o dudoso”, siendo éste la condición única e imprescindible para la aplicación de la regla de juicio.

⁶⁴² Este apartado ha sido añadido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

⁶⁴³ Este apartado pasa a ser el apartado 6 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)

⁶⁴⁴ Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

3. Umbral de incertidumbre o grado de duda exigido para la aplicación de la regla de juicio.
4. Carácter (material o procesal) de las reglas de la carga de la prueba, trascendente a la hora de analizar sus eventuales modificaciones, de forma coloquial llamadas también “inversiones de la carga de la prueba”.
5. Delimitación conceptual entre los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, recogidos por la doctrina procesalista bajo un denominador común “mecanismo flexibilizador de la rigidez de la carga de la prueba”. Su aplicación al supuesto de hecho en materia de la responsabilidad civil, dando lugar a la ya mencionada inversión de la carga de la prueba, lleva a la doctrina civilista, en cambio, a distinguir entre las formas más rigurosas de la responsabilidad extracontractual.
6. Y finalmente, condición concreta de aplicación judicial de los principios de la disponibilidad y facilidad probatoria.

1.2 Concepto y naturaleza de la carga de la prueba en la doctrina procesal tradicional y moderna. Cómo distintas teorías del proceso civil influyeron en la institución.

1.2.1 Aproximación al tema.

Este epígrafe se basa, especialmente en lo que se refiere al Derecho romano y las corrientes primitivas de Derecho procesal en materia de la carga de la prueba en la Edad Media, en el análisis elaborado por Gian Antonio MICHELI. Puesto que no es objeto de este trabajo ni un estudio pormenorizado del Derecho romano, ni de la Historia del Derecho en la materia de la carga de la prueba, ni tampoco de la Teoría General de Derecho en su aplicación a la institución mencionada con anterioridad, la autora se ve obligada a proporcionar las siguientes explicaciones. Una breve exposición de la evolución por la que pasaron las reglas referentes a la carga de la prueba a lo largo de la

historia de humanidad, incorpora un elemento de enorme valor a la hora de analizar la institución en la actualidad; prescindir de ello sería divagar sobre el concepto y función de la carga sin tener en cuenta el complejo contexto en el que ésta se iba desarrollando y sin apreciar la dirección que ha tomado a lo largo de su evolución.

Uno podría preguntarse también por la necesidad de incluir en este lugar un estudio, puede ser demasiado detallado, de la institución que pertenece sin más a otra rama de Derecho, aquí al Derecho procesal. Sin que quepa duda alguna, este trabajo pretende llevarse a cabo desde el punto de vista del Derecho civil. Sin embargo, un tema tan procesal como el de la carga de la prueba y su consiguiente “inversión”, tiene unos efectos trascendentes en el Derecho sustantivo. Estos últimos son los que sobre todo interesan aquí. No obstante, estudiar el fenómeno desde sus consecuencias sin conocer, aunque sea de forma superficial, del mecanismo que las está provocando, no parece ni correcto ni muy profesional. Finalmente, una reflexión más parece de gran interés aquí. Paradójicamente, la complejidad del tema, así como su carácter de eje dogmático, reflejado en la normalmente desconocida por un civilista, terminología referente al tema, hace que lo que por el carácter de este trabajo debiera ser una exposición breve del tema, vista desde el punto de vista solamente procesal y de menos importancia, se convierte en algo esencial. Este epígrafe contribuye en gran medida al mejor entender de las instituciones que, siendo de difícil resolución incluso para los doctos en la materia, podrían acarrear una confusión enorme para quienes respecto al tema no son más que legos.

Y finalmente, el carácter meramente instrumental del tema pone en evidencia las limitaciones impuestas por sí a la autora. Dicho esto, para un acercamiento histórico a la carga de la prueba se ha escogido una obra elaborada de forma muy rigurosa y completa, como es la de Gian Antonio MICHELI. Por tanto, que nos perdonen romanistas e historiadores de Derecho, ya que somos plenamente conscientes de que con las distintas metodologías y posturas empleadas en el estudio del tema se puede llegar a diversos resultados y respuestas⁶⁴⁵. El principal propósito de este epígrafe, sin embargo, fue el de facilitar a un civilista el mejor entender de una institución procesal con mucha trascendencia en la responsabilidad civil en un intento de evitar la recíproca ignorancia con la que de vez en cuando evalúan distintas disciplinas colindantes de Derecho, y no

⁶⁴⁵ Véase una descripción de distintas metodologías empleadas en el estudio del Derecho romano en José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 18-19.

de proporcionar nuevas incorporaciones en la materia que desde hace tanto tiempo ocupa páginas de los estudios de los que efectivamente son especialistas en este tema.

Anunciados con anterioridad los problemas dogmáticos alrededor de la nueva regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se deben sobre todo a varios factores. El dogma de la carga de la prueba tiene su origen en el antiguo principio romano, acogido después por todos los pueblos civilizados, menos por los germánicos. Es por ello que se habla de dos corrientes que han influido en el posterior desarrollo de la carga de la prueba: la germánica y la romana. Aunque esta última, gracias a los Glosadores y bajo cierta influencia del Derecho canónico, finalmente se impuso en todos los territorios, incluidos los germánicos, la paulatina sustitución de las reglas germánicas no se efectuó sin que éstas no dejaran huellas en la posterior recepción del Derecho romano, en Alemania vivida a partir del siglo XV-XVI⁶⁴⁶. Es sintomático al respecto que el moderno marco teórico dado a la carga de la prueba sea fruto del desarrollo dogmático elaborado sobre todo por dos doctrinas, la italiana y alemana. Diversas respuestas a los problemas, que, con el paso de tiempo, se iban planteando tanto ante la una como ante la otra, se encontraron a medio camino, influyendo mutuamente en el posterior desarrollo del pensamiento en ambos países, y dando lugar en consiguiente a las adaptaciones en otros lugares, siendo éstas no siempre ajustadas a la tradición procesal del país en cuestión. Así las cosas, no sólo el dogma de la carga de la prueba mismo sufrió una transformación a lo largo de siglos, sino que también este desarrollo evolucionó en paralelo a la transformación de la estructura y función del proceso concreto singular, dependiendo del carácter del propio ordenamiento jurídico del que formaba parte. Sería superfluo intentar explicar el problema de la carga de la prueba a través de una exposición lógica general, dado que éste se rige por la ética social, siendo sometido a la adecuación práctica del medio al fin⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Para la característica de la doctrina de los *Pandectas*, así como para la descripción su método véase una breve exposición en Consuelo CARASCO GARCÍA, “La *exceptio non numeratae pecuniae* en los tratados de los Pandectas del siglo XIX: una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. LXXIII, enero 2003, pp. 425-456, disponible también en vLex, <http://vlex.com/vid/exceptio-numeratae-pandectas-pandectistica-380845> (fc: 07.01.2009)

⁶⁴⁷ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, (trad. por Santiago SENTIS MELENDO), Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 4.

1.2.2 La carga de la prueba en el Derecho romano postclásico e Justiniano.

Desde un principio se habla de dos corrientes en el sistema probatorio primitivo: la romana y la germánica; la primera de las mencionadas en la forma que toma en la época postclásica (230-530 d.C.) y justiniana (527-565 d.C.)⁶⁴⁸. Empezando por el sistema romano, es en éste donde por primera vez aparecen reglas de valoración de las pruebas, de manera que el juez recibe directrices de acuerdo con las cuales algunas pruebas tienen más valor que otras. Así, el magistrado, libre de formarse su propia convicción, está, sin embargo, sujeto por primera vez a las reglas que establecen la eficacia de las pruebas, de forma que si la actividad de la parte no alcanza la prueba debe pronunciarse en su contra. De esta manera, se produce la creación de la **prueba legal** en sentido amplio de la que surge también lo que se considera el origen de la moderna regla de juicio. De acuerdo con ésta última, la carga primaria grava sobre el actor, es decir, el actor ha de probar los hechos puestos como base de su propia demanda, cuando estos son negados por su adversario. En el caso de que no fuese capaz de demostrar su propia *intentio*, la ley ponía a su cargo las consecuencias dañosas de falta de prueba, sin que su contraparte estuviese obligada a aducir pruebas algunas⁶⁴⁹. De ahí el origen de las célebres máximas *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*⁶⁵⁰ o *Necitas probandi incumbit ei qui agit*⁶⁵¹. En consecuencia, la simple negación de los hechos afirmados por el actor, no se traducían en la necesidad del demandado de probar los hechos favorables para él⁶⁵². Sólo en el caso de que el actor consiguiese probar la base de su demanda, surgía el interés del demandado de probar lo contrario, o los hechos incompatibles con los probados por el adversario, y así sucesivamente⁶⁵³. El demandado al excepcionar se convertía en el actor, de acuerdo con la máxima *reus in excipiendo fit actor*⁶⁵⁴. A base de este tejido de afirmaciones y contrapruebas y de

⁶⁴⁸ Sobre periodización de los tiempos de Roma y una breve característica de cada época véase entre otros, Javier PARICIO y Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995, pp.27-32.

⁶⁴⁹ Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II*, (trad. de José CASAS y SANTALÓ de la tercera edición italiana), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 268.

⁶⁵⁰ D.22.3.2 (Paolo)

⁶⁵¹ D.22.3.21 (Marciano)

⁶⁵² En España en el mismo sentido aún José María MANRESA y NAVARRO, en *Comentarios al Código civil español, T. VIII*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, pp. 450-451.

⁶⁵³ Regla ésta que fue deducida por MICHELI y otros autores por él citados del conocido D. 22, 3, 2. Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba, op. cit.* pp. 17-22.

⁶⁵⁴ D.22.2.25.2 *in fine*; 12 y 19 pr.; y D.44.1.1.

acuerdo con el principio *actore non probante reus est absolvendus*⁶⁵⁵ el juez tenía que declarar a favor de una de las partes.

Lo que conviene mencionar también de cara al siguiente análisis, es que a la noción *actio*, que caracteriza la estructura de la carga de la prueba, se le asignaba el significado del “poder” de obtener la actuación de medidas ejecutivas que correspondía al actor⁶⁵⁶.

Y finalmente, puede ser que ya en tiempos romanos se pudiese hablar de la primera “inversión de la carga de la prueba” de carácter legal⁶⁵⁷. Se refiere aquí al D. 2, 13, 3 que establecía un trato probatorio particular, reservado a las llamadas *causae favorabiles*. En consecuencia, en todos estos casos en los que el fisco partía de posición del actor, y con vista a la mayor relevancia de interés público, se hacía recaer la carga primaria en el demandado, reclamándole, a causa de sus mejores condiciones de ciencia, la colaboración más intensa en el proceso. De ahí que se discutiese en la doctrina si el D. 2, 13, 3 representaba una aplicación de la regla general o si bien constituye una excepción al principio de que quien formula una demanda debe probarla⁶⁵⁸.

En la Edad Media, debido a la vuelta del Derecho romano originada por su estudio realizado en la escuela de Pavía y sobre todo por los Glosadores, la vieja máxima *onus probandi incumbit cui dicit* ganó terreno para el desarrollo de toda una doctrina posterior, dando pie a lo que a partir de entonces se denominaba derecho romano común, más tarde adaptado también por el Derecho canónico. En el Derecho común el antiguo principio romano *actor non probante reus absolvendus* está complementado por el otro, según el cual cada parte debe fundar sus propias alegaciones. Dicho esto, la carga primaria sigue perteneciendo al actor que no puede liberarse de aquella ni siquiera a través de la asunción de la prueba por parte del demandado. La negación del demandado de los hechos suscitados en la demanda por el actor equivale a la necesidad de que este último justifique sus pretensiones en la actividad probatoria; sólo si el demandado ampliase el campo de la contenida, la carga de la prueba pasaría a él con carácter primario, es decir, sin que sea valorada como contraprueba. A la mencionada con anterioridad prohibición genérica de prueba de las afirmaciones negativas, desarrollada bajo la influencia del tomismo, se debe la regla de

⁶⁵⁵ C.2.1.14.

⁶⁵⁶ MICHELI citando a Giovanni PUGLIESE, en Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pág. 19, n. 51. Así también José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, op. cit., pág. 422.

⁶⁵⁷ Sobre distintos tipos de la inversión de la carga de la prueba véase la sección 1.6 del capítulo II.

⁶⁵⁸ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pág. 22 y bibliografía allí citada.

que el demandado que excepciona se convierte en el actor⁶⁵⁹. Con eso se crea una abstracción: con el propósito de evitar el uso de negación, se la convierte en la afirmación de otro hecho sujeto a prueba. Sin embargo, ya entre la doctrina del siglo XVI aparecen voces que advierten que las negativas también se han de probar cuando constituyen pretensión formulada por una parte.

1.2.3 La carga de la prueba en el sistema primitivo germánico.

El sistema probatorio primitivo germánico, difiere del romano en cuanto incluso a los medios de prueba mismos, los cuales son sustancialmente dos: el juramento y el juicio de Dios. Es el juez quien decide en una sentencia de prueba cual de las partes tiene que jurar, pasar por juicio de Dios o aducir otras pruebas formales. Por lo general la prueba correspondía al demandado puesto que con la demanda del actor el demandado pasaba a ser acusado por cometer un acto contrario a las costumbres del que tenía que exculparse, suscitando a su acusador los elementos aptos para convencerle de su propia inocencia.

Esta parece ser la doctrina mayoritaria en Alemania y unánime en Italia puesto que existen autores que distribuyen la carga de la prueba en el proceso germánico primitivo de otra manera. A modo de ejemplo, según UNGER ésta no correspondía a ninguna parte, según DECLAUREIL al más débil, de acuerdo con Sachsse se la atribuía al actor si fundaba su pretensión en un hecho suyo propio y al demandado en el caso inverso y en opinión de BAR y LABAND era el Juez quien determinaba a quien atribuir la carga de probar⁶⁶⁰.

Más tarde la asignación de la parte que debe aducir la prueba ya no es tan automática. Aparecen sombras de las primeras reglas de distribución de la carga de la prueba ya que es la parte que se encuentra en la posición mejor respecto de las pruebas la que es la asignada de aportarlas. No obstante, en la mayoría de los casos subsiste el convencimiento de que es el demandado quien mejor sabe cómo se han desarrollado los hechos. En cuanto a las pruebas, el mero juramento equivale a la prueba que se haya

⁶⁵⁹ Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba*, op. cit. pág. 403.

⁶⁶⁰ Véase Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia y Alemania. Parte General*. (trad. por Enrique AGUILERA DE PAZ), 4ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, pág. 120.

producido positivamente. Algo parecido ocurre en el caso del juicio de Dios⁶⁶¹. Es por ello, que al no poder prestar el juramento ambas partes simultáneamente, es el Juez quien determina previamente cuál de las partes debe probar⁶⁶². Así, a base de las actividades de las partes y en función de la verosimilitud y credibilidad de las demandas formuladas, el Juez dicta la **sentencia de prueba** en la que elige la parte más idónea para desarrollar la actividad descrita en ella. Por tanto, teniendo en cuenta características de las pruebas expuestas con anterioridad y el hecho de que en el sistema probatorio primitivo germánico la actividad probatoria *de facto* es anterior a la sentencia de prueba, la posterior actividad de la parte designada en la sentencia de prueba tiene carácter más bien a) decisorio, cuando está seguida por una sentencia del juez, o b) de reglamentación del derecho sustancial si el juramento o juicio de Dios no acabó con ninguna decisión del juez⁶⁶³.

El Derecho romano, o más bien, el dogma romano- canónico llegó también a influir en la primitiva concepción germánica de la carga de la prueba, para finalmente imponerse totalmente sobre esta última, sin que sean invisibles, sin embargo, posteriores reminiscencias resultantes de aquel “encuentro”. El procedimiento civil común alemán fue objeto de varias innovaciones que implementaban el *usus modernus* del Derecho romano, y que fueron efectuadas a través de las Ordenaciones de la Cámara judicial del Imperio, de las cuales la más importante fue la *Reichsabschied* de 1654⁶⁶⁴. Incluso así, la vieja tradición germánica subsiste en cuanto a materia probatoria del proceso civil alemán. Se mantiene en uso la sentencia interlocutoria de prueba (*Beweisinterlocut*), aunque su carácter y contenido cambia ligeramente. En consecuencia, la actividad probatoria de las partes se desplaza a la fase posterior al dictamen de la sentencia de prueba, mientras en ésta vienen indicados los hechos relevantes alegados por ambas partes y necesitados de prueba, junto con la asignación de la parte que debe probar. Tal providencia, condicionada al posterior cumplimiento de la carga de la prueba, constituía una sentencia susceptible de convertirse en definitiva. El principio, de que sólo una parte procesal desarrolla la actividad probatoria mientras la contraparte se queda a espera del resultado de ésta, resultará superado definitivamente

⁶⁶¹ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pág. 23.

⁶⁶² Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1991, 2ª ed., pp. 45-86, disponible también en <http://www.vlex.com/vid/238886>, pág.4, (fc: 15.12.2008).

⁶⁶³ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pp. 23-27.

⁶⁶⁴ Theodor STERNBERG, *Índice de Bosquejo de la historia del Derecho Alemán. Los tiempos modernos*. www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/sternberg/4.html (fc: 11.12.2008).

por la doctrina alemana del siglo XVIII⁶⁶⁵, dedicada al estudio del Derecho romano común. Desde COCCEJO **cada una de las partes** debe aducir la prueba de los hechos, puestos como base de las respectivas pretensiones. A partir de entonces el planteamiento según el cual se permite la prueba a cada litigante influyó notablemente sobre el desarrollo de la legislación, no sólo alemana, sino también de otros pueblos de influencia germánica⁶⁶⁶.

La distribución judicial de la carga de la prueba subsiste incluso en el Derecho procesal alemán moderno, puesto que, aunque la carga de alegar los hechos puestos como base de las respectivas pretensiones recae sobre las partes procesales (la llamada carga de la afirmación o carga de la alegación⁶⁶⁷), sigue siendo el Tribunal el que advierte a las partes las afirmaciones de hecho que deben ser objeto de la prueba para cada una de ellas⁶⁶⁸.

Al hacer esta constatación el autor se remota al § 139 de la *Zivilprozessordnung* alemana según el cual:

“El Presidente del Tribunal tiene la obligación de procurar que las partes se pronuncien sobre todos los puntos de hecho importantes para la causa y de que las peticiones que las mismas formulen al Tribunal sean las convenientes y útiles para el esclarecimiento del asunto, particularmente de que completen las indicaciones sobre los hechos que sean insuficientes e indiquen los medios de prueba que intenten emplear.”⁶⁶⁹

Afirmación ésta que podría sugerir que la antigua tradición de sentencia de prueba sobrevivió hasta tiempos más recientes, por lo que esta constatación necesita de un esclarecimiento. Con la entrada en vigor de la Ordenanza Procesal Civil del Reich en 1879, en cuya elaboración influyen las leyes napoleónicas⁶⁷⁰, se suprime la Beweisinterlocut. Es decir, la cuestión de la carga de la prueba no se plantea ya ex

⁶⁶⁵ Véase la doctrina citada por Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 47, n. 149.

⁶⁶⁶ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, op. cit., pág. 4.

⁶⁶⁷ Comentario añadido por la autora. Sobre la carga de la afirmación véase Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pp. 61-72, Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Biblioteca Jurídica DIKE, Konrad Adenauer Stiftung, Medellín Colombia, 1999, pp. 254-255.

⁶⁶⁸ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, op. cit., pág. 4.

⁶⁶⁹ El antiguo § 139(1) del ZPO bajo el título *Richterliche Aufklärungspflicht* (Obligación de esclarecimiento del tribunal) en la traducción por Manuel SERRA DOMÍNGUEZ. Vide Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, op. cit., pág. 27, nota nº13. El § 139 fue modificado posteriormente por la Ley de reforma del proceso civil de 27 de julio de 2001, que entró en vigor, en su mayor parte, el 1 de enero de 2002.

⁶⁷⁰ Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, op. cit., pág. 64.

professo en forma general y no se resuelve en una interlocutoria de prueba como antes⁶⁷¹. Incluso así, subsisten reminiscencias de la antigua tradición germánica cuyo claro reflejo constituye el § 139 de la ZPO. Esta última encuentra su fundamento en el derecho del justiciable a ser oído por los tribunales respecto de cualquier cuestión jurídica o fáctica que afecte a sus intereses. Del derecho mencionado con anterioridad deriva, en consiguiente, la prohibición impuesta a la judicatura de dictar sentencias que sorprenden a las partes. En consecuencia, el tribunal está obligado a revelar a las partes procesales los fundamentos de su futura decisión para que éstas tengan la oportunidad de influir en ella. Al antiguo §139 se le mencionaba como el deudor de la concepción del proceso civil de acuerdo con la que el tribunal desarrolla, entre otras, funciones asistenciales, de forma que coadyuva a las partes en la tarea de fijar los elementos fácticos y jurídicos de sus alegaciones, así como en la de proponer los medios de prueba. La nueva redacción del §139 de la ZPO no cambia sustancialmente. La reforma del año 2001 pone, en cambio, más énfasis en la dirección material del proceso por parte del tribunal. El reformado §139, bajo el título “Materielle Prozeßleitung” (Dirección material del proceso) establece lo que sigue:

(1) El tribunal debe discutir con las partes, si lo estima necesario, los puntos de hecho y de derecho del litigio y les formulará las preguntas pertinentes. Con ello se pretende que las partes se pronuncien en tiempo oportuno y de forma amplia sobre todos los hechos relevantes, completen las alegaciones sobre los hechos alegados, señalen los medios de prueba que intenten emplear y formulen peticiones convenientes y útiles a sus intereses.⁶⁷²”

Así formulado, el §139 de la ZPO tiene su aplicación, entre otros, en el supuesto en el que las partes no han tenido en cuenta las reglas sobre la carga de la prueba⁶⁷³. De ahí, según algunos autores alemanes, el § 139 impone sobre el tribunal la obligación de exhortar a la parte que no ofreció prueba a producirla y sólo cuando ésta no cumple con dicha exhortación puede decidir en su perjuicio⁶⁷⁴. Y finalmente, para concluir esta algo larga exposición, los hay quienes opinan que un análisis más profundo, conducido desde

⁶⁷¹ Véase al respecto Adolf WACH, *Vorträge über die Riechs- Civilprozessordnung*, Adolf Marcus, Bonn, 1879. Hay una traducción española, vide *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, (trad. de Ernesto KROTOSCHIN), EJEA, Buenos Aires, 1958, pp. 234-235. Así también Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 35.

⁶⁷² Nuevo §139(1) en la traducción al castellano de Mercedes SERRANO MASIP en “La iniciativa del tribunal tendente a determinar el objeto de la controversia en el proceso civil. Análisis del art. 426.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Justicia: Revista del derecho procesal*, núm. 1-2/2004, enero 2004, disponible también en www.vlex.com/vid/295526, pág. 14, (cf:10.01.2009). Para el texto original en alemán véase §139(1) de la *Zivilprozessordnung* (ZPO) von 01.10.1879 en www.zivilprozessordnung.de (fc:10.01.2009).

⁶⁷³ Mercedes SERRANO MASIP en “La iniciativa del tribunal tendente a determinar el objeto de la controversia en el proceso civil. Análisis del art. 426.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op.cit.*, pág. 15.

⁶⁷⁴ Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, *op. cit.*, pp. 255-256.

el punto de vista del Derecho comparado, lleva inevitablemente a la conclusión de que los sistemas procesales civiles español y alemán presentan más diferencias que similitudes.⁶⁷⁵ Se señala que en el proceso civil español el principio de aportación de parte se refiere, no sólo a los hechos, sino también a la argumentación jurídica y a la proposición de prueba. En el proceso civil alemán, en cambio, el principio de dirección material del proceso implica que al tribunal se le confiere incluso el poder de declarar en desacuerdo con la calificación jurídica de los hechos, realizada por las partes en el proceso. El §139 de la ZPO alemana se compara de vez en cuando con el art. 426.6 de la LEC española. No obstante, la muy amplia obligación del tribunal alemán a instruir para no sorprender se sobrepone sobre la simple facultad⁶⁷⁶ del tribunal español de poder “requerir a las partes para que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación”, contenida en el art. 426.6 de la LEC⁶⁷⁷. Es de subrayar también que el ámbito de aplicación de éste último, introducido por la nueva LEC en el año 2000, alcanza solamente a los eventuales supuestos de hechos no necesitados de prueba debido a la admisión tácita de la contraparte. De ahí que la mencionada iniciativa del juez en el proceso civil español tenga como propósito el de determinar el objeto de controversia en el proceso, y no el de incidir de alguna manera sobre la carga de la prueba⁶⁷⁸.

También a **la doctrina alemana** se debe la búsqueda y construcción de un criterio general de acuerdo con el cual distribuir la carga de la prueba⁶⁷⁹, puesto que el poder legislativo alemán se mostró contrario a cualquier elaboración de la disposición de carácter general que distribuyese la carga probatoria, imponiendo a los jueces su deducción de los principios del conjunto de las normas sustanciales y de la propia estructura del proceso civil⁶⁸⁰. Es sintomático al respecto que, a pesar de que otros pueblos germánicos, como por ejemplo el austriaco, incluyesen la cláusula general sobre la distribución del *onus probandi* en sus respectivas leyes⁶⁸¹, los redactores del

⁶⁷⁵ Mercedes SERRANO MASIP en “La iniciativa del tribunal tendente a determinar el objeto de la controversia en el proceso civil. Análisis del art. 426.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op.cit.*, pág. 19. Sobre la §139 del ZPO véase también Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁷⁶ Véase, sin embargo, la crítica de Juan MONTERO AROCA, *La prueba civil*, *op. cit.*, pág. 87, en especial, la nota de pie nr 26.

⁶⁷⁷ Mercedes SERRANO MASIP en “La iniciativa del tribunal tendente a determinar el objeto de la controversia en el proceso civil. Análisis del art. 426.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op.cit.*, pág. 15.

⁶⁷⁸ Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, *op. cit.*, pág. 19.

⁶⁷⁹ Para la descripción de la situación en la materia antes y después de la entrada en vigor de la nueva LEC 1/2000 véase Juan MONTERO AROCA, *La prueba civil*, *op. cit.*, pp. 84-87.

⁶⁸⁰ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁶⁸¹ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 49.

⁶⁸¹ § 160 des *Gerichtsordnung* von 10.05.1781 (§ 160 del reglamento judicial civil austriaco de 10.05.1781). Véase un comentario breve al respecto en Andreas FREYE, *Die Josephinischen reformen in*

BGB alemán, a pesar de incluir en el proyecto del código disposiciones referentes a esta materia⁶⁸², optaron finalmente por no formular ninguna regla abstracta de la carga de la prueba.

Esta situación se mantuvo hasta hoy en día, puesto que, aparte de algunas regulaciones específicas reguladoras de la carga de la prueba, la *Zivilprozeßordnung* alemana (de aquí en adelante ZPO⁶⁸³) tampoco contiene una cláusula general de la carga de la prueba. Las reglas de distribución del onus probandi fueron finalmente elaboradas por la jurisprudencia y resumidas en una regla fundamental según la cual cada parte debe probar los presupuestos fácticos de la norma que le es favorable⁶⁸⁴.

1.2.4 La doctrina de las negativas y su influencia en el posterior desarrollo del dogma de la carga de la prueba. Especial referencia a la carga subjetiva y objetiva de la prueba⁶⁸⁵.

En la Edad Media, a consecuencia de la obra elaborada por los Glosadores en la Universidad de Bolonia, de la errónea interpretación de la máxima *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, surgió el desarrollo de la célebre doctrina de las negativas, atribuida al creador de la escuela, IRNERIO⁶⁸⁶. Mientras el origen de la frase está supuestamente relacionado con la antigua regla romana según la cual la simple negación de la demanda no ponía al demandado en la necesidad de excepcionar hasta que el actor no probase sus afirmaciones⁶⁸⁷, a través del uso de los silogismos y de un aparato lógico formal, incentivado y utilizado con abundancia por los tomistas en la Edad Media, la

Österreich unter Maria Theresia und Joseph II. mit dem Schwerpunkt der Kirchenreform., GRIN, 2007, pág. 36, disponible también en www.google.books.

⁶⁸² §§ 193-197 del proyecto del BGB Cf §§ 193-197 del proyecto del BGB en Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, *Sachenrecht. Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, De Gruyter, Berlin, 1983.

⁶⁸³ Cf *Zivilprozessordnung* (ZPO) von 01.10.1879 en www.zivilprozessordnung.de (fc:10.01.2009).

⁶⁸⁴ Así Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Biblioteca jurídica DIKE, Konrad Adenauer Stiftung, Medellín Colombia, 1999, pág. 256 y jurisprudencia allí citada y Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 188.

⁶⁸⁵ Sobre la doctrina de las negativas en el doctrina moderna española véase Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil.*, La Ley, Las Rozas (Madrid, 2006, pp. 88-89.

⁶⁸⁶ Así, entre otros, Valentin SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1963, pág. 84 y M^a Eugenia ORTUÑO PEREZ, “La carga de la prueba de los hechos negativos en Diocleciano”, en *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho romano, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2000, pág. 570.

⁶⁸⁷ En tiempos de la Roma, al parecer, la regla más que a la imposibilidad de probar las negativas se refería al hecho de que el demandado al negar las afirmaciones del actor no debía probar nada, incumbiéndole la carga de probar sólo a la hora de excepcionar. Así Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, Temis, Bogotá- Colombia, 2002, pág. 402 y Juan MONTERO AROCA, *La prueba civil*, *op. cit.*, pp. 128-129.

escuela de Bolonia llegó a afirmar la imposibilidad probatoria de lo negativo- *negativa non sunt probanda, affirmanti non neganti incumbit probatio*⁶⁸⁸. Atribuir la carga de la prueba de una negativa a una de las partes supondría situarle ante una *probatio diabolica*, imposible de enfrentar⁶⁸⁹. Hay que acordar que las antiguas reglas romanas tenían como propósito más que establecer unas reglas generales, solucionar casos concretos. Fue precisamente con los Glosadores, cuando se produjo una generalización de los conceptos romanos debido a la manifiesta insuficiencia de la casuística de por aquel entonces⁶⁹⁰. De ahí, a partir de la glosa de IRNERIO, desde la mitad del siglo XIII hasta el siglo XV, posteriores comentaristas boloñeses desarrollaron toda una doctrina, que como objeto tenía distintos tipos de negaciones. La llamada Tripartita de los hechos negativos: *negatio facti, negatio juris y negatio qualitatis*⁶⁹¹, debido a la recepción del *ius comun* en casi todos los países europeos⁶⁹², llegó a tener trascendencia hasta los tiempos más recientes. Sólo en España, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que incluso hoy en día siguen remitiéndose a ella⁶⁹³. Pero es especialmente en los siglos XIX y XX, cuando la doctrina se convierte en objeto de ardientes controversias. En consecuencia, desde la perspectiva de los siglos pasados entre los especialistas de Derecho romano, hay quienes afirman que la máxima *ei incumbit probatio cui dicit, non cui negat* y la posteriormente desarrollada doctrina de las negativas resultó en que ya en la Edad Media la carga de la prueba, bajo la influencia de los Glosadores, se distribuía en función de la calidad (negativa o positiva) de los hechos

⁶⁸⁸ Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II, op. cit.*, pp. 264-265. Así también José María MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español, T. VIII, op. cit.*, pág. 450.

⁶⁸⁹ Sobre la doctrina de las negativas véase Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II, op. cit.*, pp. 264-268. Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba, op. cit.* pp. 33-37. Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pág. 88. Para la adaptación de la antigua doctrina de las negativas efectuada por nuestro Tribunal Supremo Cf José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 261-265.

⁶⁹⁰ Juan MONTERO AROCA, *La prueba civil, op. cit.* pág. 128.

⁶⁹¹ Cf la glosa a D. 22.3.2

⁶⁹² Paula DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña”, en *El derecho romano en la universidad del siglo XXI : catorce siglos de historia y catorce de tradición*, (coord. Ricardo PANERO GUTIÉRREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 247-306.

⁶⁹³ Véase entre otras las SSTs de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4782), de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8828), de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2200), de 8 de junio de 2007 (RJ 2007, 3650). Aunque por lo general la doctrina de las negativas resulta superada desde hace tiempo, incluso tan recientemente como en el año 1971 el Tribunal Supremo seguía afirmando que “el demandado no debe probar hechos negativos”. Cf la STS de 2 de abril de 1971. Véase también SAP Madrid de 05.05.2004, secc. 10ª, (RJ 647, 2004), en virtud de la cual “el origen particular de estas máximas, su defectuosa interpretación por los glosadores y comentaristas y, singularmente, su manifiesta insuficiencia para resolver todos los supuestos problemáticos las convirtió en blanco de aceleradas críticas que, progresivamente, han provocado su rechazo generalizado”.

a probar y no a base de la posición de la parte en el proceso⁶⁹⁴. De ahí que la carga incumbiese no a la parte demandante en el proceso, como solía ser, sino a esta parte procesal que formulase sus afirmaciones de forma positiva, puesto que las afirmaciones negativas eran imposibles de probar⁶⁹⁵.

Sin embargo, otro sector de la doctrina romanista relaciona la doctrina de las negativas con otro móvil y un desarrollo diverso. Según éste, los mismos glosadores no sólo advertían la necesidad de probar las negativas si éstas constituían fundamento de la afirmación de parte⁶⁹⁶ sino también admitían prueba de las negativas de forma indirecta⁶⁹⁷.

El fin principal de la prueba indirecta, en este caso, es el de probar hechos positivos de los que quepa inferir la concurrencia de lo negativo⁶⁹⁸.

En cambio, en todos estos casos en los que las negativas no llevaban incluidas en sí, o implícitas, una afirmación positiva, la carga de la prueba se atenuaba mediante la pre-constitución de las presunciones, que, a su vez, se multiplicaban cada vez más. En consecuencia, según el mismo sector de la doctrina, la teoría de las negativas desarrollada por los Glosadores, no contribuyó en la distinta distribución del *onus probandi* en el Derecho romano, en la forma la que éste tomó en la Edad Media gracias a los estudios elaborados por la escuela de Bolonia. Por tanto, aún entonces en la materia de la carga de la prueba seguía como determinante el antiguo criterio de la posición de parte en el proceso, incumbiendo, por lo general, la carga de probar al actor y no a la parte que formuló sus pretensiones de forma positiva.

Las controversias alrededor de la doctrina de las negativas, seguidas por la discusión de si, no tanto la ley, como la práctica jurisprudencial romana fue ya conocedora del criterio de la calidad de hechos en la distribución de la carga de la prueba, llegaron a su máximo apogeo con la creación de la escuela de los Pandectas, conocida por su novedoso método de elaborar conceptos jurídicos a través del estudio

⁶⁹⁴ Así por ejemplo DE SARLO, citado por Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op.cit., pág. 35.

⁶⁹⁵ Véase Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 377.

⁶⁹⁶ Así BARTOLO y CINO DA PISTOLA, citados por Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 36.

⁶⁹⁷ IRNERIO y AZONE, citados por Gian Antonio MICHELI, *Ibidem*, pág. 36.

⁶⁹⁸ Así Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 129. Sobre la prueba indirecta véase también Francisco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, Vol. II, *Composición del proceso*, (en trad. al castellano por Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y Santiago SANTÍIS MELENDO), UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 401-402.

de las antiguas fuentes romanas. Fue precisamente entonces, cuando una nueva lectura del *Corpus Iuris Civilis* hizo replantear por enésima vez el tema del criterio de la distribución de la carga de la prueba en el Derecho romano. A los autores alemanes como, sobre todo, WEBER, BETHMANN-HOLLWEG y FITTING se debe la elaboración de los fundamentos de los que unos años más tarde surgió el dogma de la carga subjetiva y objetiva de la prueba⁶⁹⁹.

Después de la muerte de VON SAVIGNY la Escuela Histórica del Derecho sufrió una división en tres ramas: Germanística, Romanística y Pandectística, de las cuales esta última se dedicó al estudio de Derecho romano con el fin de construir de sus elementos una firme base dogmática, aprovechable para la práctica jurídica de aquellos tiempos⁷⁰⁰. El nombre de la corriente (Pandectística; *Pandektenrecht*) no es casual, puesto que si bien es el *Corpus Iuris Civilis* el que como tal se convierte en el objeto de los estudios de los representantes de la corriente, el principal interés de éstos últimos se centra en el *Digestum* o *Pandectas*; es decir, en la parte que recoge las opiniones jurisprudenciales. La finalidad de la corriente se puede definir de la siguiente manera: es un intento de profundizar en el venerable pasado que representa el Derecho romano, a través de la distinción de aquellos elementos de dicho Ordenamiento jurídico que habían sido objeto de recepción- *ius commune*. Se trata además de llevar a cabo una doble tarea: entender mejor su presente y remediar los problemas actuales con las soluciones provenientes de esta tradición romanística, desautorizando al mismo tiempo las respuestas que hubiesen caído en desuso, o hubiesen dejado de tener sentido a la luz de las nuevas interpretaciones doctrinales⁷⁰¹; en palabras de IHERING ‘a través del Derecho romano, más allá del Derecho romano’⁷⁰²”El Derecho procesal fue una de las ramas más afectadas por los estudios de los *Pandectas*.

⁶⁹⁹ Véase el epígrafe sobre la carga subjetiva y objetiva de la prueba.

⁷⁰⁰ Vide Guillermo F. MARGADANT, *La segunda vida del derecho romano*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., 1986, pp. 330-331; disponible también en la Biblioteca Jurídica Digital: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=553> (fc: 12.01.2009).

⁷⁰¹ Consuelo CARASCO GARCÍA, “La *exceptio non numeratae pecuniae* en los tratados de los *Pandectas* del siglo XIX: una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. LXXIII, enero 2003, pág. 433, disponible también en vLex: <http://vlex.com/vid/exceptio-numeratae-pandectas-pandectistica-380845> (fc: 07.01.2009).

⁷⁰² Ésta es la divisa de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* que Ihering fundara en 1857. Véase también el escrito de Ihering titulado *La importancia del Derecho romano*, antepuesto al *Tratado Elemental del Derecho Romano* de E. PETIT, ed. Argentina, Buenos Aires, 1985, pág. 12.

1.2.5 Las reglas romanas en el Código civil de Napoleón y su influencia sobre el art. 1312 del Código civil italiano.

La antigua regla romana, en la exposición dada le por POTHIER, a través del art. 1315 del Código de Napoleón, ha sido infiltrada en consiguiente al código civil italiano (art. 1312) y todos los demás basados en el derecho francés, entre ellos al español (véase el antiguo art. 1214 cc).

El art 1214 del cc español tiene su antecedente en los art. 1.196 del Proyecto de 1851 y en el 1.321 del Proyectos de 1882, responde a precedentes históricos de derecho romano y se asimila en gran medida al art. 1315 del Código de Napoleón⁷⁰³.

A pesar de que, según el criterio romano, el demandado debía abstenerse de probar hasta que el actor no probase los hechos puestos como fundamento de sus alegaciones, en Francia tanto la doctrina⁷⁰⁴ como la práctica judicial moderna, al parecer, reforzaron la opinión de que ambas partes debían probar hechos puestos como base de la respectiva *intentio*, de manera que al actor le incumbía la prueba de sus afirmaciones, mientras el demandado debía probar los hechos en orden a la excepción. Incluso a este nivel del desarrollo doctrinal se mantenía visible la influencia que ejercía en el dogma de la carga de la prueba la doctrina de las negativas descrita con anterioridad. De ahí que en la práctica judicial se siguiesen confundiendo de forma clara las afirmaciones en materia de prueba contraria (simples negaciones de lo afirmado por la parte contraria) con las afirmaciones en materia de excepción (las que hoy constituirían aquéllas que aluden a los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes).

En consecuencia, si las afirmaciones de ambas partes estaban fundadas y eran evidentemente contrarias, se aconsejaba al juez basar su convencimiento en los testigos más leales. Si este criterio resultaba insuficiente, puesto que ambas partes habían probado de modo igual las respectivas demandas, se absolvía al demandado. Este último quedaba absuelto también en el caso de que ninguna de las partes consiguiese probar con éxito sus afirmaciones⁷⁰⁵. Práctica ésta que, aunque generadora de la confusión entre valoración de las pruebas y distribución de las consecuencias de la falta de la prueba, fue al mismo tiempo incentivadora del interés bilateral de las partes en la prueba

⁷⁰³ Así Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 187.

⁷⁰⁴ DOMAT y BEAUMANOIR, citados por Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, *op. cit.* pág. 44.

⁷⁰⁵ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 41.

y en la afirmación. De esta manera el juzgador se vio obligado a recurrir a la valoración legal de las pruebas practicadas por ambas partes con el fin de dictar la sentencia en la *litis*⁷⁰⁶. Esto a pesar de que en la formulación elaborada por Robert Joseph POTHIER (1699- 1772)⁷⁰⁷, y más tarde adoptada por el Código de Napoleón, se ve reflejado todavía el antiguo criterio romano en su versión del Derecho común, según el cual la prueba incumbe al actor, y al demandado sólo cuando excepciona. Así las cosas, el art. 1315 del Código francés establece que quien pretende ser acreedor está obligado a probar el hecho o la convención que ha producido su derecho de crédito y **cuando tal obligación haya sido probada**, el deudor que pretende haberla satisfecho está obligado a probar su pago⁷⁰⁸. Tal inciso (de que la carga del demandado de probar el hecho extintivo surge cuando el derecho del actor ha sido probado) desaparece ya del art. 1312⁷⁰⁹ del Código Civil italiano⁷¹⁰ según el cual

“el que pide la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende estar libre de ella debe a su vez probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.”⁷¹¹”

A la doctrina francesa se debe también la novedosa y moderna elaboración de las fases procesales, puesto que es DOMAT (1625-1696)⁷¹² quien a base de los textos romanos distingue entre la fase de aducción de las pruebas con el consiguiente poder probatorio de las partes, la fase de valoración del material producido por las partes y la fase de juicio, en la que aparece la distribución de las consecuencias de la falta de la prueba⁷¹³.

⁷⁰⁶ Así Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pp. 41-42 y bibliografía allí citada.

⁷⁰⁷ Sus obras más conocidas fueron *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae* (1748) y una serie de Tratados que surgieron entre los años 1761-1767, más tarde traducidos y publicados juntos bajo el título Obras Completas de POTHIER. Cf Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres complètes de Pothier, précédées d'une dissertation sur sa vie et ses écrits et suivies d'une table de concordance*, Depelafol, Paris, 1835.

⁷⁰⁸ Valentín SILVA MELERO, *La prueba procesal, T. I, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

⁷⁰⁹ el actual art. 2697 del c.c. italiano Cf Codice Civile, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>, (fc: 25.06.2009)

⁷¹⁰ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 45.

⁷¹¹ art. 1312 del cc italiano de 1865, trad. al castellano por José CASAS Y SANTALÓ de Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II, op. cit.*, pág. 263.

⁷¹² La doctrina de Jean DOMAT ha sido recogida en su célebre obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, publicada por primera vez entre los años 1689 y 1694. Cf Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2ª ed., Paris, 1697; existe una traducción al español, véase Jean DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, 2ª ed., trad. por Felio VILLARUBIAS y José SARDÁ, imprenta por José TAULO, Barcelona, 1844.

⁷¹³ Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 44.

1.2.6 Conclusiones de la parte histórica de la carga de la prueba.

Resumiendo, mencionadas con anterioridad dos primitivas corrientes procesales en materia de la carga de la prueba: romana y germánica, en función del contraste podrían ser descritas de la siguiente manera: según el criterio romano, en un principio el *onus probandi* grava solamente al actor, mientras el demandado se queda mudo. Únicamente si el actor consigue probar con éxito surge el interés del demandado en la respectiva actividad probatoria. En el ámbito de la corriente romana este criterio, aunque superado con anterioridad por la doctrina e incluso por la jurisprudencia, se mantiene vigente en la legislación hasta la entrada en vigor del art. 1315 del cc italiano del 1865.

De acuerdo con el primitivo criterio germánico, en cambio, siempre y en cualquier caso sólo una de las partes procesales desarrollaba la actividad probatoria la que estaba designada en la sentencia de prueba, quedando excluida la contraprueba de la otra parte⁷¹⁴. Aunque en ambos sistemas: tanto en el romano, como en el germánico, la prueba asumía carácter típico de la prueba legal, se mantenía la distinción según la cual, al contrario de lo que pasaba en el Derecho romano, la prueba germánica tenía además el aspecto de la incontrovertibilidad, puesto que el juramento ante de Dios no podía estar cuestionado por la contraparte, al igual que la superación de Juicio de Dios no permitía la prueba en contra.

Una prueba legal, según CARNELUTTI, es la prueba cuya valorización está regulada por la ley con la exclusión de la libre valoración del juez. Las reglas de experiencia, empleadas en la valoración de las pruebas libres, quedan sustituidas, en caso de las pruebas legales, por las reglas legales. De otra manera, cada vez que la Ley establece reglas para la valoración de las pruebas, se trata de las pruebas con una eficacia legal⁷¹⁵. La legalidad de la prueba se puede referir, además de la valoración, también a la proposición y admisión de las pruebas, lo que tendrá lugar cada vez que la ley imponga el uso de determinados medios de prueba, de forma que los demás se consideren inadmisibles o ilícitos. El uso de la prueba legal significaba que el que declaraba no lo hacía con el propósito de convencer al juez de la certeza de los hechos puestos como base

⁷¹⁴ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op.cit.*, pág.78.

⁷¹⁵ Francisco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil, Vol. II, Composición del proceso*, (en trad. al castellano por Niceto Alcalá- Zamora y Castillo y Santiago Santís Melendo), UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 471-473.

de su demanda sino más bien para que el juez fijase el hecho y realizase la norma prescindiendo de la verdad de éste.

Hoy en día la prueba legal queda superada como tal, siendo sustituida por la prueba libre. Sin embargo, se señala que la transformación de una en otra ocurrió simultáneamente en cuanto al testimonio de la persona y al de la parte en mayoría de los países europeos, mientras en el Derecho francés, italiano y alemán el juramento, y la confesión seguían teniendo estatus de la prueba legal cuando el testimonio de los terceros ya no lo era. Curiosamente, en Alemania, incluso después de la desaparición de las torturas, la prueba legal se mantuvo hasta tan tarde como hasta los mediados del siglo XIX⁷¹⁶.

Un breve análisis comparado de ambos sistemas primitivos trae las siguientes conclusiones: parece que en ambos el contenido de la prueba (*thema probandum*) no influía tanto en la distribución de la carga de la prueba como su aducción (la actual *Beweisführungslast* del Derecho alemán). La gran diferencia, sin embargo, entre el sistema romano y el germánico constaba en que en el primero la prueba constituía un medio en servicio de persuasión del juez, sujeto a libre valoración de éste, mientras en el germánico la actividad de la parte por sí misma determinaba el contenido de la sentencia. Es más, en el sistema germánico, por lo menos en la etapa que precede a la implementación del Derecho romano-canónico, la fase de valoración se tiende a confundir con la de distribución de la carga de la prueba en cuanto la sentencia de prueba determina la verosimilitud o no de las demandas propuestas por ambas partes, distribuyendo a la vez la carga probatoria. Es decir, después de valorar ambas demandas el Juez, a base de verosimilitud, determinaba la pretensión de qué parte le parecía más fundada, asignándola, en consiguiente, como la obligada a probar. En muchos casos la prueba no consistía en nada más que en jurar a Dios que la demanda del gravado y las afirmaciones en ellas contenidas eran justas y merecidas (juramento), lo que llevó a una parte de la doctrina a configurar la posición de la parte sobre la que pesaba el *onus* como una posición de ventaja, equiparando a la vez la carga con un derecho⁷¹⁷. Así las cosas, el carácter y función de la *Beweisinterlocut* vincula la carga de la prueba estrechamente con la actividad probatoria, convirtiéndola de esta forma en una institución dirigida a las partes y no al juzgador. De hecho, como se ha expuesto con

⁷¹⁶ Santiago SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJE, Buenos Aires, 1979, pp. 120-126. Sobre la prueba legal véase también Isidoro EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 81-86.

⁷¹⁷ Véase Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op.cit., pág. 23 y bibliografía allí citada.

anterioridad, el proceso alemán carece de una cláusula general reguladora de la institución, y la decisión relativa a quién incumbe la carga de probar, recae sobre el mismo juez, resolviéndose ésta en la sentencia de prueba.

1.2.7 Las teorías del proceso y su influencia sobre el dogma de la carga de la prueba.

Parece que también la elaboración de una noción general de la carga procesal una vez más, se debe, sobre todo, a los Pandectas alemanes y austríacos del siglo XIX. Menor interés en esta materia por parte de la doctrina de los países de la órbita del Código Napoleónico tiene su explicación en el carácter de un procedimiento con predominio del principio dispositivo, tan típico para los países en cuestión. De ahí que fuese precisamente el poder de las partes de disponer libremente del proceso el que acarreó cierta indiferencia de la doctrina dedicada a la Teoría General de Derecho en la elaboración de los conceptos más generales, como el de la carga procesal⁷¹⁸.

En Alemania y Austria, en cambio, los problemas relacionados con la adaptación del *onus probandi*, elaborado en el antiguo Derecho común alemán, a las exigencias de un proceso moderno con amplios poderes instructorios del juez, y con una gran libertad de éste en la valoración de las pruebas, muy pronto incentivaron los estudios acerca de lo que se entendía bajo la categoría de “una carga”⁷¹⁹. De ahí, de las nuevas teorías generales del proceso surgieron primeras aproximaciones a la noción dogmática de la carga procesal. Entre ellas, dos son principalmente las tesis cuyas configuraciones del proceso condicionaron posteriormente los respectivos conceptos de la carga como una entidad jurídica: la teoría del proceso como una *relación jurídica* y la del proceso como una *situación jurídica*⁷²⁰.

La primera de ellas tiene su origen en la antigua idea romana *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*, notada más tarde por HEGEL, afirmada por BETHMANN-HOLLWEG y desarrollada por Oskar von BÜLOW (1837- 1907)⁷²¹. Su núcleo consiste en que el proceso civil constituye una *relación jurídica* procesal de carácter

⁷¹⁸ Más tarde, sin embargo, la doctrina italiana, como veremos más adelante, también contribuyó significativamente en el desarrollo de ésta.

⁷¹⁹ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, *op.cit.*, pág. 53.

⁷²⁰ Vide un breve análisis de ambas en Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pp. 35-41.

⁷²¹ José CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, (trad. española de la tercera edición italiana por Jose CASAIS Y SANTALÓ), Reus SA, Madrid, 1977, pp. 122-123.

triangular, en cuyos ángulos se encuentran las partes del proceso y el órgano jurisdiccional. Según BÜLOW de la relación descrita con anterioridad devenga un complejo de derechos y obligaciones para todas las partes. De ahí que el Juez tenga la obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y las partes, aparte de estar obligadas frente al Juez a la colaboración en el correcto desarrollo del proceso y a someterse al resultado del litigio, tienen derechos y obligaciones entre sí⁷²². La teoría del proceso civil como una relación jurídica fue modificada por Josef KOHLER (1849-1919) y Konrad HELLWIG. Sus aportaciones en este tema, sin embargo, no son de gran importancia en lo que se refiere al carácter de la carga de la prueba⁷²³.

Dentro de la configuración descrita, la carga de la prueba se consideraba como una obligación de probar. Así se señalaba que “determinar a quien toca la obligación de probar, procesalmente hablando, significa determinar quién debe instar la admisión de los medios de prueba”⁷²⁴. Uno de los más reconocidos y prestigiosos por entonces tratados de la carga de la prueba, el de Adolf Dietrich WEBER, hasta se titulaba “*Sobre la obligación de suministrar la prueba en el proceso civil*” (1ª ed. de 1804)⁷²⁵. El ejemplo más sobresaliente, esta vez de la doctrina italiana, es el de la *Teoría General de la prueba en derecho civil* (1ª ed. de 1894) de Carlos LESSONA cuyo § 3 del capítulo referente a la *Admisión de la prueba* se titulaba: “Qué parte debe instar la admisión de los medios de prueba. A quién corresponde la obligación de probar” y empezaba con la siguiente constatación “en este párrafo tercero halla lugar el desarrollo del tema difícil, vasto e importante de la obligación de la prueba”⁷²⁶. Con esto se quiere decir, que con la doctrina tradicional de la carga de la prueba y con la configuración de esta última como una obligación, se hacía recaer toda la importancia en lo que unos años más tarde se denominó como aspecto subjetivo (formal) de la carga. Así entendida, la carga de la prueba se ocupaba solamente de la cuestión de *quien* tiene la obligación de probar y de la “necesidad jurídica” de las partes de suministrar el material probatorio para sus

⁷²² Oskar BÜLOW, *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* (trad. por Miguel Ángel ROSAS LICHTSCHEIN), EJEJA, Buenos Aires, 1964, pp. 2-3.

⁷²³ Para resumen y respectivas aportaciones a la teoría del proceso civil como una relación jurídica, efectuados por los autores mencionados con anterioridad vide Andrés DE OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración: conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 24-29.

⁷²⁴ Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia y Alemania. Parte General*. (trad. por Enrique AGUILERA DE PAZ), 4ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, pp. 117 y ss., quien habla de las reglas sobre el peso de la prueba,

⁷²⁵ Leo ROSNEBERG, *La carga de la prueba*, (trad. de Ernesto KROTOSCHIN), 2ª ed. en castellano, Bdef, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pp.34-35.

⁷²⁶ Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil...*, op. cit., pp. 118-119.

afirmaciones. En consecuencia, lo que hoy es conocido bajo la denominación de la carga formal, era el único concepto que existía en esta etapa del desarrollo doctrinal de esta institución⁷²⁷.

En el año 1906 Giuseppe CHIOVENDA, en un intento de asimilación de los conceptos y construcciones teóricas elaboradas por la escuela alemana de Derecho procesal y su consiguiente adaptación al Derecho italiano, publica Principios de Derecho Procesal Civil en los que formula por primera vez el principio de la adquisición procesal. “Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a *una relación única*⁷²⁸ deriva también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal)⁷²⁹” - afirma.

Será, sin embargo, la teoría del proceso como una *situación jurídica* de James GOLDSCHMIDT (1864-1940)⁷³⁰, nacida en revisión de la doctrina desarrollada por VON BÜLOW⁷³¹ la que contribuyó de manera trascendente en la determinación de lo que hoy en día constituye la doctrina moderna de la carga de la prueba.

Según éste los nexos que vinculan las partes en el proceso no tienen carácter de derechos y obligaciones, siendo el único para el que la *litis* origina obligaciones el órgano jurisdiccional, debido a que el puesto que ocupa le impone el deber de administrar la justicia. Las obligaciones y derechos entre las partes están sustituidas en la teoría de GOLDSCHMIDT por las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas, que forman parte de las denominadas *situaciones jurídicas*. La carga, en cambio, es “una situación de necesidad de realizar determinados actos para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal” o “un imperativo del propio interés”⁷³². Da ahí, la sentencia de fondo, favorable para una parte procesal constituye su *expectativa* que gracias a que ésta parte tenga la *posibilidad* de llevar a cabo una actividad procesal, a través, precisamente, de ejercicio de las *cargas procesales*, puede convertirse en la realidad⁷³³.

⁷²⁷ Leo ROSNEBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 34.

⁷²⁸ Bastardilla de la autora.

⁷²⁹ Giuseppe CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, II*, op. cit., pág. 215-216.

⁷³⁰ Cf James GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Julius Springer, Berlin 1925, *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936, trad. del original *Zivilprozessrecht*, Julius Springer, Berlin, 1929 por Leonardo PRIETO-CASTRO y *Teoría General del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.

⁷³¹ Véase la crítica de la doctrina de VON BÜLOW en James GOLDSCHMIDT, “La teoría de la relación jurídica procesal”, *Teoría general del proceso*, op. cit., pp. 14-23.

⁷³² James GOLDSCHMIDT, *Teoría del proceso*, op. cit., pág. 82.

⁷³³ *Ibidem*, pp. 84-86. Sobre las posteriores consideraciones críticas a la teoría de GOLDSCHMIDT, véase Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 38.

La teoría de GOLDSCHMIDT se convirtió en consiguiente en el objeto de ardientes polémicas acerca de la naturaleza y caracteres de las cargas procesales. Todas sus posteriores modificaciones, en función del papel que en el ejercicio de la carga juega la voluntad del sujeto, se agruparon en dos tipos de categorías: 1. *Las teorías de las llamadas situaciones jurídicas pasivas*, en las que la carga equivale a un deber, siendo su nota característica la situación de sujeción o 2. *Las teorías de situaciones jurídicas activas*, donde, en cambio, la carga se configura como un poder, facultad o derecho subjetivo⁷³⁴.

Dentro de la primera categoría habría que mencionar sobre todo a Francesco CARNELUTTI (1879-1965)⁷³⁵, cuyo análisis de la carga centra la distinción entre ésta y una obligación en la distinta sanción que conmina a quien no realiza el acto en cuestión, y en el interés que se trata de tutelar por la carga, distinto de éste que tutela una obligación. De ahí que se hable de esta última si la violación del precepto da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena), y de la carga si la misma situación lleva al interesado sólo a perder provechos del acto del que se abstuvo. Así también, “obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés;⁷³⁶”. CARNELUTTI matizó en varias ocasiones su tesis acerca de la noción de carga, llegando finalmente a configurarla como un *deber*⁷³⁷.

Las primeras aproximaciones de CARNELUTTI a la carga procesal como una entidad jurídica resultaron en su distinción entre el poder derecho de la parte procesal (cuya falta de ejercicio está conminada solamente por una sanción económica), y poder deber de un órgano jurisdiccional en el proceso (cuya inobservancia resulta en una sanción jurídica)⁷³⁸. Sin embargo, ya en las Instituciones CARNELUTTI parece cambiar de idea

⁷³⁴ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 39.

⁷³⁵ Cf Francesco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil, T. I y II*, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, en trad. al castellano del original *Sistema del diritto processuale civile* (1936-38) por Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y Santiago SENTIS MELENDO, y *Instituciones del proceso civil, T.I y II*, EJEJA, Buenos Aires, 1989, trad. al castellano del original *Istituzioni del processo civile italiano* (1ª ed. 1942), 5ª ed., Foro Italiano, Roma, 1956 por Santiago SENTIS MELENDO.

⁷³⁶ Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil. Vol. I*, trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago SENTIS MELENDO, EJEJA, Buenos Aires, 1989, pág. 332. Véase también una breve descripción de la doctrina de CARNELUTTI en Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pp. 119-121.

⁷³⁷ Véase al respecto donde la carga asume todavía el concepto del poder derecho de la parte frente al poder deber del juez.

⁷³⁸ Así Francesco CARNELUTTI en *Sistema de derecho procesal civil, Vol.I*, op. cit., pág. 81. Así también MICHELI sobre la teoría de CARNELUTTI en Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pp. 60- 63.

cuando al referirse a cargas procesales afirma” también esto es para las partes un deber...; pero no el mismo deber que se resuelve en la obligación, y por eso se lo denomina de forma diferente⁷³⁹”

Supuestamente fue la idea de sujeción de la voluntad de la parte gravada con la carga, que a pesar de actuar en su propio interés y bajo la única sanción de perder unos beneficios procesales, tiene que ajustar su actuación a determinados requisitos procesales establecidos por la ley, la que hizo a CARNELUTTI redefinir el concepto de la carga, desplazándola desde *el poder* hacia *el deber*⁷⁴⁰.

Con la segunda categoría de las *situaciones jurídicas activas* se asocia, sobre todo, dos nombres, siendo estos Gian Antonio MICHELI y Leo ROSENBERG. Los dos autores coinciden en gran medida, sobre todo en cuanto la distinción entre la carga y la obligación toma forma de la contraposición libertad-sujeción. La carga procesal, vista por ambos autores como una facultad, poder, o derecho, constituye a la vez un mecanismo incentivador que incide sobre las partes para que éstas hagan valer sus propios derechos ante el órgano jurisdiccional⁷⁴¹.

Para ser preciso, ROSENBERG define la carga como “una posibilidad de efectuar determinados actos” y prefiere la expresión neutral y acostumbrada de la carga misma, antes de cualquier otra, como por ejemplo derecho⁷⁴².

Sobre la contravención de la carga MICHELI habla en términos de autorresponsabilidad o responsabilidad con uno mismo⁷⁴³, mientras ROSENBERG describe la carga como un deber para consigo mismo⁷⁴⁴.

1.2.8 Carga subjetiva y objetiva de la prueba.

Se señala que la denominación carga subjetiva y objetiva de la prueba fue especialmente usual entre los procesalistas austriacos. Poco más tarde, de allí se extendió también a Alemania. La denominación de la carga formal, equivalente a la carga subjetiva

⁷³⁹ Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, op. cit., pág. 332.

⁷⁴⁰ Así Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 40. Véase la crítica en Gian Antonio MICHELI, *LA carga de la prueba*, op. cit., pág. 83.

⁷⁴¹ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pp. 42-43.

⁷⁴² Véase Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pp. 73-79, en especial la pág. 79.

⁷⁴³ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 91.

⁷⁴⁴ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 74.

de la prueba, y material, equivalente a la carga objetiva de la prueba, en cambio, fue en principio utilizada especialmente en la bibliografía del Derecho procesal penal⁷⁴⁵.

En la doctrina, que sigue en este sentido a los estudios dogmáticos elaborados sobre todo por la doctrina alemana, a la hora de implementar el Derecho romano a través de la *Rezeption* a su Ordenamiento jurídico, se suele distinguir entre la carga subjetiva y objetiva de la prueba. Según el primer planteamiento, la carga de la prueba se distribuye en función de la posición de la parte en el proceso, respondiendo a la pregunta *¿Quién debe probar? ¿ Demandante o demandado?*⁷⁴⁶

Ésta es la posición adoptada en la moderna interpretación de las reglas romanas del siglo XIX por Adolph Dietrich WEBER (1753-1817)⁷⁴⁷ y Moritz August VON BETHMANN- HOLLWEG (1795- 1877)⁷⁴⁸. De acuerdo con estos últimos quien pretenda hacer valer ante los tribunales un derecho o una liberación debe probar los hechos desconocidos que sean presupuesto de tales derechos o liberaciones. Con esto, en principio sólo una de las partes, el demandante, está en la necesidad de aportar las pruebas, puesto que se encuentra en una situación de desventaja; su actividad probatoria es la condición necesaria de obtener una sentencia favorable. Como base de este razonamiento BETHMANN-HOLLWEG utiliza la teoría del proceso como una relación jurídica, de la que es partidario. En consecuencia, de las relaciones que vinculan al demandante con el demandado en el proceso, el primero tiene obligación de probar las consecuencias jurídicas necesarias de los derechos derivados de tales relaciones y el demandado las de los suyos. Es la aportación de la prueba por parte del demandante la que pone al demandado en la necesidad perentoria de probar, debido a que mientras al actor le falte la prueba, el *reus* resulte absuelto. Así las cosas, los partidarios de la carga de la prueba en su vertiente subjetivo se pronuncian a favor de la máxima *actore non probante, reus absolvitur*, puesto que es la que claramente se refiere a la posición de la parte en el proceso, rechazando a la vez el aforismo *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* como el que distribuye la carga de la prueba en función de la calidad de los hechos a probar; base, como veremos más adelante, del criterio objetivo de la carga⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Así Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 33.

⁷⁴⁶ José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, *op. cit.*, pág. 418 y 420.

⁷⁴⁷ Adolph Dietrich WEBER, *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess*, Frankfurter Verlagsanstalt, Frankfurt am Mein, 1970, (1ª ed. de 1805).

⁷⁴⁸ Cf Moritz August von BETHMANN- HOLLWEG, *Über die Beweislast. In Versuche über einzelnen Teile des Zivilprozesses*, Berlin-Stetting, 1827 .

⁷⁴⁹ José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, *op. cit.*, pp. 418-419 y Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba...*, *op.cit.*, pp. 124-125. Véase también Hans- Joachim MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 272-277; parcialmente disponible también en el Google libros.

De acuerdo con el criterio objetivo, en cambio, la carga de la prueba no depende de la posición procesal que la parte ocupe en el proceso sino de la calidad de hechos necesitados de prueba y es la norma de carácter material la que determina tal calidad⁷⁵⁰⁷⁵¹. Además a la carga objetiva de la prueba se la relaciona con las consecuencias de que un hecho necesitado de prueba se quede incierto, sin que importe quien se ha preocupado de hacerlo constar, una de las partes, ambas o el Tribunal⁷⁵².

Entre la decimonónica doctrina procesalista se mencionan sobre todo a dos nombres cuya aproximación a la carga de la prueba resultó en la creación y posterior desarrollo del criterio objetivo, siendo éstos Hermann FITTING (1831-1918)⁷⁵³ y GIAN- TURCO⁷⁵⁴. Con el posicionamiento de FITTING, posterior al de BETHMANN- HOLLWEG y elaborado como crítica de éste, nuevos elementos están introducidos a la teoría de la carga de la prueba. Precisamente es FITTING quien por primera vez establece que la prueba tiene por el objeto hechos y no derechos, y que el juez debe valorar sólo los hechos probados; los no probados se consideran inexistentes. Cambia también el concepto de la carga misma, la que no se asocia más con una obligación que recae sobre la parte en el proceso sino con una “necesidad práctica” cuya satisfacción es imprescindible para que el interés de la parte esté favorecido. Y, finalmente, la postura de FITTING constituye un primer intento de distribuir la carga de la prueba según la calidad de los hechos necesitados de prueba. Por ello, se empeña en utilizar dos tipos de teorías: la teoría de la “norma-regla” y su “caso-regla” y “norma-excepción” y su “caso-excepción” y la teoría efecto- causa. La “norma-regla” y su “caso-regla” son los que contienen situaciones de hecho normales que generan derechos, mientras la “norma-excepción” y su “caso-excepción” comprenden los hechos anormales que impiden la existencia de la norma-regla. La teoría de causa-efecto sirve, en cambio, para explicar cuándo será necesario probar unos hechos y otros, de modo que habrá necesidad de probar éstos hechos que supongan una modificación de la situación de apariencia existente. De ahí que un hecho persista (efecto) mientras no se prueba la existencia de la causa que motive su no existencia (causa); acudiendo al Derecho romano, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, *op. cit.*, pp. 33-39.

⁷⁵¹ Véase el epígrafe referente a los distintos tipos de hechos.

⁷⁵² Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág.40.

⁷⁵³ Cf Hermann FITTING, „ Die Grundlagen der Beweislast“, *ZZP*, nr 13, 1889, pp. 540- 640; disponible también en la biblioteca digital de Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte véase <http://dlib-zs.mpiet.mpg.de> (fc: 20.01.2009).

⁷⁵⁴ Cf L. GIANTURCO, *Commentario alle Pandette*, Milano, 1906.

⁷⁵⁵ José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, *op. cit.*, pp. 33-39 y 419; véase también Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba...*, *op. cit.*, pp. 125-126.

Fue el austríaco y penalista Julius GLASER (1831- 1885)⁷⁵⁶ quien en el año 1883 por primera vez introdujo la denominación de la carga formal y material de la prueba⁷⁵⁷. El concepto ha sido el objeto del consiguiente desarrollado por Leo ROSENBERG (1879-1963).

1.2.9 El dogma de la carga de la prueba según la doctrina moderna. Conceptos con más influencia en la doctrina española.

Hasta la publicación de la primera edición del trabajo de ROSENBERG (1900)⁷⁵⁸, la doctrina alemana estaba dividida entre los partidarios de una u otra (subjetiva u objetiva; formal o material) concepción de la carga de la prueba⁷⁵⁹. A ROSENBERG mismo se debe la creación de la doble dimensión de ésta, aunque, como subraya el autor, la carga de la prueba en su doble vertiente tendrá su razón de ser sólo en los procedimientos en los que rige la máxima dispositiva. De ahí que en un proceso dispositivo la carga de la prueba consista de ambas vertientes: subjetiva y objetiva, llegando esta última a tener mayor importancia al contribuir a determinar el alcance de la carga subjetiva. En otras palabras, contestar a la pregunta “*qué hechos están necesitados de prueba*” equivale a resolver la cuestión de “*a quién perjudica la falta de prueba respecto a estos hechos*”. En consecuencia, la distinción entre la cuestión de *¿Qué debe probarse?* y la otra de *¿Quién debe probar?* no se justifica. Responder a la primera significa contestar también a la segunda⁷⁶⁰.

De todas formas, incluso ROSENBERG, el gran defensor de la vertiente subjetiva de la carga, admite que la instauración en el moderno proceso civil del principio de adquisición procesal⁷⁶¹ hace que la actividad procesal de la parte cargada con la prueba “no constituye la esencia de nuestra doctrina”. Es sintomático al respecto que una de las

⁷⁵⁶ Cf Julius GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig, 1883 y *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Leipzig, 1883.

⁷⁵⁷ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 34.

⁷⁵⁸ El famoso trabajo sobre la carga de la prueba de ROSENBERG fue su proyecto de fin de carrera, que le permitió la promoción en el año 1900 bajo la supervisión del Prof. Otto FISCHER. Cf la 2ª edición de éste Leo ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin : O. Liebmann, 1923, renovada y ampliada varias veces después.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, pp.33-34.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, pág. 60.

⁷⁶¹ Véase epígrafe sobre el principio de adquisición procesal.

razones que justifica, en su opinión, el mantener del concepto de la carga subjetiva de la prueba tiene sus fundamentos en los principios reflejados en el §139 de la ZPO⁷⁶².

Frente a la teoría de los dos aspectos antitéticos de la carga de la prueba de ROSENBERG, acogida sin más por la doctrina alemana, se sitúa el concepto de la carga de la prueba como un fenómeno único, una regla de juicio para la resolución de la duda en el proceso de Gian Antonio MICHELI (1913-1980). Según este autor la carga de la prueba en el moderno proceso civil, basado en el sistema francés gira alrededor de los siguientes principios:

1. Poder de las partes de disponer del material probatorio sobre el que fundan sus respectivas pretensiones.
2. Deber del juez de pronunciar a fondo a base de los hechos alegados y probados por las partes.
3. Obligación del juez de pronunciar en cada caso (principio *non liquet*)⁷⁶³.

Una nueva configuración del proceso, provocada por la instauración del principio de adquisición procesal y de los poderes instructorios del juez, junto con la superación del sistema de la prueba legal y la introducción de la prueba libre ha llevado a una involución del concepto de la carga de la prueba.

A causa de los principios mencionados con anterioridad, la actividad probatoria responderá sólo *mediatamente* del resultado favorable para la parte en cuestión, al igual que su inactividad será solamente la *consecuencia mediata* de su fracaso procesal⁷⁶⁴. Hecho este fue determinante a la hora de poner de relieve que el moderno proceso civil está presidido por el riesgo objetivo de la falta de certeza, independiente de si la actividad probatoria de las partes haya sido desarrollada o no⁷⁶⁵, puesto que a pesar de estar aducidos los elementos probatorios, la libre valoración de estos por parte del juez puede resultar en su falta de persuasión en ningún sentido⁷⁶⁶. Estas razones llevaron a MICHELI a considerar la carga de la prueba de forma unitaria, bajo el perfil de la llamada regla de juicio, que coadyuva al órgano jurisdiccional en su labor de pronunciar en todo caso, aún cuando los hechos relevantes para la solución del caso se quedan

⁷⁶² Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 37.

⁷⁶³ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 93.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, pág. 96.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, pág. 95.

⁷⁶⁶ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pág. 97

inciertos. De esta forma, y abstrayendo de la tradicional doctrina alemana y austriaca, cuya mayoría se pronuncia a favor de mantener separados los dos aspectos de la carga de la prueba, el centro de la gravedad en el estudio del fenómeno se queda desplazado de la actividad procesal de las partes a la actividad de juicio del órgano jurisdiccional⁷⁶⁷.

Con esto no se quiere decir, que tal formulación de la carga de la prueba tiende a descuidar a la actividad probatoria de las partes, ya que la moderna doctrina de *la carga procesal*, prescindiendo de la noción de ésta como una necesidad de obrar, y configurándola como una necesidad práctica, hace que la vertiente subjetiva de la carga de la prueba pasa a constituir el objeto del estudio de los poderes reconocidos a las partes en el proceso, que, en cambio, forman parte de la doctrina de la acción⁷⁶⁸. Así entendida, la carga de la prueba cumple con la doble función atribuida le por CARNELUTTI:

1. Proporcionar al juez un criterio que le permite evitar un *non liquet*
2. Estimular la actividad de las partes⁷⁶⁹.

1.2.10 Conclusiones.

Se puede afirmar que tanto en el Derecho romano⁷⁷⁰ como en el primitivo Derecho germánico, e incluso hasta muy recientemente la carga subjetiva de la prueba era la única que existía, estando ésta, además, estrechamente vinculada a la actividad probatoria de las partes⁷⁷¹. No obstante, como se ha visto con anterioridad, especialmente en los países de influencia del Código Napoleónico, con el paso de tiempo y con el avance doctrinal en la materia de la carga de la prueba, el punto de gravedad empezó a desplazarse desde la actividad probatoria de las partes hacia la fase de dictamen de la sentencia. De ahí que la regla de la carga de la prueba se haya venido transformando de la regla de prueba legal en regla de juicio, gravando sobre el juez la

⁷⁶⁷ *Ibidem*, pág. 99.

⁷⁶⁸ *Ibidem*

⁷⁶⁹ Véase Francesco CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, *op. cit.* pp. 95-96.

⁷⁷⁰ Sobre la existencia o no de una regla general y abstracta de la carga de la prueba en el Derecho romano véase José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, *op. cit.*, pp. 417-426.

⁷⁷¹ Así entre otros Leo ROSNEBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 34 y Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 del Código Civil”, en Manuel ALBALADEJO, *Comentario al Código Civil*, Capítulo V. De la prueba de las obligaciones, Tomo XVI, Vol. 2, 2ª edición, enero 1991, disponible en <http://www.vlex.com/vid/238886> (fc: 15.12.2008).

obligación de pronunciarse en cada caso, incluido el dudoso. Por tanto, en el último estadio del desarrollo de la institución, la actividad de la parte pierde en importancia como condición necesaria para conseguir un resultado favorable. Al mismo tiempo se ve reforzada la relevancia de la sujeción objetiva de las partes a las resultancias probatorias, que ahora no depende únicamente de la respectiva actividad probatoria, sino también de la actividad instructoria del juez. De esta forma las reglas de la distribución de la carga de la prueba toman cuerpo y naturaleza de la regla de juicio, donde en primer plano se sitúa la actividad decisoria del Juez en los supuestos de hecho incierto⁷⁷², dando lugar a las denominadas *teorías de la falta de la prueba*⁷⁷³. No parece menos cierto que la mutua influencia que a partir del siglo XIX ejercitaron las dos principales doctrinas dedicadas al desarrollo dogmático del Derecho procesal: la italiana y la alemana, introdujo algunos elementos de confusión en la elaboración de los conceptos, que, pensados para Ordenamientos bien distintos, no siempre resultaban ser de fácil asimilación en los sistemas de recepción. Es sintomático al respecto, que en Alemania fueran los gérmenes de las primitivas reglas germánicas, entre ellas la tradición de la sentencia interlocutoria, que no desaparece del sistema procesal alemán hasta tan tarde como en el año 1879, y las posteriores reminiscencias de ésta reflejadas en el §139 de la ZPO, los que jugaron un papel apreciable no sólo en la elaboración, sino también en la posterior subsistencia de la denominada carga subjetiva de la prueba. La misma *Beweisinterlocut* que dio pie a la creación del concepto de la carga subjetiva en Alemania es, en cambio, totalmente desconocida por los demás sistemas de origen no germánico.

Así, la misma doctrina alemana afirma que la formulación subjetiva del concepto de la carga de la prueba de acuerdo con la que la carga de la prueba equivale a la carga de suministrar la prueba tiene en su origen el proceso común. En éste, el auto interlocutorio de prueba tenía como finalidad especificar definitivamente el tema de la prueba y la carga correspondiente a las partes. Tal auto interlocutorio de prueba tomaba forma de un mandato destinado a la parte obligada con tal de que produjera los elementos de convicción jurídica que se refiriesen a los hechos importantes dudosos. La otra parte tenía reservada la contraprueba, es decir, se le daba permiso para producirla. Este procedimiento no existe en el proceso actual. Es más, se ha transformado en su contrario⁷⁷⁴. De forma parecida se pronuncian los mejores autores de la doctrina italiana

⁷⁷² Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit. pág. 5.

⁷⁷³ Así Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op.cit., pág. 27.

⁷⁷⁴ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 35.

cuando advierten que las soluciones adaptadas en el último periodo del proceso común alemán se intenta aplicar a las nuevas situaciones que surgieron del uso de los más modernos tipos de procedimientos. Estos trasplantes implementados en los países de manera diferente conexos al Código Napoleón, en la mayoría de los casos extraños a la cultura jurídica en cuestión, han ejercido una considerable influencia sobre la formación de algunos conceptos, la carga de la prueba siendo uno de ellos⁷⁷⁵. Semejantes voces se dejan escuchar también en España. A este efecto, se dice que la distinción entre la carga material (*objektive o materielle Beweislast o Feststellungslast*) y carga formal (*subjektive o formelle Beweislast o Beweisfuhringlast*) es de origen alemán y amenaza con convertirse en una diferenciación cada vez más inútil. Esto último porque si bien en el proceso civil dispositivo los dos tipos de carga efectivamente coexisten, en el proceso inquisitivo la carga formal de la prueba ya no sólo desaparece, sino simplemente pierde sentido⁷⁷⁶.”

Con esto no se quiere decir necesariamente que hoy en día el aspecto subjetivo de la carga de la prueba no tenga importancia en nuestros días, sino que éste constituye parte de un complejo conjunto, llamado la regla de juicio consistente de ambas vertientes: subjetivo y objetivo de la carga, y que después de desvincularse de la actividad probatoria de las partes, no se refiere como antes a la fase de aportación de las pruebas sino a la de dictar la sentencia. Hecho éste que se ve especialmente reflejado en el momento de vulneración de las reglas de la carga de la prueba donde tanto el aspecto subjetivo como el objetivo juegan un papel importante⁷⁷⁷.

1.3 Principio de adquisición procesal.

El principio de adquisición procesal procede de la doctrina italiana, ya que su formulación se debe a Giuseppe CHIOVENDA (1872-1937)⁷⁷⁸. Creador de la ciencia procesal italiana, discípulo del alemán Adolfo WACH y austríaco Francisco KLEIN, influenciado por la escuela alemana (Oskar von BÜLOW, Josef KOHLER, Konrad HELLWIG), se muestra partidario de la teoría del proceso civil como *una relación jurídica* de carácter procesal⁷⁷⁹, y es el primero que en su obra maestra *Principios de*

⁷⁷⁵ Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, op. cit., pág. 51.

⁷⁷⁶ Juan MONTERO AROCA, *La prueba civil*, op. cit., pág. 127.

⁷⁷⁷ Véase el epígrafe sobre el concepto de la carga de la prueba.

⁷⁷⁸ Cf Giuseppe CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Bolonia 1903, *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1906, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma 1930 y *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935.

⁷⁷⁹ Vide capítulo referente al concepto de la carga de la prueba y teorías allí expuestas, especialmente lo

derecho procesal civil (1ª ed. 1906) hace constar: “del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única deriva también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte.”⁷⁸⁰ Así definido, el principio de adquisición procesal, aunque cobra mayor sentido e importancia en la materia de la prueba, se refiere a todos los actos procesales de las partes en general (adquisición procesal en sentido amplio)⁷⁸¹. Hoy en día, a pesar de que la teoría del proceso como una relación jurídica resulta superada como tal, e independientemente de qué explicación doctrinal se prefiera darle al proceso⁷⁸², su unidad sigue siendo incuestionable⁷⁸³. Es por ello, que el expuesto con anterioridad principio chiovendino también se mantiene actual.

En España, aunque formalmente no reconocido por la Ley y poco tratado en los textos legales, el principio de adquisición procesal está aceptado tanto por la doctrina⁷⁸⁴ como por la jurisprudencia⁷⁸⁵.

El Tribunal Supremo parece reconocerlo por primera vez en la sentencia de 20 de marzo de 1945⁷⁸⁶, después de que el Tribunal de instancia había denegado a la

referido a la teoría del proceso civil como una relación jurídica, formulada por Oskar von BÜLOW.

⁷⁸⁰ La cita proviene de José CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, II*, (trad. de la 3ª ed. italiana por CASÁIS Y SANTALÓ con notas de Alfredo SALVADOR BOSQUE), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pp. 215- 216. Sobre el principio de adquisición procesal por CHIOVENDA, véase también *Instituciones de derecho procesal civil, III* (trad. de GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1940, pág. 84.

⁷⁸¹ Vide Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *La prueba en el proceso civil*, Cuaderno CGPJ, Madrid, 1993, pág. 151.

⁷⁸² Véase descripción de las teorías tradicionales junto con las tendencias modernas en esta materia en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 24-32.

⁷⁸³ Así Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pág. 115.

⁷⁸⁴ Vide Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pp. 115-118, José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la LEC 1/2000, op. cit.*, pp. 251-256, Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil, op. cit.* pp. 209-211, GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil, op. cit.*, pág. 62, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 cc”, *op. cit.*, pág. 6, Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA- ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho.*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1996, 29-31, Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria, op. cit.* pp. 60-63.

⁷⁸⁵ En materia de la responsabilidad extracontractual, véase entre todas SSTs de 17.09.2008 (JUR 2008\306983), de 14.11.2007 (RJ 2008\14), de 15.11.2006 (RJ 2006\8058), de 17.03.2003 (RJ 2003\2750), de 29.04.2003 (RJ 2003\3041), de 02.07.1997 (RJ 1997\4776).

⁷⁸⁶ Así Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pág. 116, admitiendo, no obstante, que en algunas ocasiones han sido citadas sentencias anteriores. Evidentemente, por ejemplo, la STS de 17.03.2003 (RJ 2003\2750) cita a una sentencia tan anterior como la de 22 de diciembre de 1910, aunque esta última, precisamente, refiere el principio de adquisición procesal a otras que probatorias actuaciones de las partes en el proceso. Para la STS de 20.03.1945 Cf “Comentario de Leonardo PRIETO-CASTRO a la STS de 20 de marzo de 1945”, en *Rev. Leg.*, núm. 2 , 1945, más tarde publicado también en Leonardo PRIETO- CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil. Vol. I*, Instituto

demandante el beneficio de justicia gratuita por no probar debidamente los hechos que demostrasen su difícil situación económica, y aunque tal situación fue acreditada por el Abogado de Estado. En virtud de la mencionada sentencia::

“La valoración por el Juzgado de las pruebas practicadas en el proceso debe hacerse en contemplación al alcance que puedan tener en el resultado del mismo, y con la finalidad de obtener el convencimiento acerca de los extremos de hecho objeto de controversia, convencimiento que ha de formarse en virtud del examen y ponderación de los elementos probatorios, siendo indiferente a los efectos de obtener aquella finalidad que tales elementos se hayan aportado por una u otra de las partes; y acreditada por la prueba documental practicada a instancia del Abogado del Estado la falta de los medios y una manifiesta situación de indigencia de la recurrente – prueba que hizo suya, completándola con la de confesión judicial del demandado-, es obvio que si de la suma de unos y otros elementos probatorios aparece que concurren las circunstancias necesarias para la concesión del beneficio, no cabe que constituya obstáculo a la misma el hecho de que aquella prueba documental no haya sido aportada a instancia de solicitante; de donde se sigue que al denegarse en el caso actual la asistencia judicial gratuita, incide la sentencia en el error de derecho acusado en el motivo del recurso...⁷⁸⁷”

A partir de entonces, son reiteradas las sentencias del Tribunal Supremo que aplican el principio de adquisición procesal, con especial frecuencia en la materia probatoria.

Cf STS de 26 de septiembre de 1991: “...si los hechos están suficientemente acreditados en autos, es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material de prueba, con tal que el órgano decisor pueda extraer, valorar y concretar el hecho proclamado”, STS de 15 de julio de 1992 en virtud de la cual lo importante es que un “...hecho

Editorial Reus, Madrid, 1950, pp. 224-226.

⁷⁸⁷ Leonardo PRIETO- CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil. Vol. I, op. cit.*, pág. 226.

aparezca suficientemente demostrado, para lo que no viene a ser decisivo si la aportación proviene del actor o del demandado, tomándose para ello cuantos datos obren en el proceso”, STS de 17 de febrero de 1992: “... cuando los hechos declarados responden al material probatorio, directo e indirecto, vertido en las actuaciones, no cabe sino una valoración del mismo, con abstracción de quien de los litigantes lo haya aportado...” y STS de 20 de julio de 1998: “ en virtud del principio de adquisición procesal, las admisiones o reconocimientos de hechos que realicen las partes en sus escritos son ponderados y valorados como tales por el órgano ‘ a quo’, con plena libertad de criterio, siempre que responden a pautas lógicas y razonables”.

Con respecto al análisis al que se procederá más adelante, sin embargo, parecen de nota obligatoria los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo:

STS de 26 de abril de 1993 [RJ 1993\2947]: “... la doctrina de esta Sala mantiene la tesis de que lo útil procesalmente, es que el Tribunal haya podido formar elementos de juicio que comporten su convicción siendo irrelevante la procedencia subjetiva del instrumental probatorio que haya contribuido a integrar la convicción del juzgador para establecer el factum como sustrato del tema litigioso...”, STS de 18 de junio de 1996 [RJ 1996\5101]:” ...las normas que regulan la carga de la prueba no son absolutas y puede efectuarse el fenómeno procesal de “adquisición de la prueba”, ya que la doctrina de onus probandi no tiene otro alcance que el señalar las ausencias de la falta de prueba y no es apreciable por consiguiente, cuando como en el caso ahora contemplado, la sentencia recurrida establece con precisión la resultancia probatoria obtenida a través de la apreciación de los medios de prueba aportados al pleito (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1988 entre muchas)”, STS de 13 de marzo de 2001 [RJ 2001\ 5973]: “Cuando existe prueba no se puede reputar vulnerada la norma sobre la carga “siendo innecesaria cuando los hechos han quedado probados e irrelevante cual de las partes ha aportado la prueba practicada”, STS de 24 de abril de 2003 [RJ 2003\3532]: “Igualmente resulta equivocado tratar de combatir la eficacia probatoria de un informe pericial

(al que se imputa falta de valor probatorio por no haber sido impugnado, y de carga probatoria suficiente por no haber sido aportado por la parte demandante, sino por el codemandado) con base en el art. 1214 CC, que como se dijo, se refiere a la falta de prueba e indebida aplicación de las consecuencias procesales de la misma.” y STS de 15 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8058]: “ ...la carga de la prueba tiene como función determinar para quien deben producirse las consecuencias desfavorables cuando un hecho controvertido no ha sido probado, por lo que la doctrina de la carga de la prueba no entra en juego si los hechos controvertidos han sido justificados, sin que importe que la prueba haya sido aportada por una u otra parte, en virtud del principio de adquisición procesal.⁷⁸⁸”

En cuanto a la doctrina española, y centrándonos únicamente en el Derecho probatorio, puesto que es lo que resulta relevante en este trabajo, se señala que todas las pruebas, en virtud del principio comentado, están dirigidas al juez y son del proceso mismo. En consecuencia, *las pruebas producidas* en el proceso pueden ser utilizadas por ambas partes, al igual que el juez puede fundar su convicción en cualquiera de ellas, prescindiendo de la parte que la hubiera aportado⁷⁸⁹. Es decir, la parte que prueba determinados hechos en el proceso no lo hace en beneficio exclusivo suyo⁷⁹⁰. Ahora, cabría preguntarse también si puede decirse lo mismo en el caso de que una de las partes quisiera *proponer prueba* en el beneficio exclusivo de la otra parte, puesto que, por lo general, el principio de adquisición procesal produce efectos sobre el resultado de la prueba y no respecto de las pruebas propuestas y admitidas⁷⁹¹. La falta de estudios más profundos sobre el tema hizo recaer el peso de la respuesta sobre la práctica jurisprudencial. Así las cosas, se planteó en varias ocasiones la cuestión de si es lícito denegar una admisión de prueba con fundamento que la parte que hizo la petición de prueba carece de interés procesal, aunque sí lo tiene la parte contraria. Parece que, con el argumento de que en el Derecho español rige un sistema distinto al de otros países en los que una parte procesal puede proponer únicamente las pruebas de los hechos que

⁷⁸⁸ Bastardilla de la autora.

⁷⁸⁹ Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *op cit*, pág. 152.

⁷⁹⁰ Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 62.

⁷⁹¹ Así entre otros, Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pág. 117.

según la carga de la prueba le corresponden a ella, la respuesta se formuló de forma negativa⁷⁹². En virtud de lo expuesto con anterioridad, la parte procesal, según el Derecho español, puede aportar al proceso tanto pruebas que son beneficiosas para ella, como las que son de exclusivo interés de su contraparte, a consecuencia, por ejemplo, de ser poco hábil, por escoger una táctica defectuosa, o por cualquier otra razón⁷⁹³. Sin embargo, en caso de una resolución que le denegase la admisión de tal prueba, la parte que presentó la prueba en el beneficio exclusivo de su contraparte no podría recurrir contra resolución denegatoria al no tener legitimación para hacerlo, debido a falta de los dos: interés jurídico y económico; tampoco podría levantar la existencia de situación de indefensión⁷⁹⁴.

Otro problema que planteó la práctica jurisprudencial respecto al principio de adquisición procesal, importante a efectos de la carga de la prueba, es el de despacho que ha sido total o parcialmente cumplimentado y no devuelto al juez. En otras palabras, se han llevado a cabo todas o algunas diligencias de prueba cuya práctica se interesó por vía del auxilio judicial, reteniendo, la parte que las efectuó, el resultado de las pruebas practicadas porque le resultaban desfavorable, o no del todo favorable. El problema de si el principio de adquisición procesal rige en esta situación, y si se puede compeler a la parte de oficio o a la instancia de otra parte a la presentación del despacho, parece discutible; y aunque evidentemente una gran parte de la práctica judicial se pronuncia en contra de aquella solución, existen también voces a favor de ella⁷⁹⁵. Independientemente de si se admitiese la aplicación del principio de adquisición procesal en esta etapa del proceso y en este caso precisamente o no, el ejemplo citado con anterioridad trae siguientes reflexiones. La división del proceso civil de declaración en distintas fases, siendo éstas las de aportación, admisión, valoración de pruebas y decisión, teniendo como resultado el hecho de que no todas las pruebas propuestas y admitidas al proceso son susceptibles de ser adecuadamente valoradas por la parte que las propone para su práctica. Es decir, la prueba que a la primera vista parece ser de interés procesal para la parte que la propone, en el proceso de su formación o de su valoración por el juez puede resultarle perjudicial o no beneficiarle de todo. Teniendo

⁷⁹² Vide Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁷⁹³ Véase el comentario de Leonardo PRIETO- CASTRO, “Eficacia de la prueba prescindiendo de la parte que la aporta”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil. Vol. I, op. cit.*, pág. 225 y los antecedentes de hecho de la STS de 20 de marzo de 1945 allí citados.

⁷⁹⁴ Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 156.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, pág. 166.

en cuenta lo expuesto con anterioridad cabría preguntarse si las reglas de distribución de la carga de la prueba, o la llamada carga formal de la prueba, tan subrayadas por algunos autores, tienen tanta importancia en la fase probatoria del proceso.

Como se ha anunciado con anterioridad, la inclusión del estudio del principio de adquisición procesal en el capítulo que precede el análisis del concepto de la carga de la prueba no es en ningún modo accidental, puesto que hace tiempo ya la doctrina se preguntaba por la relación eventual entre mencionado principio y las reglas de la carga de la prueba; y aunque constataba que hablar de la carga de la prueba no significaba nada más que estudiar la cuestión referente a *quien prueba*, mientras el principio de adquisición procesal resolvía el problema de *para quien se prueba*⁷⁹⁶, lo cierto es que el problema sigue levantando polémicas hasta hoy en día, en España, por lo menos, constituyendo el punto neurálgico en la discusión doctrinal acerca de las dos dimensiones: material y formal de la carga de la prueba.

1.4 Concepto de la carga de la prueba.

La ignorancia y desconocimiento de una rama vecina de Derecho, como es la de Derecho Procesal, muchas veces hace a los civilistas sobrevalorar la importancia de la carga formal de la prueba, poniendo demasiado énfasis en la fase de aportación y admisión de las pruebas en vez de en la de decisión. Ese razonamiento corresponde a la doctrina tradicional de la carga de la prueba en vigor de la cual se hablaba de la obligación de la prueba o de *necessitas probandi*⁷⁹⁷.

La doctrina española, especialmente a partir del momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que dio más intensidad a la gran polémica alrededor del concepto de la carga de la prueba y sus dos dimensiones: formal y material, parece estar principalmente dividida entre dos pronunciamientos distintos. Así las cosas, hay quienes hacen una clara distinción entre las reglas de distribución del *onus probandi* (lo que se viene denominando **la carga formal o subjetiva de la prueba**) y la llamada regla de juicio (**carga material u objetiva de la prueba**), subrayando importancia de ambos aspectos⁷⁹⁸; y hay quienes, a pesar de reconocer la

⁷⁹⁶ Santiago SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, op. cit., pág. 227.

⁷⁹⁷ Véase la descripción de las doctrinas tradicionales en Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil, Parte General*, trad. de Enrique AGUILERA DE PAZ, 4ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, pp. 117 y ss.

⁷⁹⁸ En este sentido entre nosotros, Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*

mencionada con anterioridad doble función de las reglas probatorias, señalan falta de utilidad alguna de división tradicional dentro de la carga de la prueba, argumentando que ambas vertientes: formal y material, responden a un único fenómeno: el de **la regla de juicio**⁷⁹⁹.

Sin embargo, de acuerdo con el concepto moderno de la carga procesal la aplicación de la carga de la prueba sólo tiene lugar si un hecho relevante *no ha sido probado en el proceso*. De lo contrario no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión⁸⁰⁰. Así entendida, la carga de la prueba en la fase probatoria tiene un carácter meramente indicativo, sirve a las partes de orientación, señalando los hechos que deben probar si quieren ver favorecido su derecho, o evitar el acaecimiento de consecuencias perjudiciales para ellas⁸⁰¹. Es el interés de la parte en el proceso dispositivo de probar los hechos que la favorezcan el que impone su actuación en el proceso, y no la carga procesal⁸⁰². Es más, la parte puede alegar y probar los hechos que le son desfavorables, a la vez que la prueba producida por una de las partes en el proceso puede beneficiar incluso a la parte contraria. Es decir, una vez los hechos acreditados en autos son aportados al proceso es irrelevante cuál fue la persona que haya suministrado el material probatorio - principio de adquisición procesal o de comunidad de pruebas⁸⁰³.

Procesal Civil. El proceso de declaración: conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, op. cit., pp. 298-301, Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pág. 25- 28 y ss. y José María FERNÁNDEZ SEIJO, en Fernando ESCRIBANO MORA (coord.), *El proceso civil. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1594.

⁷⁹⁹ Así Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 124-128, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1972, pág. 588, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, *op. cit.*, pág. 31, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 50. Leonardo PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil, Vol. 1.º, Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, Madrid, 1980, pág. 138, Francisco RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Ed. J.M. Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1992, Tomo I, pp. 546-547.

⁸⁰⁰ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 115. Véase también el epígrafe siguiente sobre la regla de juicio.

⁸⁰¹ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1972, pág. 588.

⁸⁰² En este sentido GOLDSCHMIDT, por ejemplo, habla de “imperativos del propio interés”. Vide James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, (trad. por Leonardo PRIETO-CASTRO), Barcelona, 1936, pág. 203.

⁸⁰³ Acerca del principio de adquisición procesal véase Santiago SENTÍS MELENDO, “Adquisición de la prueba”, en *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJEA, Buenos Aires, 1979, pp. 217-237, entre nosotros Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pp.115-118, Joan PICÓ i JUNOY, “El principio de adquisición procesal en materia probatoria, *La Ley* de 20 de enero de 2006, núm. 6404, en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 60-63.

Dicho esto, en la doctrina se señala que uno se equivocaría pensando que entre la alegación y la carga de la prueba existe una relación de dependencia⁸⁰⁴, ya que la finalidad principal de las reglas de la carga no es imponer un deber de actuar en el proceso, sino informar a las partes sobre las pautas que el juzgador ha de seguir una vez se encuentre con la falta de la prueba de un hecho relevante a la hora de dictar la sentencia⁸⁰⁵.

El tema resulta controvertido, porque aunque el núcleo más importante de la regla de la carga de la prueba constituye indudablemente la llamada regla de juicio parece que no se le puede quitar también la importancia a la dimensión formal de la carga de la prueba. El ejemplo más sobresaliente, quizá, de lo expuesto con anterioridad se da en el momento en el que se investiga la vulneración eventual de la regla de la carga de la prueba. Y es que, aunque el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 julio 2006 [RJ 2006\5858] admite que “la regla de la carga de la prueba no resulta alterada cuando se ha practicado prueba y el órgano judicial lleva a cabo su apreciación, en virtud de un proceso de interpretación y valoración de la que se ha suministrado al proceso por cada parte en el conjunto del resultado (Sentencia de 21 de abril de 2004, que cita las de 12 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1563], de 25 de enero [RJ 2000, 117] , 17 de marzo [RJ 2000, 2482] y 22 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 7523] , de 28 de febrero de 2002 [RJ 2002, 4148] y de 21 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2134])”- lo que evidentemente tiene su origen en la regla de juicio o la carga material de la prueba-, más adelante, sin embargo, hace constar que “ solo cabe acoger, por ello, un motivo de casación por infracción del artículo 1214 del Código Civil-cuya excepcional invocación en casación ha sido insistentemente declarada por esta Sala – cuando ante la ausencia de prueba, el órgano jurisdiccional haya modificado, alterado o invertido la estructura de la regla de juicio (Sentencias de 3 de junio de 2003, 30 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7743] , 2 [RJ 2006, 821] y 27 de febrero de 2006 [RJ 2006, 1564] , y 2 de marzo de 2006 [RJ 2006, 726]),” - refiriéndose claramente de esta manera al aspecto formal de la carga de la prueba.

De forma parecida STS de 27 de diciembre de 2004 [RJ 2005\1240] y sentencias allí citadas: “El art. 1.214 CC contiene una regla general sobre la distribución de la

⁸⁰⁴ Juan DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN y Gilberto PÉREZ DEL BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 14.

⁸⁰⁵ *Ibidem*.

carga de la prueba, que solo cabe denunciar como infringido cuando la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quién no le correspondía el «onus probandi» conforme a la regla establecida (SS. entre las más recientes, 11 de marzo [RJ 2004, 901] , 17 [RJ 2004, 3067] y 27 de mayo [RJ 2004, 4264] , 4 [RJ 2004, 6066] y 18 de octubre [RJ 2004, 6077] y 5 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 6657]), por lo que es fundamental que se aprecie la falta de prueba y que se hagan recaer las consecuencias desfavorables sobre la parte a quién le incumbía la carga. Por ello, no puede darse la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquier que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba.”

Con ello uno podría discrepar con esta parte de la doctrina española que se pronuncia a favor de la clara diversificación de la carga de la prueba en la material y formal, sosteniendo que la dimensión formal de la carga de la prueba se vuelve independiente de la material, por cuanto los momentos procesales en los que adquieren relevancia los dos son distintos⁸⁰⁶. Según este mismo sector doctrinal las denominadas reglas de distribución de la carga de la prueba son relevantes para las partes en la fase probatoria por lo que informan que son precisamente ellas (las partes) responsables de aportar el material probatorio, y por lo que indican a la vez los hechos que cada una de ellas debería acreditar para vencer en el proceso. No obstante, y prescindiendo del hecho de que la responsabilidad de las partes de aportar las pruebas en el proceso tiene su origen más en el principio de aportación de las partes que en las reglas de la carga de la prueba, según la jurisprudencia citada con anterioridad, la regla de la carga de la prueba se ve vulnerada sólo en el caso de la insuficiencia probatoria (carga material) y (además) sólo cuando el órgano judicial haya modificado las reglas de su distribución (carga formal); de lo que deriva que los dos aspectos de la carga de la prueba se tienen en cuenta juntos y los dos producen efectos en la misma fase del proceso - la fase de decisión. De otra manera, la insuficiencia probatoria constituye condición para la siguiente aplicación de la regla de la carga de la prueba y, lo que conlleva, de la estimación eventual de la vulneración de aquella. Sólo dado este supuesto es apto valorar si las reglas de distribución de la carga de la prueba han sido modificadas. Y es

⁸⁰⁶ Así Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pág. 25 y José María FERNÁNDEZ SEJO, en Fernando Escribano Mora (coord.), *El proceso civil. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1594.

que fue ya el mismo ROSENBERG, partidario de la distinción entre la carga subjetiva y objetiva de la prueba quien afirmaba:

“...la carga objetiva de la prueba está, absolutamente, en primer lugar y que ella contribuye a determinar el alcance de la carga subjetiva. Pues una vez decidido, gracias a las reglas de certeza, lo que debe hacerse constar para que venza el demandante o el demandado- por ejemplo, la capacidad negocial o la incapacidad, el conocimiento o el desconocimiento, la culpa o la ausencia de culpa de unos de los interesados-, se ha resuelto al mismo tiempo la cuestión de saber a quién perjudica la falta de prueba con respecto a estos hechos. No justifica establecer la distinción entre la cuestión: “¿Qué debe probarse?” y la cuestión “¿Quién debe probar?”, admitiendo al mismo tiempo la posibilidad de respuestas distintas. La contestación a la primera pregunta contiene también la contestación a la segunda; no es posible que las dos respuestas discrepen. Por consiguiente, la segunda pregunta no tiene un significado independiente de la primera”⁸⁰⁷.

1.5 Reglas de distribución de la carga de la prueba.

Se señala que para comprender adecuadamente el fundamento general de la carga de la prueba junto con las reglas de su distribución entre las partes es imprescindible remitirse a la estructura del sistema de Derecho continental europeo, así como al método jurisdiccional para la tutela de los derechos reconocidos en la Ley⁸⁰⁸. De ahí, por lo general, a diferencia de lo que sucede en el sistema *Common Law*, el sistema *civil law* consiste de normas jurídicas de carácter general y abstracto que, al estructurar un supuesto de hecho, vinculan éste con determinadas consecuencias jurídicas. La aplicación de estas normas a un caso concreto, en cambio, constituye la condición *sine que non* para quien pretenda hacer valer su derecho vea su petición estimada. Es por ello que el demandante tendrá que alegar unos hechos concretos e

⁸⁰⁷ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 60.

⁸⁰⁸ Véase D. Tomás LÓPEZ FRAGOSO, “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, El Cano (Navarra)/ Madrid, año XI, núm. 487 de 24 de mayo de 2001, pág. 3.

históricos, relacionándolos con el supuesto de hecho contemplado por la Ley, y solicitar que el juez, después de probar la veracidad de sus afirmaciones y la correcta aplicación del fundamento jurídico, declare consecuencias previstas por la norma en aplicación.

En este sentido consúltese lo que en la doctrina procesal desde un conocido trabajo de CALAMANDREI⁸⁰⁹ viene denominándose “la formación interna de la sentencia”, empleándose dicha denominación para describir el camino para llegar a la resolución judicial. En España la teoría ha sido acogida por una parte de la doctrina, siendo desarrollada en el llamado esquema “en cascada” de la sentencia judicial⁸¹⁰.

Sin embargo, el hecho de que el interés del demandado es evidentemente opuesto al de demandante hace que imponer la carga de la prueba de todos los hechos solamente a una parte procesal, aquí a la que pretende hacer valer su derecho, sería no sólo contrario a la lógica procesal, sino también al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) y a los criterios de justicia distributiva⁸¹¹. De ahí, salvo que el demandado introduzca en el mismo procedimiento alguna pretensión suya, convirtiéndose de esta forma en el demandante frente al demandante originario a través de reconvenición, su único interés radica en ver desestimada la pretensión del actor. En consiguiente, para verlo satisfecho elegirá una de dos opciones que le facilita la estructura moderna del proceso civil: de acuerdo con la regla que sólo los hechos contradictorios requieren prueba⁸¹², negará los hechos afirmados por el actor, en cuyo caso no tendrá que probar nada, o bien afirmará nuevos hechos que, sin ser el presupuesto de una nueva pretensión, pudieran imposibilitar la estimación de su pretensión por el tribunal⁸¹³.

Incluso así se señala que en dos casos, precisamente en el supuesto de la rebeldía del demandado y en el de su negativa genérica, es decir, cuando éste no introduce ningunas nuevas afirmaciones, seguiría siendo el demandante quien soporta toda la prueba.

Situación ésta que para unos parece ser la más acertada, ya que al ser el

⁸⁰⁹ Piero CALAMANDREI, “La génesis lógica de la sentencia civil”, trad. esp. por SENTIS MELENDO en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 415 y ss.

⁸¹⁰ Véase Andrés DE OLIVA SANTOS/Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración: conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 392-394. Véase el resumen de dicho esquema en Teresa ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid Barcelona, 2004, pág. 232.

⁸¹¹ Así entre otros Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II*, op. cit., pág. 267.

⁸¹² Hechos contradictorios

⁸¹³ Así también Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, op. cit., pág. 57 y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 99

demandante quien inicia el proceso fundándolo en ciertas afirmaciones es lógico que, una vez no consiga la prueba positiva de éstas, las afirmaciones se desestimen, manteniéndose la situación existente con anterioridad a la demanda⁸¹⁴; para otros, sin embargo, parece ser de menos acierto, puesto que debido a la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia que favorece al demandado, la situación nunca será la misma⁸¹⁵. En la práctica, no obstante, ambas situaciones distan de ser las normales por lo que problema este no tiene tanta transcendencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, desde la Antigüedad y ante la clara insuficiencia de las reglas romanas, establecidas originariamente para casos concretos que sólo con posterioridad fueron elevadas a unas reglas abstractas⁸¹⁶, tanto la doctrina como la jurisprudencia se vieron inmersas en la búsqueda de un criterio general de distribución de la carga de la prueba, aplicable por lo menos en la mayoría de los casos surgidos.

Ahora bien, a pesar de que la lacónica y errónea redacción del art. 1214 del CC se mantuvo hasta tan tarde como al año 2000 cuando entró en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento civil y el art. 217 regulador de la carga de la prueba, desde CHIOVENDA⁸¹⁷, y supuestamente a través de la influencia del art. 2.697 del *Código Civile* italiano⁸¹⁸, constituye un criterio general de distribución de la carga de la prueba en el Derecho español aquel según el cual corresponde al demandante la carga de probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho y al demandado la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

Como primer precedente jurisprudencial que introduce reglas descritas de distribución del *onus probandi*, en cambio, se señala a la sentencia de 3 de junio de 1935⁸¹⁹, en virtud de la cual:

⁸¹⁴ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, *op. cit.*, pág. 88.

⁸¹⁵ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 6.

⁸¹⁶ Así entre otros José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, *op. cit.*, pág. 260 y ss. y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 88.

⁸¹⁷ Giovanni CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1954, T. III, pp. 101-102

⁸¹⁸ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 55.

⁸¹⁹ Así por todos, Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pág. 129

“El principio jurídico, sancionado por la jurisprudencia y sustancialmente recogido en el artículo 1.214, de que la prueba de las obligaciones incumbe a quien reclama su cumplimiento he de ser entendido conforme a los dictados de las más autorizadas doctrinas relativas a la carga de la prueba, en el sentido de que al actor le basta para probar los hechos normalmente constitutivos del Derecho que reclama, pues si el demandado no se limita a negar tales hechos sino que alega otros suficientes para impedir o extinguir fuerza al efecto jurídico tendrá él que probarlos como habrá de probar también aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades”⁸²⁰.

Así las cosas, son *hechos constitutivos* aquellos que fundamentan la pretensión del actor⁸²¹ dando vida a la relación jurídica que éste hace valer en el proceso⁸²². De otra forma, se entenderán como hechos constitutivos los que constituyen el presupuesto de hecho del derecho cuya protección se reclama en el litigio⁸²³.

Los *hechos impeditivos*, en cambio, son los que imposibilitan la eficacia jurídica de una relación jurídica o del derecho cuya tutela se solicita en el litigio, constituyendo una condición necesaria del mismo y no su causa eficiente⁸²⁴.

Hechos impeditivos están frecuentemente relacionados con estas realidades jurídicas que constituyen causa de la nulidad de los negocios jurídicos como por ejemplo los vicios de consentimiento en las relaciones contractuales: error, dolo y violencia, o la inexistencia de causa o causa ilícita, etc.

⁸²⁰ Cf la STS de 03.07.1935 en CGPJ, *Las Sentencias civiles de Don José Castán Tobeñas*, CGPJ, Madrid, 1990, pp. 96-98.

⁸²¹ Faustino CORDÓN MORENO, Teresa ARMENTA DEU, Julio J. MUERZA ESPARZA, Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, T. I, arts. 1 a 516*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 787,

⁸²² Juan DAMIAN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, pág. 20.

⁸²³ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil, op. cit.*, pág. 90, En el mismo sentido, José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, op. cit.*, pág. 265, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 55, Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000.*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 174, Valetín CORTÉS DOMÍNGUEZ/Vicente GIMENO SENDRA/Víctor MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 251.

⁸²⁴ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 55, Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000.*, *op. cit.*, pág. 174.

Los *hechos extintivos*, por su parte, sin afectar la validez de la relación jurídica o del derecho en cuestión hacen que ésta/éste deja de surtir los efectos jurídicos⁸²⁵.

El típico ejemplo del hecho extintivo es el pago en caso de aquellos contratos en los que la prestación de una de las partes consiste en el pago de cierta cantidad dineraria. Lo son también todas las demás causas de extinción de las obligaciones previstas en el art. 1156 CC.

La siguiente categoría de hechos, *excluyentes o enervantes*, por unos llamados también “contraderechos”⁸²⁶, excepciones en sentido propio⁸²⁷, o de forma más coloquial los “secretos de alcoba” de la relación jurídico- material⁸²⁸, son aquellos que resultan en nacimiento de un derecho que, perteneciendo al demandado, le permite oponerse a la pretensión del actor. A diferencia de los hechos extintivos, sólo pueden ser tenidos en cuenta en el proceso en la medida en que son afirmados, es decir, no son estimables de oficio por lo que recae sobre el demandado la carga de su alegación y acreditación en el litigio.

Es por ello que reiteradamente se ha suscitado como un ejemplo clásico de los hechos excluyentes el de la prescripción⁸²⁹. De acuerdo con el art. 1930 CC el transcurso de un tiempo determinado de la posesión previsto para cada supuesto origina para el beneficiario la facultad de oponer la prescripción frente al actor, en cuyo resultado se produce la adquisición de la propiedad por el poseedor de la cosa o de un derecho real (prescripción adquisitiva) con la simultánea extinción de la titularidad del verdadero propietario (prescripción extintiva)⁸³⁰. Su conceptualización como una excepción en el

⁸²⁵ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 55, Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000.*, *op. cit.*, pág. 174.

⁸²⁶ Vide por todos José María ASENSIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 200.

⁸²⁷ José GARBERÍ LLOBREGAT y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 55.

⁸²⁸ Juan DAMIAN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, pág. 21.

⁸²⁹ Así en la doctrina José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, *op. cit.*, pág. 265, Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 93, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, *op. cit.*, pág. 55; en la jurisprudencia Cf SSTS de 22.12.2000 (RJ 2000/ 10137), 19.03.1999 (RJ 1999/1860), de 21.02.1997 (RJ 1997/1906) y 31.10.1995 (RJ 1995/7783) entre otras.

⁸³⁰ Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Vol.I, Introducción. Derecho de la*

sentido técnico hace que la prescripción no puede ser tenida en cuenta por el juez de oficio, sin la efectiva invocación por la parte interesada en el proceso.

Ahora bien, según una gran parte de la doctrina procesal española no se puede *a priori* clasificar un hecho en completa abstracción de la relación jurídica de la que forma parte. Un hecho es constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente en función de la relación en la que tenga lugar. En otra forma, no es la esencia de los hechos la que permite distinguir entre sus diferentes categorías, sino la pretensión concreta; el proceso en el que los hechos intervengan⁸³¹. Por ejemplo, en una reclamación derivada del contrato de compraventa en la que el demandante- comprador alega que ha efectuado el pago y que en cambio no recibió de parte del demandado-vendedor la cosa pactada o, lo que es lo mismo, en un juicio por pago de los indebido, el pago tiene naturaleza de hecho constitutivo cuya carga resta sobre el actor si éste no quiere ver su derecho perjudicado. No obstante, el pago como tal normalmente tendrá consideración de un hecho extintivo cuya finalidad es cesar la relación jurídica constituida. Así será en caso de que el deudor-demandado alegase el pago de su deuda impidiendo de esta manera la estimación de la pretensión del actor⁸³². Sin embargo, los hay quienes señalan que los hechos gozan de naturaleza originaria que en virtud del pacto de las partes en el proceso sufre una mutación. Es decir, las partes lo único que hacen es dar entrada a un proceso de “etiquetación” de los hechos de la relación sustancial; “etiquetación” que es distinta a la legal⁸³³. De ahí que se pueda decir que la naturaleza jurídica de un determinado hecho sufre modificaciones en función precisamente del efecto jurídico pretendido por la parte a quien beneficie⁸³⁴. Un hecho

persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 442

⁸³¹ Tomas LÓPEZ FRAGOSO, “La carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil”; Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pág. 4, Emilio GÓMEZ ORBANEJA/Vincente HERCÉ QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1975, pág. 19, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “art. 1214”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 320, Jesús Eugenio CÓRBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIV (La prueba en el proceso civil), 1993, pág. 189, José GARBERI LLOBREGAT/Guadalupe BUITRON RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 55, José GARBERI LLOBREGAT, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 443, Michel TARUFFO, “Onere della prova”, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1995, vol XIII, pág. 69, José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones generales y presunciones*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 266.

⁸³² Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 95.

⁸³³ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, op. cit., pág. 624.

⁸³⁴ Juan DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *Carga de*

que era impeditivo, por ejemplo, con el pacto de las partes se convierte en constitutivo del actor.

Dicho esto, el mismo artículo 217 de la LEC en su apartado sexto destaca el carácter general de las reglas de la carga de la prueba señalando en virtud de la máxima *lex specialis derogat legis generali* que

“Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.”

Así las cosas, el reparto probatorio introducido por la regla de juicio contenido en la nueva LEC no es libre de restricciones y encuentra su limitación en las normas especiales, por una parte, y en los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, siendo éstos mecanismos de la inversión de la carga de la prueba, por otra⁸³⁵. Algunos de estos preceptos han sido recogidos de las leyes especiales⁸³⁶ e incorporados al texto de la LEC (art. 217 aprt. 4 y 5). Se trata de las normas que regulan los procesos en materia de competencia desleal y sobre la publicidad ilícita, ambas modificadoras de la distribución de la carga de la prueba a favor del demandante, y que atribuyen efectos negativos de falta de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los materiales que la publicidad exprese al demandado. El reparto probatorio cambia también en el art. 217 en caso de actuaciones discriminatorias por razón del sexo, en cuyo supuesto se desplaza hacia el demandado la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁸³⁷. Con esto no acaba el catálogo de las normas especiales que “invierten la carga de la prueba”. Sin ir más lejos, regulaciones de este tipo abundan, por ejemplo, en la legislación laboral y social⁸³⁸. Se multiplican también en materia de

la prueba y responsabilidad civil, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ/Juan DAMIÁN MORENO/Piedad GONZÁLEZ GRANDA/Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN/Gilberto PÉREZ DEL BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 20.

⁸³⁵ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁸³⁶ Art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y el art. 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁸³⁷ Este apartado ha sido añadido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

⁸³⁸ Juan DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 25.

responsabilidad por daños en la llamada sociedad de riesgo⁸³⁹. Hechas estas precisiones, uno de los propósitos de este trabajo es comprobar si en el Derecho español existe hueco que podría dar lugar a implementación de otra regla especial que modifique la distribución de la carga probatoria de acuerdo con el criterio “riesgo”. Uno habría de preguntarse por consiguiente en qué forma y dónde introducir esta vez dicha regulación, pues, las normas que especifican o concretan la carga de la prueba pueden también ser normas sustanciales o materiales, que están contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio o, incluso, en la Ley de Sociedades Anónimas⁸⁴⁰. La respuesta a dicha cuestión dependerá en gran medida también de cómo efectuar la diferente distribución, a través de una presunción, verdad interina, ficción⁸⁴¹, inversión de la carga de la prueba sensu estricto, así como de qué es lo que uno entiende con la denominación de la inversión de la carga de la prueba. La resolución de tal cuestión la dejaremos en manos de los más autorizados. Aquí nos limitaremos solamente a señalar el problema y sugerir distintas posibles soluciones, teniendo en cuenta el margen de maniobra marcado por el derecho vigente en la materia. Un análisis más detallado de la materia requiere, no obstante, una previa y breve exposición del tema con la que se procederá más adelante.

1.6 Inversión de la carga de la prueba.

A primera vista la definición del problema parece muy fácil. Cuando pensamos en la inversión de la carga de la prueba tenemos en mente la situación en la que se

⁸³⁹ A este efecto, véase la monografía de Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004. Sobre las reglas que complementan o rellenan la general regla de juicio del art. 217 LEC, exonerando de la prueba de determinados hechos en ciertos casos véase Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.137- 156. Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: la interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 109- 135.

⁸⁴⁰ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 144.

⁸⁴¹ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Carga de la prueba y responsabilidad civil, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 75-108.

produce el efecto de modificar los criterios de distribución de la misma establecidos legalmente⁸⁴². Sin embargo, un examen, aunque sea sucinto, de la bibliografía sobre el tema proporciona múltiples ejemplos de lo contrario. Así hay quienes afirman que para que técnicamente pueda hablarse de la inversión de la carga de la prueba es preciso que exista una divergencia entre la carga de su alegación o afirmación (*Behauptungslast*) y la carga de su prueba (*Beweislast*)⁸⁴³. Los hay también quienes entienden que para que tenga lugar la inversión de la carga de la prueba los hechos normalmente constitutivos han de convertirse en impeditivos, extintivos o excluyentes y viceversa⁸⁴⁴. Según otra parte de la doctrina procesal española la carga no se “invierte”, se distribuye de otra manera, de forma diferente a la que ordinariamente debiera regir para un supuesto normal⁸⁴⁵. El mismo sector doctrinal señala que la inversión de la carga de la prueba ha de conllevar una exoneración de la prueba y, además, una modificación del supuesto de hecho de una determinada norma. Así entendida, la inversión de la carga de la prueba a la vez que dispensa de prueba constituye una modificación del supuesto de hecho de la norma material⁸⁴⁶. Más que un autor considera que la inversión de la carga de la prueba debe conllevar “cambio de los papeles” de las partes procesales en lo que a la prueba de hechos se refiere. Así, al actor le corresponderá la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, mientras al demandado la de los hechos constitutivos⁸⁴⁷. La discusión sobre la naturaleza de la carga de la prueba se solapa con las discrepancias alrededor de qué métodos⁸⁴⁸ o mecanismos la comprenden. Así existen autores que subrayan la importancia de una correcta distinción entre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba negando de forma firme la posibilidad de identificación de una

⁸⁴² Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, 2006, pág. 117.

⁸⁴³ Guillermo ORMANZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 65.

⁸⁴⁴ Fernando J. GARCÍA MARTÍN, “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil. Crítica a una jurisprudencia equivocada”, I y II, *La Ley*, núm. 4947 y 4948, 13 y 14 de diciembre de 1999.

⁸⁴⁵ Juan DAMIAN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil, *op. cit.*, pág. 26 apoyándose en la tesis de Valentin CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho Civil Iberoamericano*, año 1972, núm. 2-3, pág. 584.

⁸⁴⁶ Valentin CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho Civil Iberoamericano*, año 1972, núm. 2-3, pág. 603.

⁸⁴⁷ Andrés DE LA OLIVA/Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho Procesal*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, pág. 239, Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil, *Actualidad Civil.*, 1996-2, núm. 15, pág. 356.

⁸⁴⁸ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Carga de la prueba y responsabilidad civil”, en Valentin CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 92. Según el autor una presunción es un método probatoria y no un medio.

figura con la otra. Hay quienes advierten que las presunciones no invierten la carga de la prueba, sino añaden una carga de contraprueba que, de ordinario, no existe. De esta manera, se reconoce el hecho presunto bajo la condición de que falte la prueba de la inexistencia de tal hecho⁸⁴⁹. En cambio, otro sector doctrinal opina que aunque es cierto que tanto presunciones, como la carga de la prueba han sido creadas para suplir las dificultades probatorias, no obstante, ambas instituciones tienen diferente naturaleza jurídica y se traducen en consecuencias prácticas bien diversas⁸⁵⁰. Finalmente, un sector doctrinal parte de la posición de acuerdo con la que el término inversión se percibe en un sentido amplio, entendiéndose por tal cualquier modificación que afecte la regla general del art. 217 LEC⁸⁵¹. Esta última definición será la acogida a propósito de este trabajo, puesto que a la autora de este estudio fue la que más gráfica le parecía.

Así las cosas, la modificación de la distribución del *onus probandi* puede tener diferentes efectos sobre la carga de la prueba, así como puede estar efectuada a través de distintos mecanismos, siendo estos **legal, judicial y convencional**. Respecto al primero, las modificaciones en la carga de la prueba tienen un doble carácter: uno, en su efecto se produce una exoneración parcial de la carga de la prueba cuyo origen se ha de buscar en un cambio del tema de la prueba o, dos, generan una exoneración total de la carga de la prueba a favor de la parte sobre la que, según las reglas generales, la carga recaía con anterioridad; tal exoneración es consecuencia del impacto que sobre dichas reglas generales tienen reglas judiciales, convencionales u otras reglas legales que desplazan la carga de la (inexistencia) de un hecho hacia otra parte procesal. De ahí que la exoneración parcial produzca el efecto de facilitación de la prueba a través del cambio de su tema. El proceso aliviador en este caso consiste en que la parte actora se ve dispensa de la prueba de un hecho de difícil acceso o producción. Tal liberación sin embargo, no es completa ya que la prueba originaria se sustituye por prueba de otro hecho más llevador. El cambio de tema, de esta manera, se traduce en cambio de hechos a probar (**inversión de la carga de la prueba a través de la presunción en sentido estricto**). Por su parte, la exoneración total produce una exención completa de la necesidad de prueba distribuida según las reglas generales de forma que ésta se

⁸⁴⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Ignacio Díez PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 424-425.

⁸⁵⁰ Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 150.

⁸⁵¹ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, 2006, pág. 118.

sustituye por la prueba de hecho contrario que recae sobre el demandado. Existen varios mecanismos aptos para conseguir este efecto, siendo éstos primero, introducción de las reglas en los textos legales que para supuestos específicos establecen reglas que modifican el reparto probatorio del art. 217 aprt.2 y 3 de la LEC de forma directa o a través de las presunciones aparentes (**inversión de la carga de la prueba legal**); segundo, tal modificación puede tener lugar a través de la corrección judicial mediante la aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria en el momento de dictar la sentencia (**inversión de la carga de la prueba judicial**)⁸⁵² o, tercero y último, de acuerdo con el principio de autonomía de voluntad la pueden acordar partes de una relación jurídica para que surta efectos en caso de conflicto (**inversión de la carga de la prueba convencional**)⁸⁵³.

La mayoría de la doctrina procesalista niega la posibilidad de una inversión legal y judicial de la carga de la prueba⁸⁵⁴. Se argumenta que la regla de juicio tiene carácter procesal, formal e imperativo⁸⁵⁵ y como tal puede estar solamente concretada o rellenada. El fenómeno de la inversión de la carga de la prueba no se puede referir a una inversión bajo un perfil procesal, pues ni se invierte la regla de juicio ni ello podría hacerse. De esta manera, la inversión queda limitada al campo o sector de Derecho material⁸⁵⁶. De acuerdo con otra parte de la doctrina, la inversión de la carga de la prueba tiene lugar solamente si especificamos la regla general de otra manera que legal. La modificación que tiene en su origen un cambio legislativo no es sino sustitución⁸⁵⁷.

⁸⁵² Aunque actualmente la inversión de la carga de la prueba judicial según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil está permitida solamente en caso de que así lo aconsejen los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, este hecho no descarta la posibilidad de que en el futuro se introduzca otra regulación de este tipo para los casos del ámbito de la responsabilidad extracontractual que modifique la general distribución del onus probandi en los supuestos en los que de la actividad causante del daño dimana un riesgo incrementado.

⁸⁵³ Este esquema ha sido acogido por Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pp. 119-120 y ss. que sigue en su intento de clasificar a SERRA DOMÍNGUEZ.

⁸⁵⁴ Así Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", op. cit., pág. 595 y ss. José GARBERÍ LLOBREGAT, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 58, Luis MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 181 y ss. Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Ignacio DIÉZ PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 301, Álvaro LUNA YERGA, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC", www.inDret, Working Paper nº165, Barcelona, octubre 2006, pág. 12.

⁸⁵⁵ Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, 2ª ed. del año 1952, Editada en Buenos Aires en 2002, Bdef, pág. 88 y ss.

⁸⁵⁶ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", op. cit., pág. 586.

⁸⁵⁷ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", op. cit., pp. 592 y 600. De forma parecida se han pronunciado con anterioridad también José GARBERÍ LLOBREGAT/Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 58 y José GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles. Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil con*

Según otro sector doctrinal, en cambio, el hecho de que la modificación legal de la regla general se considere un fenómeno de inversión o bien de sustitución no tiene tanta importancia. La divergencia es nominal y no conceptual. Lo que es sustancial es el doble efecto que tiene tal especial regla legal, es decir, por una parte evitar la aplicación de la regla general, y por otra, redistribuir la carga de la prueba de forma completamente distinta⁸⁵⁸.

La decisión de escoger el siguiente, y no otro, esquema tiene detrás otra razón más. Es de sobra conocido ya el muy generalizado uso que al término inversión de la carga de la prueba dio la jurisprudencia española y que engloba multitud de fenómenos distintos bajo un denominador común- diferente que la fijada en la regla general distribución de la carga de la prueba⁸⁵⁹. Este sentido, amplio, es el que se da también a la inversión de la carga de la prueba en este trabajo.

1.6.1 La inversión legal⁸⁶⁰.

De acuerdo con el aprtd. 6 del art. 217 LEC la regla general introducida por los aprtd. 2 y 3 del mismo artículo aplicará en tanto en cuanto no exista una regulación especial que la sustituyese. Se ha de afirmar, sin embargo, que dentro de las reglas que regulan la carga de la prueba no todas la distribuyen de forma diferente que la regla general. Existen normas legales que solamente especifican o concretan el art. 217 apt. 2 y 3 para determinados tipos de relaciones jurídicas. Un caso ejemplar de éstas lo constituye el art. 1900 CC según el cual el actor tiene que probar la entrega de la cosa, siendo este hecho constitutivo de la pretensión, mientras sobre el demandado recae la carga de probar que el pago era debido- hecho impeditivo en este caso. Tal reparto en

formularios y jurisprudencia, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 446.

⁸⁵⁸ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 126.

⁸⁵⁹ Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág.49.

⁸⁶⁰ Este esquema es el acogido por Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ en *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, y, en algunos aspectos, por Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ªed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 120- 142. Este último autor no emplea la denominación inversión para explicar el fenómeno. En este sentido utiliza descripción reglas legales especiales de la carga de la prueba que pueden establecerse de forma directa o a través de las falsas presunciones.

nada modifica la regla contenida en el art. 217 aprt. 2 y 3 de la LEC⁸⁶¹. De ahí, todas las reglas especiales que modifican el reparto de la regla general de la distribución de la carga de la prueba introducidas por la ley consisten en inversión de la carga de la prueba legal.

La existencia de una inversión de la carga de la prueba de carácter legal parece estar firmemente rechazada por una parte de la doctrina de acuerdo con que se tratará con la inversión de la carga de la prueba cuando esta se especifique de forma diferente a la legal, es decir, la modificación de una norma tiene que provenir del exterior: de las partes contratantes en caso de la inversión convencional o del juzgador en el supuesto de la inversión impuesta por la práctica judicial. La modificación de la norma por parte del legislador no es tal, sino sustitución⁸⁶².

Las normas que establecen la inversión legal pueden tener carácter tanto procesal como material, sustantivo. El legislador puede establecerlas de dos formas, directa, a través de una norma que señala expresamente qué parte ha de probar determinados hechos o, de modo indirecto, que a su vez tiene también dos modalidades, primero, a través de la presunciones sensu estricto o, segundo, por medio de las falsas presunciones o verdades interinas⁸⁶³.

1.6.1.1 Inversión legal directa.

Entre otros, son ejemplos de las normas que invierten la carga de la prueba de forma directa:

Art. 850 CC- La prueba de ser cierta la causa de desheredación corresponde a los herederos del testador si el desheredado la negare.

⁸⁶¹ Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.* pág. 356.

⁸⁶² Valentine CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 592 y 600. Así también José GARBERÍ LLOBREGAT/Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 58 y José GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil con formularios y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 446.

⁸⁶³ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1991, 2ª ed., pp.52-53.

Art. 1900 CC- En el cobro de lo indebido, justificada por el actor la entrega, el demandado deberá probar que la cosa le era debida.

Art. 361 CdC- Si las mercancías transportadas sufren menoscabo o daño, el caso fortuito, la fuerza mayor y el vicio propio de las cosas debe ser probado por el porteador.

Art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro- En el seguro de daños la prueba de la preexistencia de las cosas corresponde incumbe al asegurado.

Art. 139 del Real Decreto Legislativo 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- El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.

Art. 82 del Real Decreto Legislativo 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- El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Art. 18.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal- Si el deudor basa su oposición en que es solvente la prueba de esta solvencia le corresponde.

Art. 217.5 de la LEC (en la redacción de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres- Si la parte actora fundamenta su pretensión en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado “probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Art. 217 aprt. 4 LEC- En los procesos de competencia desleal corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas, con lo que se está asumiendo lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (derogado por la LEC) si bien modificándolo.

En los procesos en materia de publicidad corresponderá al anunciante demandado la carga de la prueba de la exactitud de los datos materiales que la publicidad exprese, con lo que se ha asumido, igualmente, el art. 29 b) y c) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (derogado por la LEC) pero también modificándolo.

En forma de un esquema general tal inversión se puede resumir de siguiente manera: La prueba de X corresponde a Y. Es llamativo, asimismo, que dichas normas especiales suelen contemplarse en textos legales de naturaleza sustantiva, Código Civil siendo un caso ejemplar de estas y uno de los más extendidos.

1.6.1.2 Inversión legal a través de falsas presunciones.

Existen reglas legales que, aunque dan sensación de aparentemente encubrir una presunción, lo que hacen en realidad es modificar solamente el reparto del general *onus probandi* en atención a las particularidades derivadas de determinados tipos de relaciones jurídicas. El mismo esquema de tal institución, “se presume Y salvo prueba en contrario” resulta más engañoso que indicador. Así las cosas, de las diferencias principales en las que radica la falta de identidad entre una presunción falsa, aparente o verdad interina y una presunción sensu stricto la que más atención requiere es la inexistencia del hecho indicio en la primera. De esta manera, una presunción aparente o verdad interina rompe con el típico esquema de la presunción sensu stricto: hecho indicio + nexos lógicos=hecho presunto⁸⁶⁴. Su introducción en un supuesto fáctico concreto supone que la parte favorecida por ella está exonerada de la necesidad de

⁸⁶⁴ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Carga de la prueba y responsabilidad civil”, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág.87.

acreditar hecho base o indicio, considerándose el hecho presumido como tal sin necesidad de acreditación de hecho base. A este efecto, la presunción consiste en deducir un hecho a partir del otro. Esto significa que no tendrán consideración de auténticas presunciones aquellas que implican deducción de un hecho, no otro hecho, sino una consecuencia jurídica, simple o compleja⁸⁶⁵. Para definir el problema de forma todavía más visual, una presunción nunca es “gratuita” dado que un hecho presunto gozará de reconocimiento en el proceso únicamente en el caso de que se admita o pruebe el hecho indicio. Las presunciones aparentes, en cambio, no se presumen sino que se presuponen. Tal presuponer se traduce en que se da por sentado o cierto algo, sin que sea necesaria condición previa alguna. En consecuencia, la institución puede estar descrita como una herramienta “gratuita”. A modo de resumen, el efecto que se produce en caso de una y otra institución es distinto puesto que mientras la presunción sensu stricto está condicionada por el hecho indicio cuya falta de admisión o prueba impide la presunción de la existencia de hecho presumido, en las verdades interinas o presunciones aparentes la parte beneficiada por ella está exenta de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presumido⁸⁶⁶. Así las cosas, constituyen solamente algunos ejemplos de las verdades interinas o presunciones aparentes los enumerados a continuación:

Art. 33 del CC. Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.

Art. 434 del CC- La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.

Art. 436 del CC- Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo

⁸⁶⁵ Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Igancio DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2004, pág. 419.

⁸⁶⁶ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Carga de la prueba y responsabilidad civil”, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 100.

concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

Art. 448 del CC- El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo.

Art. 449 del CC- La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos.

Art. 572 del CC- Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, o signo exterior, o prueba en contrario:

1. En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.
2. En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitios en poblado o en el campo.
3. En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Art. 574 del CC- Las zanjas o acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título o signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario a la medianería cuando la tierra o broza sacada para abrir la zanja o para su limpieza se halla de un solo lado, en un solo lado, en cuyo caso la propiedad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga a su favor este signo exterior.

Art. 1183 del CC- Si la cosa debida se pierde cuando está en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa, salvo prueba en contrario.

Art. 1277 del CC- La causa de los contratos se presume existente u lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Art. 7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden. [...]

Art. 10 I, II de la Ley Concursal- Si el deudor es una persona jurídica se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social y con ello se está disponiendo que el centro de los intereses principales de una persona jurídica es el lugar de su domicilio social.

1.6.1.3 Inversión legal a través de la presunción sensu stricto.

Una inversión legal efectuada por medio de una presunción sensu stricto es aquella en la que el legislador establece a través del esquema hecho base, hecho presunto y relación o nexo causal entre ellos una modificación en el *thema probandi* que facilita la prueba a la parte beneficiada de la que se exige la acreditación del hecho cuya prueba es mucho más fácil que la del hecho que tendría que demostrar si no existiese dicha presunción. La existencia del nexo causal se valora de acuerdo con las reglas de criterio humano, exigiéndose de dicha relación que sea lo suficientemente directa como para realizar tal inferencia⁸⁶⁷. En lo que respecta a la naturaleza, una presunción es un método deductivo porque la presunción consiste en inferir o sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto⁸⁶⁸. A modo de ejemplo, constituyen casos de inversión legal efectuada a través de presunciones estrictas los siguientes.

Art. 1210 CC. Se presumirá que hay subrogación:

1. Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

⁸⁶⁷ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil, op. cit.*, pág. 134.

⁸⁶⁸ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Carga de la prueba y responsabilidad civil”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág.93.

2. Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

Art. 459 CC El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Art. 61.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad. Si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el presente procedimiento patentado.

Art. 77.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad. El transmitente o licenciante responderá siempre cuando hubiere actuado de mala fe. La mala fe se presume, salvo prueba en contrario, cuando no hubiere dado a conocer al otro contratante, haciéndolo constar en el contrato con mención individualizada de tales documentos, los informes o resoluciones, españoles o extranjeros, de que disponga o le conste su existencia, referente a la patentabilidad de la invención objeto de la solicitud o de la patente.

Art. 85 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad. Justificada la explotación ante el Registro de la Propiedad Industrial, mediante el correspondiente certificado, se presume que, salvo prueba en contrario, la invención patentada está siendo explotada en la forma exigida por el artículo 84 de la presente Ley.

Art. 122.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad. Cuando el inventor resida habitualmente en España, se presume, salvo prueba en contrario, que la invención se realizó en territorio español.

Art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso

necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente.

Art. 71.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Art. 78.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Art. 165 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
2. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.
3. Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro

Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Todos los casos aquí facilitados constituyen ejemplos de las presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contrario, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* que no admiten tal prueba. Probar el hecho base de las últimas significa que el hecho presumido ha sido fijado de manera que no cabe aportar prueba en contrario⁸⁶⁹. Una vez efectuada, una presunción *sensu stricto* influye no solamente en la posición de la parte favorecida por ella, sino también en la de la parte contraria. Fijado el hecho presunto pues, al demandado, si quiere desvirtuar la presunción *iuris tantum*, le corresponde la prueba de falsedad o ineficacia del hecho indicio o hecho base o, si es caso, de la imposibilidad de que la relación causal se haya producido, siendo innecesaria y obsoleta ya cualquier acreditación de la inexistencia del hecho que se presume⁸⁷⁰. La operatividad de la presunción *iuris et de iure* no deja mucho margen de maniobra puesto que lo único que éstas permiten rebatir es la existencia del hecho base. Por tanto, en este tipo de instituciones, una vez acreditado el hecho indicio, ninguna discusión de si el nexo causal es tal que permite deducir de dicho indicio existencia de otro hecho, presumido, entra en juego. Eso es así puesto que el legislador decidió que tal nexo se da y considero dicho hecho indiscutible. Así ambos tipos de presunciones dejan a la contraparte la posibilidad de atacar la existencia del hecho base, mientras solamente *iuris tantum* pueden además ser destruidas a través de la aportación de la prueba en

⁸⁶⁹ Cesare Gildo SILIPO, *Le presunzioni come mezzo di prova*, Tipografia Editoriale, IDOS, Milano, 1977, pág. 18.

⁸⁷⁰ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 139.

contrario de la vigencia en el caso concreto del nexo causal entre el hecho base y el hecho presumido⁸⁷¹.

Ahora bien, existen voces en la doctrina que argumentan que las presunciones *iuris et de iure* no son verdaderas presunciones sino una suerte de ficciones legales que entran en juego en el momento de la valoración de la prueba y funcionan como un tipo de prueba tasada por lo que no influyen de ninguna manera en la carga de la prueba⁸⁷². Eso debido a que esta última cobra importancia en la fase de decisión y no en la anterior de la valoración de la prueba⁸⁷³. Desde el Derecho Comparado, en cambio, se señala que la presunción tiene que estar refutada hasta este extremo que el juez este en duda otra vez de si el hecho en cuestión realmente existe. No es necesario ir más allá y suministrar la prueba en contrario. Es por ello que en cuanto la presunción esté aceptada lo que se invierte es la carga “probatoria” (*evidential burden*) y no la “legal” (*legal burden*)⁸⁷⁴.

1.6.2 La inversión judicial.

Las reglas generales de la carga de la prueba obedecen al antiguo principio que la carga procesal de determinados hechos recae sobre la persona que mejor acceso a ellos tiene. Lo habitual pues será que la más fácil prueba será la prueba de los hechos en los que uno apoya su respectiva posición en juicio⁸⁷⁵. No siempre, sin embargo, será así. Podemos pensar en un extensivamente ya citado ejemplo. Un pequeño suministrador transmite la propiedad de unos productos pedidos por una empresa a favor de ésta pidiendo en cambio el pago del precio debido. Entre las partes contratantes se produce un conflicto. El comprador se niega a pagar el precio de la mercancía, alegando que ésta nunca le ha sido entregada. La única persona que tiene constancia del hecho, un ex trabajador de la empresa compradora, no se encuentra localizable. De acuerdo con las reglas generales la entrega de la cosa constituye un hecho constitutivo cuya prueba corre de parte del actor. Es evidente, no obstante, que es el comprador el que se encuentra en

⁸⁷¹ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 138.

⁸⁷² Silvio BORGHESE, “Presunzioni (diritto penale e diritto procesale penale)”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1966, pág. 773.

⁸⁷³ Vincente HERCÉ QUEMADA, “La carga de la prueba”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962, pág. 23.

⁸⁷⁴ Ivo GIESEN, “The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law”, *European Tort Law 2008*, Tort and Insurance Law Yearbook, 2009, volume 2008, part.2, pág. 56.

⁸⁷⁵ José María ASECIO MELLADO en GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, la Ley, 2001, t. III, pág. 176-177 y Tomás LÓPEZ FRAGOSO, la carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pág. 5.

una situación más favorable en lo que el acceso a la prueba del hecho se refiere. Podría aportar, por ejemplo, un extracto de las operaciones diarias realizadas, prueba que según el normal proceder debería constar en sus archivos informatizados. En estas situaciones, las circunstancias aconsejan que sea la parte demandada la que haya de acreditar la falta de la entrega y la que tenga que contar con las negativas consecuencias en caso de no producirse tal prueba⁸⁷⁶. El legislador para corregir el rígido criterio establecido en los apt. 2 y 3 del art. 217 de la LEC introdujo en el apt. 7 del mismo cuerpo legal el llamado mecanismo flexibilizador de la carga de la prueba que hoy en día constituye el único caso de la inversión judicial del *onus probandi*. Así las cosas, dicho precepto anuncia que

“[p]ara la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio⁸⁷⁷.”

La norma constituye un fiel reflejo del *status quo* existente ya con muchos años de anterioridad en la doctrina del Tribunal Supremo. Se puede afirmar, pues, que los principios de disponibilidad y facilidad probatoria han sido recogidos de la anterior jurisprudencia y elevados a rango legal. Entre las decisiones más recientes, la sentencia de 26 de marzo de 2004⁸⁷⁸ reconoce dicha regla especial de siguiente manera:

“[...] la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1994 [RJ 1994, 838] y 30 de julio de 1999 [RJ 1999, 5910])”

recogiendo la doctrina del tribunal Constitucional que

⁸⁷⁶ Juan MONTERO AROCA/Manuel ORTELLS RAMOS/ Juan Luis GÓMEZ COLOMER/ Alberto MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 195.

⁸⁷⁷ Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

⁸⁷⁸ (RJ 2004, 1716). En el mismo sentido, SSTS de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9754), 16 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8897) y 25 de junio de 2000 (RJ 2000, 5305).

“[...] en sentencia número 227/1991 (RTC 1991, 227), ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la CE [RCL 1978, 2836]) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; igualmente en SSTC números 98/1987 (RTC 1987, 98) y 14/1992 (RTC 1992, 14), afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 de la CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa; y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994 (RTC 1994, 7), 17 de julio de 1995 (RTC 1995, 116), 28 de febrero de 1997 SIC y 22 de julio de 1999 (RTC 1999, 140), ha manifestado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes de litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza.”

El tratamiento comedido con el que el legislador utiliza ambos principios en la LEC ha sido causa de varios problemas interpretativos. Abstrayendo de las divagaciones conceptuales de si se trata con la inversión judicial de la carga de la prueba, con una excepción a la formulación general de la regla de juicio, una modificación de la regla general de la carga de la prueba o simplemente concreción o relleno de ésta⁸⁷⁹, uno de los problemas de mayor dificultad con el que se enfrentó la doctrina fue el delimitar ambos principios. A pesar, de que la jurisprudencia acostumbra emplear ambos términos de forma indistinta la doctrina suele recordar que no se trata de dos sinónimos ni conceptos idénticos.

Ambos principios tienen por lo menos dos cosas en común. En ambos casos el

⁸⁷⁹ Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 48-49.

legislador intenta apuntar y cargar con las negativas consecuencias de falta de prueba⁸⁸⁰ a esta parte procesal que está en la posición de mejor acceso a las fuentes de prueba⁸⁸¹. Ambos principios también se alimentan del contraste de forma que la disponibilidad o facilidad de una parte carece de significado si no se tiene en cuenta a la vez la posición de facilidad y disponibilidad de otra parte⁸⁸².

Así las cosas, el principio de facilidad probatoria parece tener el alcance más amplio y genérico que el de disponibilidad probatoria de forma que cada supuesto que reúne las condiciones de éste último es reconocible bajo la faceta del primero. No siempre, sin embargo ocurre lo contrario. No todos los casos de facilidad pueden estar calificados a la vez como supuestos de disponibilidad probatoria. De ahí que, supuestamente, el concepto de la disponibilidad derive del de facilidad⁸⁸³.

En consecuencia, el principio de facilidad probatoria aplicará a este tipo de hechos que por su naturaleza presentan una gran dificultad probatoria para una de las partes, aunque le sea posible acreditarlos, mientras resultan de fácil prueba para otra parte procesal. Este principio se aplica con más extensión en el campo de la responsabilidad civil, y más en concreto, en el de la negligencia médica⁸⁸⁴. El alcance del principio de facilidad probatoria se verá ampliado todavía más, si entendemos que éste comprende no solamente los supuestos de la prueba más fácil o de más rápido acceso para la contraparte sino también pruebas que resultan menos difíciles en términos económicos, es decir, menos costosas, o las pruebas que la contraparte puede suministrar de forma más fiable o asegurando su práctica más que la parte a la que beneficia dicha prueba⁸⁸⁵.

El principio de disponibilidad probatoria, por su parte radica en que una de las

⁸⁸⁰ Sobre la discusión doctrinal de si la regla de juicio entra en juego realmente con la situación de falta de prueba o solamente de insuficiente actividad probatoria véase Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 37- 44.

⁸⁸¹ Manuel ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Pamplona, 2004, pág. 312.

⁸⁸² Luis MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 178.

⁸⁸³ Véase, José Maria ASECIO MELLADO en Vincente GIMENO SENDRA (dir.) *Proceso Civil Práctico*, La Ley, Madrid, 2001, t. III, pp. 177-178 y Luis MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. Ley 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 179.

⁸⁸⁴ Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, op. cit., pág. 55.

⁸⁸⁵ Luis MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 179.

partes procesales se encuentra en una situación de cercanía, acceso o contacto con el medio o la fuente de la prueba – que puede ser material, siendo éste un acceso exclusivo a la fuente o medio de prueba o intelectual, que tiene lugar en cuanto la contraparte es la única que tiene conocimiento del dato necesitado en el proceso- entendiéndose asimismo que la carga de la prueba en tal situación debe desplazarse de la parte que según las reglas generales tiene necesidad de prueba de los hechos que fundamentan su pretensión hacia la persona de contraparte por un simple hecho de que ésta tiene dicha prueba en su poder. Donde más aplicación tiene comentado principio es en los supuestos de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad en los procesos de reclamación e impugnación de filiación⁸⁸⁶. Para proporcionar algún ejemplo, aplica de forma correcta el principio de disponibilidad probatoria la sentencia de 20 julio de 2006⁸⁸⁷.

“Además, y como colofón, hay que decir que la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2200) –que cita otras–, precisamente referida al principio de la disponibilidad o facilidad probatoria, sino que, por el contrario, ha proyectado su aplicación, y ha estado a las consecuencias derivadas de ella, sobre la situación en que la demandada se encontraba respecto de los documentos contables y las declaraciones tributarias que tenía en su poder y que no fueron aportadas al proceso, sin que pueda encontrarse justificación alguna a la resistencia de aquélla a dar cumplimiento al requerimiento dirigido a tal fin, siendo así que su oportuna aportación había de servir para constatar eficazmente los hechos que constituían la base a la pretensión de la actora o, en su caso, para desvirtuar los afirmados por ésta. La parte que tenía a mano la fuente de prueba es quien debe sufrir las consecuencias de una eventual falta de acreditación de los hechos, ya constitutivos –los integrantes de la pretensión de la demandante–, ya impeditivos –los que conforman la oposición a aquella pretensión–, por la falta de aportación al proceso de los documentos que, teniendo plena virtualidad y eficacia probatoria, se

⁸⁸⁶ José María ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Civil. Parte Primera. Ley 1/2000*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 y Luis MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. Ley 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 179.

⁸⁸⁷ (RJ 2006, 5858).

encontraban a su disposición; principio que el Tribunal de instancia ha tomado convenientemente en consideración a la hora de valorar el material probatorio que se ha llevado al proceso.”

En la correcta aplicación de ambos principios se ha de tener en cuenta dos circunstancias, no solamente la posición de las partes referente al mejor o peor acceso a la prueba, sino también su comportamiento en el proceso. Me refiero aquí a la cuestión de si dicha parte actúa o no de acuerdo con el principio de buena fe procesal. Desde la óptica de ésta última la indefensión de la parte que ejercita su derecho en buena fe impone el deber de colaboración con la Administración de Justicia sobre quien dispone de la prueba o tiene mayor facilidad para producirla⁸⁸⁸

“[...] a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE⁸⁸⁹”

1.6.3 La inversión de la carga de la prueba convencional.

La carga de la prueba se puede invertir también mediante pactos extraprocerales celebrados entre futuras partes del litigio en el marco de una determinada relación jurídica. Dicho esto, se ha de distinguir entre tres eventuales tipos de la inversión de la carga de la prueba convencional:

1. Pactos sobre la carga de la prueba que modifican la norma procesal de la carga de la prueba,

⁸⁸⁸ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pp.148 y 160.

⁸⁸⁹ STC de 7 de enero de 1994 (RTC 1994, 7). Así también con menos anterioridad la STC de 31 de mayo de 1999 (RTC 1999, 95).

2. Pactos que modifican el supuesto de hecho de la norma material siempre y cuando ésta última se refiera a derechos disponibles. Dicha categoría abre la posibilidad de configurar tales pactos a dos maneras diferentes:

- A) Que la norma material sobre la que se pacta prevea expresamente varias opciones de supuesto de hecho dejando a las partes la opción de optar por una de ellas,
- B) Que la misma norma material, en vez de enumerar las opciones disponibles, deja al arbitrio de las partes la posibilidad de conformarla convencionalmente⁸⁹⁰.

Ahora bien, en la doctrina procesalista parece existir *consensus* en lo que a la admisibilidad de los segundos pactos, es decir, los que modifican el supuesto de hecho de la norma material, se refiere. A falta de una norma expresa que lo autorizase, pues, fueron la doctrina y la jurisprudencia que en su reconocimiento confirmaron la existencia del componente material de la carga de la prueba y lo que conlleva, dieron su visto bueno a la inversión convencional de la carga de la prueba⁸⁹¹. Caso más problemático es el de los pactos sobre la carga de la prueba que modifican la norma procesal. Pero veamos parte por parte.

Según lo dicho, en la legislación española falta una base legal que permitiese, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, la creación de unos pactos extraprocesales que como objeto tuvieran diferente distribución de la carga de la prueba. Tal autorización existe, por ejemplo, en el Derecho italiano⁸⁹². Eso no quiere decir que las leyes españolas han dejado el tema sin mención alguna, aunque sea pálida. A este efecto, el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 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 considera como cláusulas abusivas las que

⁸⁹⁰ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 140-141.

⁸⁹¹ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 173.

⁸⁹² El art. 2698 del *Codice civile* italiano dice: Pactos relativos a la carga de la prueba. Son nulos los pactos con los cuales se invierta o modifique la carga de la prueba tratándose de derechos de los que las partes no puedan disponer o cuando la inversión o la modificación tenga como consecuencia hacer a una de las partes excesivamente difícil el ejercicio de su derecho. En la literatura italiana véase, por ejemplo, Titina Maria PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

“d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba”

La interpretación *a sensu contrario* de dicho precepto lleva a las siguientes conclusiones: 1. Que los pactos son posibles si son beneficiosos para los consumidores y usuarios (aunque en la práctica se tratase con una categoría vacía) y 2. Que como regla general son admisibles si la ley excluye un caso especial. Tal interpretación, sin embargo, no tiene respaldo en la jurisprudencia, que rechaza rotundamente la posibilidad de firmar pactos sobre prueba, justificando esta decisión con razones provenientes de derecho material y olvidando, por decirlo de alguna manera, de un dato muy importante, aquí que las normas de la carga de la prueba gozan de la condición de *ius cogens*⁸⁹³.

En lo que concierne los pactos que modifican el supuesto de hecho de la norma material, según el art. 1255 CC los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Por otra parte, los litigantes para hacer valer en el proceso sus derechos se ven en la necesidad de probar los hechos que constituyen base del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide. Tal norma consiste de reglas *ius cogens* e *ius dispositivum*. Estas últimas pueden estar configuradas por las partes de forma distinta a la regulada por la ley; situación que puede ocasionar de forma indirecta la redistribución de la original configuración del *onus probandi*. En consecuencia, se tratará con la inversión de la carga de la prueba convencional en aquellos supuestos en los que las partes contratantes, autorizadas por la ley⁸⁹⁴, firmen pactos extraprocerales en los que conformen una relación jurídica de forma distinta a la prevista legalmente, influyendo indirectamente de esta manera en la distribución de la carga de la prueba⁸⁹⁵. En lo que a dicha autorización se refiere, la ley puede bien dejar por completo en manos de las partes establecimiento del contenido disponible de la relación (opción disponible

⁸⁹³ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 140. Véase también Juan MONTERO AROCA/Juan Luis GÓMEZ COLOMER/ Alberto MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 13ª ed. 2004, pág. 262. De forma parecida sobre las normas procesales de la carga de la prueba como normas *ius cogens* José GARBERÍ LLOBREGAT/Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 52.

⁸⁹⁴ Piense en los preceptos legales que contienen cláusulas “si de la obligación no se desprende otra cosa”, o “salvo pacto en contrario”.

⁸⁹⁵ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 175.

bajo el contrato mercantil del transporte terrestre art. 350 y 361 del CdC⁸⁹⁶) o, bien, enumerar distintas posibilidad de cómo regular la relación dejando que las partes opten entre ellas (es el caso, por ejemplo, del art. 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque de los buques mercantiles)⁸⁹⁷.

Aparte del principio de la autonomía de la voluntad, la inversión convencional de la carga de la prueba encuentra otro límite en el principio de facilidad probatoria. Lo que no puede ser es que los pactos extraprocesales imposibiliten o hagan sumamente difícil el cumplimiento de la carga de la prueba. Y, en último término, su vigencia se deja al arbitrio del órgano jurisdiccional que, por su parte, en virtud del principio de facilidad y disponibilidad probatoria puede distribuir la carga de la prueba de otra que convencionalmente pactada manera⁸⁹⁸.

1.6.4 El riesgo como criterio de atribución de la carga de la prueba⁸⁹⁹.

A mediados del siglo pasado la jurisprudencia española había empezado a presumir la culpa e invertir la carga de la prueba de manera casi sistemática bajo el llamado proceso de “objetivación de la responsabilidad”⁹⁰⁰, que la jurisprudencia bautizó con el término “doctrina del riesgo”⁹⁰¹. Este último tuvo su iniciación con la sentencia de 10 de julio de 1943⁹⁰² y partir de entonces dominó por completo el campo de la responsabilidad extracontractual, extendiéndose a casi todas las actividades de la vida.

La Sentencia tuvo como objeto un caso de atropello de ciclista por un automóvil que había tenido lugar en un cruce de calles. La Audiencia Provincial absolvió al demandado

⁸⁹⁶ Más sobre el tema Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 141-142 y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 174.

⁸⁹⁷ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 141.

⁸⁹⁸ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 176.

⁸⁹⁹ Desde el prisma del Derecho civil Cf Encarna ROCA TRÍAS, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, InDret 4/2009, www.indret.com

⁹⁰⁰ Véase Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, “Spain”, en *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/ Helmut KOZIOL Eds. , Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 281-320 especialmente pág. 282 y 291.

⁹⁰¹ Bajo estas denominaciones se escondían, aparte de la inversión de la carga de la prueba y de las presunciones, otros expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa que han sido analizados en la introducción a este capítulo.

⁹⁰² (RJ 1943, 856).

a pesar de que éste infringió una norma de circulación. El conductor del vehículo no cedió el paso al ciclista que circulaba por la derecha. El Tribunal fundó su decisión en que el primero utilizó las señales acústicas para avisar que pasaba por el cruce. La resolución de la Audiencia se justificaba además, según ésta, por la reducida visibilidad de la que gozaba el conductor, causada por una curva y una pendiente de la carretera. Todos estos motivos dieron pie a que el suceso se calificara de “desgraciado e inevitable”.

El Tribunal Supremo casó la Sentencia dejando primera huella de la doctrina que con posterioridad alcanzó dimensiones inexplicables. A este efecto, se invertía la carga de la prueba en aquellos supuestos “en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa”, en cuyo caso “puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción”. La Sentencia señalaba además que el hecho de que la víctima del accidente no hubiese aminorado la marcha o circulase por el centro de la calle no operaba “no ya para excluir la responsabilidad del chofer, sino ni siquiera para aminorarla”.

Hay quienes opinan que el Tribunal Supremo, de esta manera, no consagra la responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa. Tal responsabilidad tampoco viene establecida entonces por la Ley, según la Sentencia. En invertir la carga de la prueba el Alto Tribunal se rige por las razones de justicia. Entendiendo que la responsabilidad objetiva a éstos se ajusta a veces acepta, de manera indirecta y limitada, soluciones que, desde el punto de vista práctico, a ella se aproximan. Se aproximan porque al invertir la carga de la prueba no se prescinde de la prueba de la culpa. Se crea una presunción judicial *iuris tantum* de que en la producción del daño del que resulta la responsabilidad extracontractual en los supuestos de atropello de automóvil intervino la culpa del causante del daño; presunción en virtud de la cual se invierte la carga de la prueba⁹⁰³.

Tal cambio doctrinal tuvo su justificación en la cambiante realidad social y, particularmente, en las propias exigencias de una sociedad en continuo avance tecnológico que crea innumerables fuentes de peligro y situaciones de riesgo⁹⁰⁴; acontecimientos y fenómenos que más tarde, con la célebre publicación de Ulrich BECK abrieron camino a la constatación de que vivimos en una sociedad de riesgo⁹⁰⁵. Fundamentos de este criterio tenían raíces en las razones de política. Parecía justo, pues, que la persona que ha creado una situación de riesgo o peligro soportase como punto de partida las consecuencias económicas de esta decisión. Otra de las razones para dicho

⁹⁰³ Antonio HERNANDEZ GIL, “Comentario”, *RGLJ*, II, 1944, pág. 350.

⁹⁰⁴ Fernando PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación (III. La interpretación de la culpa por la jurisprudencia)”, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María PEÑA LÓPEZ (dir.), Cálamo, Barcelona, 2004, pág. 125.

⁹⁰⁵ Véase Ulrich BECK, *La sociedad de riesgo, Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1998,

proceder a la que suele apuntar la doctrina, es el retraso con el que el legislador solía acudir a reformar un sistema que se quedaba anticuado ante las profundas transformaciones sociales. En estas circunstancias, la labor de la jurisprudencia consistente en la elaboración de una holística tesis hermenéutica alrededor del art. 1902 CC dirigida a “desculpabilizar” el sistema parecía un “salvavidas” que colaboraba en conseguir las soluciones justas y equitativas⁹⁰⁶. Así, la jurisprudencia declaraba que

“[...] es una aspiración, en la evolución del Derecho moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guardia, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de estos casos que ya se van abriendo paso en algunos códigos más progresivos: teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad.⁹⁰⁷”

y, de forma muy repetitiva, que la responsabilidad por culpa

[...] ha ido evolucionando a partir de la STS de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio del valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las

⁹⁰⁶ Fernando PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación (III. La interpretación de la culpa por la jurisprudencia)”, *op. cit.*, pág. 126.

⁹⁰⁷ STS de 14 de mayo de 1963 (RJ 1963, 2699).

circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias; ora exigiendo un diligencia más alta que la administrativamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado⁹⁰⁸.

Los últimos años, sin embargo, y más precisamente, el principio del siglo XXI, han visto otro cambio doctrinal. De repente ha sido evidente que era insostenible invertir la carga de la prueba o presumir la responsabilidad del demandado en cada enjuiciado caso de la responsabilidad civil. Es por ello que el Tribunal Supremo ha frenado esta evolución, matizando mencionado proceso evolutivo en orden a delimitar el alcance del factor riesgo, como instrumento de imputación de la responsabilidad. A partir de entonces, la jurisprudencia señala que

[...] no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 del Código Civil (SSTS 6 de septiembre de 2005 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006, 11 de septiembre de 2006 y 22 de febrero de 2007). Como indica la Sentencia de 22 de febrero de 2007, es procedente prescindir, en términos generales, de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado con carácter general una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (Sentencias de 2 marzo de 2006 y de 22 de febrero de 2007).

⁹⁰⁸ F.2 de la STS de 21-11-1997 (RJ 1997, 8093).

[...] En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario, no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados⁹⁰⁹.

Hoy en día se puede resumir los principales rasgos característicos de la teoría del riesgo elaborada por el Alto Tribunal español en los siguientes términos:

1. La jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el art. 1902 CC, pues éste exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño. SSTS de 31 de octubre de 2006⁹¹⁰ y de 22 de febrero de 2007⁹¹¹.
2. La doctrina del riesgo no es aplicable a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo calificado en relación con los estándares medios. SSTS de 6 de noviembre de 2002⁹¹² y de 24 de enero de 2003⁹¹³. El factor riesgo cobra una especial relevancia en cuantos accidentes ocurren en una empresa que por su específica actividad, genera un mayor porcentaje del mismo. STS de 5 de abril de 2010⁹¹⁴. En los supuestos en los que la causa del daño no supone un riesgo calificado, no procede la inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados. STS de 17 de diciembre de 2007⁹¹⁵. El riesgo es una circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, STS de 11 de septiembre de 2006⁹¹⁶. Creado el riesgo, se invierte la carga de la prueba, de modo que al titular de la *actividad* peligrosa le es

⁹⁰⁹ Así, por ejemplo, STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1520). En grado de apelación, así también SAP de A Coruña de 14 de julio de 2009 (JUR 2009, 351402).

⁹¹⁰ (RJ 2006, 8882).

⁹¹¹ (RJ 2007, 1520).

⁹¹² (RJ 2002, 9637).

⁹¹³ (RJ 2003, 612).

⁹¹⁴ (RJ 2010, 4034).

⁹¹⁵ (RJ 2007, 8934).

⁹¹⁶ (RJ 2006, 8541).

preciso demostrar que el siniestro ocurrió sin negligencia alguna, si quiere verse exonerado de responsabilidad. STS de 23 de octubre de 1991⁹¹⁷.

Las sentencias del Tribunal Supremo utilizan aquí muy frecuentemente una terminología que puede resultar confusa en lo que a la redacción de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil se refiere, declarando que se exige que el riesgo sea “considerablemente anormal” o “extraordinario”. Según mencionados Principios riesgo anormal o extraordinario es el que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva (art. 5:101 PETL) y no el que da lugar a la inversión de la carga de la prueba (art. 4:201 PETL). Es por ello que la autora prefirió emplear término “riesgo calificado” en lugar de los antes apuntados términos normalmente utilizados por el Alto Tribunal español.

3. La misma doctrina jurisprudencial se remite a los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil” para definir el “Estándar de conducta exigible” con tal de integrar la lacónica formulación del art. 1902 y completar el valor integrador del precepto del art. 1104 del CC precisando que dicho estándar es “el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos. STS de 17 de julio de 2007⁹¹⁸. El estándar de conducta exigible se ha de ponderar de acuerdo con los factores mencionados con anterioridad y no identificarlo con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto. STS de 11 de septiembre⁹¹⁹.

⁹¹⁷ (RJ 1991, 7861). Cursiva añadida. El Tribunal Supremo utiliza una vez descripción cosas peligrosas otra vez actividades peligrosas. Este trabajo parte de la posición que son las actividades peligrosas que dan lugar a la inversión de la carga de la prueba, al igual que las actividades anormalmente peligrosas justifican imposición de la responsabilidad objetiva. Concepto según el cual el control de unas cosas peligrosas comporta la inversión de la carga de la prueba o imposición de la responsabilidad objetiva proviene de Derecho francés y amenaza con considerarse obsoleto incluso en este país. En este sentido, Pedro DEL OLMO GARCÍA, „art.1905“, *op. cit.*, pág. 1481.

⁹¹⁸ (RJ 2007,4895).

⁹¹⁹ (RJ 2006, 8541).

4. En todo caso, la inversión de la carga de la prueba sólo alcanza el campo de la culpa siempre que resulten probados la concurrencia del resto de los requisitos, siendo por tanto competencia y responsabilidad del demandante la prueba de los demás presupuestos señalados para exigir la responsabilidad que pretende. La evolución señalada hacia soluciones cuasiobjetivas, a través de la inversión de la carga de la prueba o de aplicación de la responsabilidad por riesgo, parte de que el daño se pueda atribuir de alguna forma, a una conducta activa u omisiva del agente, es decir, que exista un nexo causal entre el resultado dañoso y la acción u omisión del sujeto supuestamente responsable, nexo causal *que no se presume*⁹²⁰ SSTS de 24 de octubre de 1987⁹²¹ de 17 de diciembre de 1988⁹²² y de 29 de mayo de 1995⁹²³. Por tanto, se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo, y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de teoría de riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba aplicables en la interpretación del art. 1902. STS de 22 de febrero de 2007⁹²⁴. Además, sea cual fuere el título de imputación de la responsabilidad, es preciso que concurra la necesaria causalidad en su secuencia o vertiente jurídica, apreciada conforme a criterios de adecuación o eficacia, que posibilite la atribución del daño. STS de 25 de enero de 2007⁹²⁵. A este efecto, debe excluirse como fuente autónoma de responsabilidad, y por el contrario, debe considerarse como criterio de imputación del daño al que lo padece, el riesgo general de la vida (STS de 5 de enero de 2006⁹²⁶ con cita de las de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005)⁹²⁷.

⁹²⁰ Cursiva añadida.

⁹²¹ (RJ 1987, 7471).

⁹²² (RJ 1988, 9476).

⁹²³ (RJ 1995, 4136).

⁹²⁴ (RJ 2007, 1520).

⁹²⁵ (RJ 2007, 1699).

⁹²⁶ (RJ 2006, 131).

⁹²⁷ los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (Sentencia de 2 de marzo de 2006, que también cita la de 11 de noviembre de 2005), o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. STS de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 6575).

Cabe señalar en este momento que en algunos Ordenamientos jurídicos, como el alemán, una presunción, por ejemplo, puede extenderse también a la prueba del nexo causal (doctrina de *Anscheinsbeweis*)⁹²⁸. Aunque este, como regla general, no es el caso del Ordenamiento jurídico español, es de interés señalar aquí la jurisprudencia generada por el Tribunal Supremo en los casos de los incendios que se producen en lugares en los que se acumulan productos o sustancias inflamables que ha venido señalando que el tribunal “salva las dificultades de prueba de [la] causa [del incendio], basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan. De modo que admite un grado de razonable probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal⁹²⁹”.

En cuanto a los casos concretos subsumibles en la doctrina expuesta con anterioridad, el Tribunal Supremo empezó a delimitar el ámbito de su aplicación de forma negativa, señalando los supuestos que no cumplen la premisa de actividades de “riesgo considerablemente superior a los estándares medios⁹³⁰” o “riesgo especial o de gran consideración⁹³¹” que desencadena, según la jurisprudencia más reciente, la aplicación de la doctrina del riesgo. Así, por ejemplo, entendió que no pueden someterse a formas más estrictas de responsabilidad por culpa los daños derivados de las caídas sufridas en los locales abiertos al público⁹³², casos de la realización de actividades como el riego por aspersión⁹³³, ni la prestación del servicio de cajero automático por una entidad financiera⁹³⁴, ni tampoco una excavación cuando se emplea la maquinaria lógica y adecuada⁹³⁵ o manipulación de productos tóxicos si se adoptan las medidas de seguridad y estándares de cuidado normativamente impuestos⁹³⁶. Se excluyen de la aplicación de esta doctrina también el incendio acontecido en una zapatería o en una

⁹²⁸ Sobre la doctrina de *Anscheinsbeweis* véase Ivo GIESEN, “The burden of Proof and Other Procedural Devices in Tort Law”, *op. cit.*, pág. 58. En la literatura alemana Cf también Jochen METZ, „Der Anscheinsbeweis im Straßenverkehrsrecht“, *NJW*, vol. 61, núm. 39, 2008, pp. 2806- 2812, Carsten JUNGSMANN, Der „Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein“, *ZZP*, vol. 120, núm. 4, 2007, pp. 459-474.

⁹²⁹ SSTS de 04.07.2009 (RJ 2009, 3381), de 30.11.2001 (RJ 2001, 9919), 29.04.2002 (RJ 2002, 4971) y 15 de febrero 2008 (RJ 2008, 2669).

⁹³⁰ SSTS de 20.03.1996 (RJ 1996, 2244) y 23.12.1997 (RJ 1997, 9343).

⁹³¹ STS de 18.07.2002 (RJ 2002/6254).

⁹³² Así, a modo de ejemplo, SSTS de 26.03 1994 (RJ 1994, 2537) y 12.07.1994 (RJ 1994, 6390) y de 12.11.1993 (RJ 1993, 8760). En este preciso caso el TS declaró que se trata con los supuestos de omisiones. Véase el capítulo III secc. 2.

⁹³³ STS de 21.11.1995 (RJ 1995, 8896).

⁹³⁴ STS de 01.04.1997 (RJ 1997, 2724).

⁹³⁵ STS de 18.07.2002 (RJ 2002, 6254).

⁹³⁶ STS de 29.03.2012 (RJ 2012, 4063).

farmacia, en un pinar o camping o en un almacén de aceite⁹³⁷. No tienen consideración de los riesgos elevados que llevan a la aplicación de la teoría del riesgo los derivados de la ubicación o características de la puerta de acceso al cuarto de calderas⁹³⁸. La jurisprudencia niega también, por lo general, la posibilidad de aplicar los expedientes paliativos a los supuestos que engloban la práctica de algún deporte. A este efecto, el Tribunal Supremo afirmó que “el riesgo particular que la práctica de cada uno de los deportes conlleva para la integridad física, no es equiparable al que sirve de fundamento a la doctrina jurisprudencial que ha dado lugar a la aparición de esta especial responsabilidad extracontractual, que presume la existencia del elemento culpabilístico⁹³⁹”, o que “la idea de riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa⁹⁴⁰”. Tampoco se considera como actividad peligrosa a la que aplicar la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba la práctica de parapente⁹⁴¹. Este último, por no tener consideración de “aeronaves” no está sujeto a la responsabilidad objetiva dimanante del art. 120 LAN⁹⁴². Ahora bien, en caso de la práctica deportiva de riesgo la jurisprudencia suele negar a esta actividad el carácter de actividad de riesgo incrementado que da lugar a la inversión de la carga de la prueba basando su decisión en la teoría de la asunción voluntaria de los riesgos. En este sentido, se asume que quien toma la decisión de practicar un deporte lo hace de forma responsable y es plenamente consciente de los riesgos que éste comporta, así como de la posibilidad de que su decisión pueda traducirse en la producción de daños que, por las razones expuestas, deben correr de su parte⁹⁴³. Dicho esto, el análisis

⁹³⁷ SSTs de 18.04.1990 (RJ 1990, 2726), de 06.05.1994 (RJ 1994, 3888), 09.07.1994 (RJ 1994, 6302) y STS de 29.07.2010 (RJ 2010, 6946). No obstante, la STS de 18.02.1991 (RJA 1991, 1446) aplica la doctrina del riesgo para condenar al propietario de una carpintería por los daños derivados del incendio de su local. Recopilación de algunas de las sentencias proviene de Fernando PEÑA LÓPEZ, “1902”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12979.

⁹³⁸ STS de 31.05.2011 (RJ 2011, 4005).

⁹³⁹ STS de 22.10.1992 (RJ 1992, 8399) y 05.11.2008 (RJ 2008, 5896).

⁹⁴⁰ STS de 09.03.2006 (RJ 2006, 1882).

⁹⁴¹ STS de 14.04.1999 (RJA 1999, 3140).

⁹⁴² Del ámbito de aplicación de dicha regla está excluida también la aeronave perteneciente a un aero-club por tratarse, en este caso, con la práctica de deporte aéreo y no con transporte aéreo, siendo esta última condición *sine qua non* de la aplicación de la responsabilidad objetiva del art. 120 LAN.

⁹⁴³ Véase Antonio de Padua ORTÍ VALLEJO, “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva, *Ar. Civ.*, 2001-I, pp. 1844-1854, Laura GÁZQUEZ SERRANO/M^a del Mar MÉNDEZ SERRANO, “Responsabilidad civil en los deportes de riesgo”, *REDD*, núm. 13, 2001, pp. 15-17 y Juan Carlos REBOLLO GONZÁLEZ, “Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial, *REDD*, núm.13, 2001, pp. 24-25.

conducido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo padece de unos importantes fallos deductivos. Cabría distinguir entre, por una parte, el riesgo como criterio de imputación subjetiva y, por otra, la figura de asunción de los riesgos que, como tal, pertenece a la esfera de las causas de justificación. Dicho esto, lo correcto parece primero catalogar a una actividad dentro (o fuera) de la categoría de las actividades de riesgo incrementado con tal de determinar el régimen de la responsabilidad aplicable al caso y sólo después entrar en consideraciones de si eventualmente el demandado puede quedar exonerado de la responsabilidad en virtud de la concurrencia de la asunción del riesgo en el demandante. Nos encontraremos ante dicho caso únicamente en los supuestos en los que la víctima participe voluntariamente en la actividad peligrosa asumido los riesgos inherentes a ésta siempre y cuando se trate con los riesgos que la concreta competición deportiva o de ocio genere normalmente y mientras éstos sean conocidos por los participantes⁹⁴⁴. En este sentido, no se puede decir que la asunción del riesgo resulte en la exclusión de la aplicación del régimen de la responsabilidad por riesgo y la correspondiente aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad⁹⁴⁵. Tal configuración no solamente contravendría la adecuada dogmatización de conceptos llevando a que las causas de justificación se confundiesen con e incidiesen en los criterios de imputación subjetiva, sino además resultaría en un injustificado desdoblamiento del régimen de la responsabilidad aplicable al mismo tipo de casos clasificados en función de la actividad causante del daño, teniendo en cuenta que los daños que pueda sufrir el propio practicante de la actividad no son los únicos que pueden acaecer en el marco de la práctica de una deporte de riesgo. Cuestión diferente es la que concierne a los daños que el mismo deportista puede causar a terceros al llevar a cabo la mencionada arriesgada actividad; éste sería el caso, por ejemplo, de los espectadores de espectáculos deportivos peligrosos que sufren lesiones provenientes del terreno en el que se desarrolla el deporte en el que la asunción del riesgo no procede⁹⁴⁶.

Los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa han sido introducidos, sin embargo, en materia de accidentes ferroviarios, especialmente en los

⁹⁴⁴ SSTS dde 31. 05.2006 (RJ 2006, 3494) y 11.12. 2009 (RJ 2010, 1).

⁹⁴⁵ Como lo conceptualizan, por ejemplo, Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ en “Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo: la responsabilidad por riesgo de la empres y la práctica de actividades peligrosas”, *Lecciones de responsabilidad civil*, José Manuel BUSTO LAGO /Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, 2013, pp. 405-406.

⁹⁴⁶ Véase, a modo de ejemplo, SSTS de 31.05.1997 (RJ 1997, 4146) y de 27.06.2001 (RJ 2001, 5087).

producidos por cruces de pasos a nivel⁹⁴⁷. En ocasiones las reglas de la responsabilidad extracontractual y la doctrina del riesgo han sido aplicadas en los supuestos de los daños personales sufridos por los usuarios del servicio de transporte en autobús⁹⁴⁸. La inversión de la carga de la prueba venía siendo empleada por el Tribunal Supremo también en los casos de almacenamiento de sustancias peligrosas y de materiales inflamables⁹⁴⁹, aunque la jurisprudencia más reciente suele invocar que en dichos supuestos “no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se quiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad⁹⁵⁰. Se acepta también la aplicación de la responsabilidad por riesgo en casos de uso doméstico del gas butano⁹⁵¹. Y finalmente, la jurisprudencia en grado de apelación reconoció como un supuesto en el que aplicar la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba uno en el que la actividad causante del daño consistía en la recogida de basuras, declarando que dicha actividad “implica la manipulación de los contenedores, siendo por tanto una actividad de riesgo, sobre todo cuando se realiza en calles que forman cierta pendiente, por la sencilla razón de que puede ocurrir que no se frenen adecuadamente y que, en consecuencia, se desplacen y choquen contra vehículos⁹⁵²”.

A favor de la existencia de una norma de la carga de la prueba de creación jurisprudencial basada en la idea de que quien realiza una actividad que conlleva un riesgo fuera de lo normal y se aprovecha de los beneficios que genera esa actividad debe asumir las consecuencias perjudiciales que se deriven de la misma, salvo que pruebe

⁹⁴⁷ SSTS de 18.02.2010 (RJ 2010, 1286) y de 28.07.2008 (RJ 2008, 7253). Desde la reforma de la Ley Orgánica 19/2003 el orden jurisdiccional competente en este tipo de casos es el Contencioso-Administrativo por tratarse tanto en caso de RENFE, como en el de las diferentes empresas de las CCAA que gestionan el transporte por ferrocarril con empresas públicas.

⁹⁴⁸ STS de 15.10.1992 (RJ 1992, 7822). La sentencia aplica la presunción de culpa y consiguiente inversión de la carga de la prueba. Se trata con un caso de lesiones a una pasajera de autobús a causa de un frenazo. En grado de apelación elevaron el grado de los deberes de cuidado exigible en los supuestos similares las SSAP de Vizcaya de 10. 01.2003 (JUR 2003, 24347) de la Coruña de 23.03.2001 (AC 2001, 1751) y de Valencia de 18.01.2001 (AC 2001, 552).

⁹⁴⁹ SSTS de 23.10.1991 (RJ 1991, 7861), 27.4.1981 (RJ 1981, 1781), 6.7.1988 (RJ 1988, 5558), 31.1 y 17.11.1989 (RJ 1989, 182 y RJ 1989, 7889), 28.5.1990 (RJ 1990, 4089) y 18.2.1991 (RJ 1991, 1447).

⁹⁵⁰ SSTS de 29.04.2002 (RJ 2002, 4971), 20.05.2005 (RJ 2005, 6693 y 04.06.2009 (RJ 2009, 3381).

⁹⁵¹ STS de 16.12.2008 (RJ 2009, 529).

⁹⁵² SAP de Barcelona de 12.11.2007 (JUR 2008, 31017).

que adoptó todas las medidas que la prudencia y la diligencia permiten exigir al titular de la misma se pronunció también una parte de la doctrina procesalista española⁹⁵³.

La creación de una situación de peligro parece ser un criterio aplicado por varios Ordenamientos jurídicos para justificar la inversión de la carga de la prueba. En Alemania levanto un especial interés por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, inundada por los casos dirigidos a resolver los complejos problemas de la asignación del *onus probandi* en atención al criterio de creación y posibilidad de control de riesgo. Pionero, en lo que a la creación de dicha teoría en la doctrina alemana respecta, fue PRÖLSS, quien en su trabajo *Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß*⁹⁵⁴ formuló el principio de acuerdo con el cuál la carga de la prueba se atribuía en función de ámbito o esferas de riesgo (*Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*). Así cada parte había que hacer frente a la carga de probar las circunstancias que caen dentro de su esfera o ámbito de riesgo, organizativo o de dominio. La diferente distribución del *onus probandi* según el criterio aquí comentado encontraba su fundamento en los principios ético-jurídicos respaldados por las razones de justicia que aconsejaban aliviar la parte perjudicada por las dificultades en acceso en la esfera de dominio de quien ha producido el riesgo. La inversión de acuerdo con PRÖLSS comprendía tanto la carga de la prueba de la culpa como la del nexo causal entre la conducta del demandado y el daño⁹⁵⁵.

La noción de esfera o ámbito de riesgo fue definida por el autor como “ámbito espacial y material sometido al dominio o control del demandado, es decir, el conjunto de todas las cosas muebles o inmuebles que posee de forma inmediata”, al que habría que añadir, además, todas las alteraciones y acaecimientos producidos en el exterior de dicho ámbito que el demandado podía dominar frente al damnificado⁹⁵⁶.

La teoría de PRÖLSS ha sido dirigida a sustituir la *Normentheorie* de ROSENBERG y a convertirse en una norma general de distribución de la carga de la prueba. Rápidamente, sin embargo, levantó severas críticas por parte de la doctrina las cuales

⁹⁵³ Guillermo ORMANZÁBAL SANCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op.cit. y Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª, ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 137-139.

⁹⁵⁴ Jurgen PRÖLSS, *Beweislastverteilung im Schadenersatzprozeß*, München, 1966,

⁹⁵⁵ Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pp. 26-27.

⁹⁵⁶ Jurgen PRÖLSS, *Beweislastverteilung im Schadenersatzprozeß*, op. cit., pág. 83 y 89, traducción por Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 27.

han demostrado falta de idoneidad del riesgo como criterio de validez general. La regla sigue, sin embargo, teniendo su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual donde, según algunos autores⁹⁵⁷, prospera en determinados grupos o tipos de casos, aunque su uso tiene carácter excepcional y no indiscriminado⁹⁵⁸. El Tribunal Supremo Federal no acogió la definición del riesgo de PRÖLSS en sus pronunciamientos que se basaban en su teoría. El *Bundesgerichtshof* tampoco desarrolló su propia definición a propósito de corroborar en el mayor esclarecimiento de los supuestos específicos identificables con la esfera o ámbito de riesgo. La crítica formulada a PRÖLSS denunciaba también lo equivocado de extender la inversión de la carga de la prueba de la culpa al nexo causal entre la conducta del causante del daño y el daño mismo, señalándose que la jurisprudencia nunca ha llegado a estos extremos⁹⁵⁹.

Finalmente, el riesgo como tal ha sido escogido también como criterio de inversión de la carga de la prueba por los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil que en su art. 4:201 establecen que

- (1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de de la gravedad del peligro que la actividad comporta.
- (2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente.

De esta manera algunos autores señalan que no sólo el Derecho material (en este caso Derecho civil), sino también el Derecho procesal no ha podido resistir la influencia del fenómeno del riesgo. En lo que a esta última disciplina se refiere, conocida la evolución del tratamiento jurídico sustantivo del riesgo, el impacto que éste ejerció sobre el Derecho procesal no debería sorprender a nadie dada la estrecha relación en la que coexisten diferentes ramas de Derecho y el carácter instrumental del Derecho procesal frente a otras disciplinas vecinas de Derecho sustantivo⁹⁶⁰. Como ya mencionó uno de los autores alemanes, hoy en día nadie debería sorprenderse por el hecho de que en algunos supuestos el Derecho material transformado es difícilmente diferenciable de

⁹⁵⁷ Hanns PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, München, 1983, pág. 225.

⁹⁵⁸ Así Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 28.

⁹⁵⁹ Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pp. 28-30.

⁹⁶⁰ Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pp. 11-12.

los instrumentos procesales creados para facilitar las compensaciones a las víctimas. Dichos mecanismos, que alivian a la víctima de la carga probatoria se convierten, en consecuencia, en criterios de imputación en materia de responsabilidad civil⁹⁶¹.

Así las cosas, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que reconocen la validez de la teoría del riesgo y lo hacen desde el prisma del Derecho procesal. Es ilustrativa al respecto la STS de 7 de octubre de 2004⁹⁶² que declara que

“en los casos de resultado desproporcionado o anómalo, cuando se dan las condiciones oportunas para la operatividad de las reglas especiales de la carga de la prueba de la facilidad-dificultad probatoria, disponibilidad del medio, o proximidad o cercanía de la fuente de prueba, así como en los que existe una importante prueba “prima facie”, o se ha generado o mantenido una situación de riesgo en cuyo ámbito se ha producido el daño coherente con la misma, y si bien no hay certeza absoluta, la relación causal aparece como probable en un juicio de probabilidad cualificada, sin que se proporcione un hipótesis alternativa de similar intensidad.”

Es uno de estos casos en los que la sentencia al mencionar la prueba *prima facie* piensa en la realidad en la inversión de la carga de la prueba⁹⁶³.

Hemos aprendido que la teoría del riesgo goza de reconocimiento y una gran tradición en la jurisprudencia española no sólo del Tribunal Supremo sino también en grado de apelación. Ahora llegó el momento de marcar algunas de las posturas de la doctrina procesalista referentes a su creación y uso, y en este caso no parece importar mucho si es controlado o no. Así, los estudiosos de Derecho parecen declarar de forma unánime que cualquier formulación judicial de las normas de asignación del *onus probandi*, es decir, cualquier creación de la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba que no sea legitimada por la Ley está prohibida a la luz de la nueva regulación introducida por la LEC. A este efecto, se ha de recordar que el art. 217 aprt. 6 de esta

⁹⁶¹ Heinz Dieter ASSMANN, *Multikausale Schäden in modern Haftungsrechten*, Fenyves y Weyers, Frankfurt am Mein, 1988, pág. 107 traducción por Guillermo ORMANZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, op. cit., pág. 12.

⁹⁶² (RJ 2004, 6692).

⁹⁶³ Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, op. cit., pág. 101, n. 124.

regulación declara que “Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes⁹⁶⁴” y aprt. 7 que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio⁹⁶⁵.” El abanico de las interpretaciones de este *satus quo* oscila desde las más duras de acuerdo con las que en un sistema legal como el español la jurisprudencia, sin perjuicio de la función interpretativa que le corresponde, no está facultada para innovar el ordenamiento jurídico⁹⁶⁶; y continua a través de las que señalan que los principios de facilidad y disponibilidad probatoria son los únicos que autorizan a que los jueces distribuyan la carga de la prueba de forma distinta a la prevista en la regla general establecida por la LEC⁹⁶⁷, apuntando que cuando la inversión de la carga de la prueba no responda a alguno de estos principios se está ante una inversión carente de justificación e impugnabile a través de los mecanismos previstos a este propósito⁹⁶⁸. Existen autores que advierten que sin que quepa duda alguna, las matizaciones que derivan de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria no autorizan al uso de una supuesta inversión judicial de la carga de la prueba. Siguiendo esta línea doctrinal, la finalidad con la que obraba el legislador no era abrir una brecha por la que modificar judicialmente de forma libre el *onus probandi*. Más bien todo lo contrario, la introducción de una norma especial que desplaza aplicación de la norma general de la carga de la prueba exige que los Tribunales se acojan a ella. De ahí la necesidad de incluir en la sentencia motivación referente a cómo se han aplicado los criterios de la facilidad y disponibilidad probatoria y la posibilidad de recurrir una decisión judicial de la que se sospecha que infringió la norma procesal⁹⁶⁹. Similares voces se hacen escuchar también desde el Derecho Comparado donde se argumenta que la inversión de la carga de la prueba lleva a formas más estrictas de la responsabilidad y tal ajuste, al igual que

⁹⁶⁴ Este apartado pasa a ser el apartado 6 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)

⁹⁶⁵ Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

⁹⁶⁶ Guillermo ORMANZABA SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, *op. cit.*, pág. 24.

⁹⁶⁷ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 111.

⁹⁶⁸ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 144.

⁹⁶⁹ Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 132, n. 55. Ven arriesgada la admisión de la inversión judicial de la carga de la prueba Michele TARUFFO, *Onere della prova en Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIII, Torino, 1995, pág. 77. JUAN DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I*, Valladolid, 2000, pp. 1425-1426.

cada cambio en el sustantivo Derecho de daños, está permitido solamente si está fundamentado en la Ley⁹⁷⁰.

Este nuevo estatus que en el año 2000 trajo la LEC es supuestamente también el patrón de los brevemente marcados ya cambios jurisprudenciales en materia de la responsabilidad por riesgo. A partir de estas fechas, pues, el Tribunal Supremo deja de invertir sistemáticamente la carga de la prueba señalando que ésta tiene su límite en los supuestos legalmente tasados. Y aquí aparece el problema puesto que el riesgo de gravedad media no se encuentra entre tales supuestos. En consecuencia, nos encontramos en un punto en el que, por una parte, tenemos la doctrina que desde hace más que medio siglo se está formando camino hacia la confirmación y su propia definición, y, por otra, una regulación que formalmente frena su desarrollo. Dicha situación naturalmente queda reflejada en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Da cuenta de ella, por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 2007⁹⁷¹ estableciendo que

“[...] la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 del Código Civil (SSTS 11 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8541]; 22 de febrero 2007 [2007, 1520], como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892], y que en realidad envuelve una aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 de marzo de 2006 [RJ 2006, 919])”.

⁹⁷⁰ Ivo GIESEN, “The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law”, *op. cit.*, pág. 52.

⁹⁷¹ (RJ 2007, 4338).

A la vista de lo expuesto con anterioridad según la doctrina queda patente que los tribunales no están legitimados a invertir la carga de la prueba cada vez que lo consideren conveniente, estando autorizados a ello por la ley en el único supuesto en el que una de las partes procesales, en este caso el actor, tiene problemas de acceso a la prueba; problemas que con facilidad puede suplir su contraparte en el proceso. De acuerdo con la reciente jurisprudencia, en cambio, la inversión de la carga de la prueba está permitida solamente en los supuestos legalmente tasados. A pesar de que entre el *numerus clausus* de dichos supuestos no se encuentra el riesgo cualificado (ni el daño desproporcionado) el Tribunal Supremo, cayendo en incongruencia, admite como excepción una inversión de la carga de la prueba en caso de ambos preceptos.

Visto el problema desde otra perspectiva, la nueva regulación de la carga de la prueba evidenció varios problemas más. Primero, se puede decir que el antiguo principio chiovendino según el cual a cada parte le corresponde probar los hechos sobre los que funda su pretensión ha ganado batalla, pero perdió la guerra, pues ha sido erigido al rango de una regla general que, sin embargo, está muy lejos de ser universal. Como con acierto señalan algunos autores, es más deseable centrarnos en descubrir, no ya una regla, sino los principios que, con posterioridad, encontrarán aplicación a casos concretos⁹⁷². Los hay quienes señalan también que del hecho de que el legislador introdujo las reglas especiales de la carga de la prueba en el art. 217 de la LEC, como, por ejemplo, la que rige en materia de procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita, se puede deducir que siguientes similares disposiciones específicas en la materia pueden estar establecidas en el futuro⁹⁷³. Al margen de la inversión legal de la carga de la prueba y, en lo que a la inversión judicial de la carga se refiere, los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, antes de que finalmente hayan sido elevados al carácter de norma legal han sido creados y desarrollados por la doctrina jurisprudencial, muy parecidamente, por tanto, a la doctrina de la responsabilidad por riesgo⁹⁷⁴.

Hemos dicho también que los principios de facilidad y disponibilidad probatoria orientan toda la regulación de la carga de la prueba, no solamente la de la inversión

⁹⁷² Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 131.

⁹⁷³ Juan DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.* pág. 25.

⁹⁷⁴ Mercedes FERNANDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *op. cit.*, pág. 124.

judicial. En este sentido, cualquier regla de la distribución de la carga de la prueba, tanto la general, como la especial, tiene detrás de su *modus vivendi* la idea de que ha de repartirse de modo que incentive la actividad de aquella de las partes a quien, en cada caso, la prueba resulte más fácil⁹⁷⁵.

A este efecto, parece obligatorio remitirnos en este momento a la doctrina extranjera, en cuya opinión las víctimas en los muy frecuentes conflictos del ámbito de Derecho de daños tropiezan muchas veces con las dificultades probatorias. Lo último no es sorprendente si tenemos en cuenta que los que se convierten en las partes en el proceso, antes de la producción del daño, se desconocen normalmente. En este sentido el Derecho de daños difiere mucho del Derecho de los contratos, en el que el conflicto entre los contratantes está precedido por tratos anteriores, documentados en actos escritos en los que basarse en caso del proceso. Los daños suelen ser denominados también “Split second wrongdoings” en el sentido de que hechos generadores de estos ocurren de repente y dentro de un periodo muy limitado de tiempo. A esto habría que añadir el hecho de que, por lo general, en casos descritos difícilmente nos encontramos con una persona que preste atención explícita a qué está, o qué estaba pasando, para que después su relato de lo que había acontecido pudiese convertirse en un testimonio en el que confiar. Lo dicho se corrobora en que muchas reclamaciones en materia de responsabilidad civil se enfrentan con dificultades probatorias y en muchos de estos casos dichas dificultades tienen carácter estructural, es decir, suelen ocurrir en los mismos supuestos. Es por ello que el Derecho de daños se enfrenta de forma regular con supuestos en los que el actor parece necesitar una ayuda probatoria y la inversión de la carga de la prueba es un serio candidato para cumplir con esta tarea, si es que realmente el sistema (el legislador o el juez) decida suministrarla. De hecho, tal institución procesal constituye una obvia herramienta, aunque no la única⁹⁷⁶.

Dicho esto, nos queda la cuestión de cómo introducir eventualmente la inversión de la carga de la prueba en caso de los riesgos calificados; a través de qué tipo de inversión de las analizadas aquí en concreto. A este efecto, uno de los procesalistas españoles apuntó en su momento que desde el Derecho procesal constituyen mecanismos de aliviar la carga de la prueba de la víctima y, por consiguiente, hacer más estricta la responsabilidad del demandado los siguientes:

⁹⁷⁵ Juan MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 254.

⁹⁷⁶ Ivo GIESEN, “The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law”, *op. cit.*, pág. 53.

1. Modificar el supuesto de hecho de una norma sustancial o material que introduce la responsabilidad extracontractual en caso de las actividades peligrosas de tal forma que la culpa se convierta de un hecho constitutivo de la pretensión indemnizatoria en un hecho impeditivo de la misma, cuya falta de prueba desprenderá consecuencias negativas para el demandado. (inversión legal a través de las presunciones falsas)
2. Sin alterar la norma sustancial o material especialmente para el caso de las actividades peligrosas; norma que configura la culpa y el nexo causal como hechos constitutivos de la pretensión del actor, construir una regla de juicio especial para dichas actividades que alteraría las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria de suerte que sería el demandado quien debe probar la ausencia de su culpa si quisiera ver frustrada la pretensión del actor. De forma parecida al caso anterior la falta de la prueba o el riesgo de incerteza deja de gravar al demandante aunque en este caso tal situación no tiene origen en la modificación del supuesto de hecho normativo. (inversión legal directa)
3. La mejora de la posición de la víctima podría tener lugar gracias al empleo de las presunciones de hecho introducidas por la Ley. Es decir, se efectuaría sin alteración en la distribución de la carga de la prueba a través del cambio de la estructura o configuración del supuesto de hecho normativo así como sin la incidencia de las especiales reglas procesales que regulasen de forma distinta la regla de juicio para el caso de las actividades peligrosas. En caso de la responsabilidad extracontractual tal situación se traduciría en que la culpa dejaría de ser objeto de la prueba pasando a recaer ésta a otros hechos, como por ejemplo incidencia en la determinada actividad de riesgo de cierta gravedad, circunstancia más fácil de probar para el actor de la que se inferiría *ope legis* la existencia de culpa del demandado⁹⁷⁷. (inversión legal a través de las presunciones sensu estricto)

⁹⁷⁷ Guillermo ORMANZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 14-15.

Tal vez podría añadirse una solución más; autorizar a los jueces a que en caso de las actividades peligrosas distribuyan la carga de la prueba de forma distinta a la establecida en la norma general. (inversión judicial). Ahora bien, en la doctrina destacan diferentes, frente a cada de estas soluciones, posturas. Según algunos autores el uso de presunciones falsas es criticable. Prefieren, en su lugar, que la carga se invierta de forma directa, afirmando que el efecto resultante del empleo de ambas instituciones es el mismo. Las presunciones aparentes, en su opinión, llevan a un rodeo innecesario y doctrinalmente perturbador⁹⁷⁸. Para otro sector doctrinal, todo lo contrario. Es poco proporcionado, imprudente y desmesurado recurrir indiscriminadamente a la inversión directa de la carga de la prueba siendo más deseable emplear la técnica de las presunciones (*iuris tantum*, no presunciones falsas), a través de la cuáles se facilita la prueba pero no se invierte la carga de la misma prueba⁹⁷⁹. Existen también opiniones de acuerdo con las que, en cambio, la decisión sobre cuál de las soluciones elegir es una cuestión de técnica legislativa o, incluso, meramente de estilo, de relevancia insignificante⁹⁸⁰.

2. Riesgo e instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa- transformación del concepto en la jurisprudencia. Caídas en los establecimientos abiertos al público como un ejemplo de ésta. Riesgo y omisión.

2.1 Caídas y la teoría del riesgo.

“Si en las lejanías del trópico se castigara como delito la ‘no asistencia a persona en peligro’, habría que meter en la cárcel a todo el pueblo, incluidos el cura y el alcalde.”

Prólogo de Santiago Gamboa a *Crónica de una muerte anunciada* de Gabriel García Márquez

⁹⁷⁸Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1991, 2ª ed.,pág. 52.

⁹⁷⁹ Guillermo ORMANZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 138.

⁹⁸⁰ Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pág. 141.

El hecho de que la jurisprudencia española trate supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público como un grupo de casos bien diferenciado de los demás fue la razón por la que dichos supuestos llegaron a constituir un párrafo aparte de este trabajo de investigación. De lo contrario, el criterio rector de acuerdo con el que se distingue entre diferentes tipos de actividades que al causar daño dan lugar a la responsabilidad civil, escogido por la autora para agrupar los casos analizados en secciones independientes, difícilmente justificaría su existencia. Así las cosas, se puede afirmar que lo que cambia en supuestos de caídas es el enfoque que de la actividad misma pasa a “la forma de desarrollarla⁹⁸¹”, y más precisamente, a que en el desarrollo de aquella fueron omitidas determinadas medidas de seguridad, mantenimiento, control y señalización. Como la misma frase indica la mayoría, si no todos los casos de caídas, constituyen supuestos de omisiones. De ahí, quizá, que algunas de las sentencias comentadas más adelante, con o sin razón⁹⁸², distinguiesen adicionalmente entre la actividad desarrollada por el causante del daño y el hecho de tener un local abierto al público en el que tal actividad se lleva a cabo, señalando el segundo de los supuestos como el único relevante en caso de caídas⁹⁸³.

Al mismo tiempo, los casos objeto de este estudio constituyen uno de los supuestos que reflejan con más claridad la evolución de la jurisprudencia en materia de culpa, contribuyendo de esta manera a delimitar las situaciones en las que cabe o no aplicar la teoría del riesgo⁹⁸⁴. Adelantando las observaciones, se puede afirmar que la transformación experimentada por la jurisprudencia en el ámbito de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público pasó por tres etapas que, aunque bien diferenciadas en lo que respecta a los fundamentos doctrinales de la imputación subjetiva⁹⁸⁵, son más difícilmente delimitables en términos temporales. Lo último encuentra supuestamente su razón de ser en el principio de reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo, establecido en el art. 1.6 del CC. Según éste se exige la cita de al

⁹⁸¹ Así F.3 de la SAP de Vizcaya de 21-02-2001 (AC/2001/285).

⁹⁸² Véase el comentario más adelante.

⁹⁸³ Véase SSTs de 12-07-1994 (RJ 1994,6390), 25-03-2010 (JUR 2010,103601), SAP de Barcelona de 3-04-2009 (JUR 2009, 394853).

⁹⁸⁴ Cfr Ignacio de CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 392.

⁹⁸⁵ Ésta, como es bien sabido, puede tener como base bien El criterio subjetivo de la culpa, o bien criterios más objetivos, dependientes en gran medida del factor riesgo, hasta llegar a las escasas, si no no-existent formas de la responsabilidad absoluta sin causas de exoneración algunas. A este efecto véase el comentario de Fernando PANTALEÓN, en “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil. Vol II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 1562, n. 3.

menos dos sentencias de la Sala Primera si se pretende argumentar con la existencia de una determinada jurisprudencia⁹⁸⁶. En consecuencia, dentro de la organización general siempre se da un puntual menoscabo y una resolución que, ignorando una tendencia establecida, sigue inspirándose en la doctrina antigua. Una mayor desorientación en este sentido se da, quizá, entre las decisiones en grado de apelación, que con mayor frecuencia recogen y mezclan preceptos pertenecientes a corrientes diferentes.

Así las cosas, la primera etapa comenzará posiblemente, en paralelo a la orientación dominante en los demás supuestos de la responsabilidad civil con fundamento en los arts. 1902 y 1903, en los años 50 del siglo pasado⁹⁸⁷. Posiblemente, puesto que los límites de este trabajo hacen prescindir en este lugar de la exposición y análisis de las decisiones jurisprudenciales más antiguas que las de los años 80 y 90. El mencionado periodo, como ya se señaló en otra parte de este trabajo⁹⁸⁸, dominado por una clara tendencia tuitiva hacia las víctimas, por algunos descrita también como hipertrofia del principio *pro damnato*⁹⁸⁹, se caracterizó por un abusivo uso de diversos expedientes jurisprudenciales, generadores de formas más rigurosas de la responsabilidad por culpa, todos ellos deudores de la misma “tendencia objetivadora” englobada bajo la denominada teoría del riesgo⁹⁹⁰. Dichos expedientes, debido a las escasas posibilidades de la prueba en contrario, conforman “zonas grises” entre la forma pura de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva⁹⁹¹. Como bien resaltó el autor de uno de los estudios sobre la jurisprudencia mayoritaria de aquel tiempo, en la primera etapa y en cuanto a materia de caídas se aplican tales expedientes como la inversión de la carga de la prueba de la culpa, la presunción de culpa y la exigencia de un mayor rigor en la diligencia debida por parte de los empresarios, especialmente en lo que se refiere a un mantenimiento limpio y seguro del suelo de sus locales. De acuerdo

⁹⁸⁶ A este efecto, véase Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, “Jurisprudencia”, en *Aranzadi Civil*, núm. 12/2003, parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2003. Así también las SSTs de 22-01-2010 (RJ 2010, 160) y 23-12-1999 (RJ 1999,9373), 09-03-2002 (RJ 2000,1350) y 22-06-2000 (RJ 2000, 4430), entre otras.

⁹⁸⁷ Así parece también, Albert RUDA GONZÁLEZ, “Comentario a la STS de 6 de junio de 2002”, *CCJC* núm. 60, octubre-diciembre 2002, pág. 1073.

⁹⁸⁸ Véase la sección 1.7 del capítulo II.

⁹⁸⁹ Así M^a Luisa ARCOS VIEIRA, “Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 2009”, *CCJC*, pág. 688.

⁹⁹⁰ Sobre la evolución de la teoría del riesgo en general, véase entre otros, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 65-86, Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, “Spain”, en Bernhard H. KOCH/Helmut KOZIOL (Eds.), *Unification of Tort Law. Strict Liability*, The Hague (etc.), Kluwer Law International, 2002, pág. 283.

⁹⁹¹ Cf Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho Privado Europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), Madrid, Colex, 2003, pp. 828-829.

con esta misma línea de argumentación, los tribunales no deberían prescindir plenamente del principio de responsabilidad por culpa para aplicar una responsabilidad objetiva derivada del riesgo creado. Es por ello que se ha de evitar la automática atribución al titular de un local de la responsabilidad por cualquier daño que haya tenido lugar dentro del mismo, independientemente de cuál haya sido la causa, así como de cualquier posible imputación directa o indirecta al mismo de culpa alguna⁹⁹². A pesar de la efectiva propagación de la aplicación al caso de la teoría del riesgo, muchas de las decisiones de este periodo declaran ya que la responsabilidad de los dueños de los establecimientos deriva de su conducta omisiva.

La segunda de las mencionadas etapas jurisprudenciales⁹⁹³, viene originada principalmente por tres decisiones, siendo éstas las SSTS de 12 de noviembre de 1993⁹⁹⁴, 14 de julio de 1994⁹⁹⁵ y de 20 de marzo de 1996⁹⁹⁶. No obstante, la doctrina, cuyos inicios se encuentran en ellas, no cobra importancia hasta principios del siglo XXI, concretamente hasta los años 2000-2001. Así, la tendencia común de dicho periodo, alejándose de la hasta entonces dominante “tendencia objetivadora”, prescinde de la aplicación a los casos de caídas de la teoría del riesgo. En consecuencia, todos los esfuerzos jurisprudenciales de aquella época se centran en fundamentar dicha decisión que, como regla general, se reducen a la elaboración, con este propósito, de cuatro criterios principales. De ahí, se señala, que “el hecho de regentar un negocio abierto al Público, no pueda considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo⁹⁹⁷”; que es la falta de la peligrosidad de la *conducta de las potenciales (sic) víctimas* o la falta de peligrosidad *de la actividad llevada a cabo por el demandado* las que impiden la aplicación a tales casos de la teoría del riesgo; o finalmente que lo que cuenta a tales efectos es la falta de peligrosidad *de determinadas instalaciones*, es decir, *de determinadas cosas*. Muchas de las sentencias de esta época siguen remitiéndose a la eventual omisión del deber jurídico de actuar por parte de los dueños del local; hecho este que parece inevitable teniendo en cuenta el retraso con el que los casos llegan normalmente a ser oídos en casación, por una parte, y el principio de justicia rogada,

⁹⁹² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Bares, Tiendas ... y caídas”, en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ/Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Coor.), *Estudios de Responsabilidad Civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/Ciudad Argentina, Madrid, 2001, pág. 52.

⁹⁹³ Dicha etapa ha sido anunciada en su tiempo por Albert RUDA GONZÁLEZ “Comentario a la STS de 6 de junio de 2002”, en *CCJC* núm. 60, octubre-diciembre 2002, pp. 1067-1080.

⁹⁹⁴ (AC 1993, 2309).

⁹⁹⁵ (RJ 1994, 6390).

⁹⁹⁶ (RJ 1996, 2244).

⁹⁹⁷ Así, entre otras, SAP de Jaén 02-02-2001 (AC 2001, 1159).

establecido en el art. 216 de la LEC, por otra. Según éste los tribunales civiles han de decidir los asuntos “en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”, considerándose, a tal efecto, incongruente la sentencia que no parte de hechos que sean fundamentales, constitutivos de la acción o directamente subsumibles en el supuesto legal de la excepción⁹⁹⁸. Así las cosas, la remisión a la eventual omisión del causante del daño en casación aparece con más frecuencia en el resumen de los hechos probados en las instancias anteriores debido a que, según lo expuesto, muchas de las decisiones del primer periodo mencionado con anterioridad señalaban ya que la conducta de los dueños de los establecimientos tenía su fundamento en alguna omisión de éstos. Incluso así, alegada la no aplicación al caso de la teoría del riesgo, el Tribunal Supremo, de forma incoherente, asienta su no aplicación, como hemos observado, en la *actividad* del causante del daño, de la víctima (sic), en el hecho de regentar un negocio abierto al público, o en varios de ellos a la vez.

Y, finalmente, con la tercera etapa, iniciada por las SSTS de 31 de octubre de 2006⁹⁹⁹, de 29 de noviembre de 2006¹⁰⁰⁰ y la de 22 de febrero de 2007¹⁰⁰¹ la jurisprudencia viene declarando, en términos generales, que se ha de prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad por culpa y que la inversión de la carga de la prueba no procede más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando éste está especialmente obligado a ello de acuerdo con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria. En lo que se refiere a la responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio, se declara ésta cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de las medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Y, por el contrario, no puede apreciarse tal responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los

⁹⁹⁸ Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Ignacio Díez PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración. Conformar a la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid 2000, pp. 407-409. Sobre el principio de congruencia de las sentencias como un límite a los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius* véase también Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (cord.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pág. 51.

⁹⁹⁹ (RJ 2006, 8882).

¹⁰⁰⁰ (RJ 2007, 271).

¹⁰⁰¹ (RJ 2007, 1520).

riesgos generales de la vida, por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad, o tiene carácter previsible para la víctima¹⁰⁰².

Una vez dicho esto, como se señaló en su día, el hecho de caerse en un lugar u otro o por una causa u otra no es indiferente a la hora de lograr indemnización de los daños sufridos¹⁰⁰³. Es cierto también que mayoría, si no todos los casos de caídas enjuiciados por los Tribunales españoles, suceden en sociedades urbanas, fuera de un contexto rural. Así las cosas, como lugares más habituales de la producción de caídas se podrían citar los siguientes:

1. Lugares de ocio, diversión y espectáculos, como discotecas¹⁰⁰⁴, centros sociales¹⁰⁰⁵, instalaciones de Feria Náutica¹⁰⁰⁶, piscinas¹⁰⁰⁷, duchas en los camping¹⁰⁰⁸ o parques acuáticos¹⁰⁰⁹,
2. Otros establecimientos abiertos al público de tipo comercial, como supermercados¹⁰¹⁰, mercados¹⁰¹¹, centros comerciales¹⁰¹², bancos¹⁰¹³, bares y cafeterías¹⁰¹⁴, restaurantes¹⁰¹⁵ (muchos de ellos teniendo lugar en sus aseos¹⁰¹⁶), salones de té¹⁰¹⁷, trenes¹⁰¹⁸ u hoteles¹⁰¹⁹,

¹⁰⁰² En este sentido, entre otras, SSTS de 31-10-2006 (RJ 2006, 8882), 17-12-2007 (RJ 2007, 8934) y de 25-01-2007 (RJ 2007, 1699) y las SSAP de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645), de Alicante 21-04-2008 (AC 2008, 1394), de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932), de Madrid 10-06-2008 (JUR 2008, 291891), de Girona de 2-04-2009 (JUR 2009, 394946), de Vizcaya 2-07-2009 (AC 2009, 2188).

¹⁰⁰³ Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Bares, tiendas... y caídas", en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ/Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Coor.), *Estudios de Responsabilidad Civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/ Ciudad Argentina, Madrid, 2001, pág. 50.

¹⁰⁰⁴ SSAP de Vizcaya 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), de Valencia 27-03-2009 (AC 2009, 985), SSTS de 25-01-2007 (RJ 2007,1699), 10-12-2002 (RJ 2002, 10435), 25-07-2002 (RJ 2002, 7864), 26-07-2001 (RJ 2001, 8426) y 2-10-1997 (RJ 1997, 6964).

¹⁰⁰⁵ SAP de Pontevedra de 24-04-2008 (JUR 2008, 323053).

¹⁰⁰⁶ SAP de Islas Baleares de 4-11-2009 (JUR 2009, 120457).

¹⁰⁰⁷ STS de 17-07-1986 (RJ 1986, 4571).

¹⁰⁰⁸ STS 17-12-2007 (RJ 2007,8934).

¹⁰⁰⁹ SAP de Madrid 20-03-2009 (AC 2009, 917).

¹⁰¹⁰ SSAP de Pontevedra 18-06-2009 (JUR 2009,309756), de Barcelona 9-01-2009 (AC 2009,549), de Valencia 3-06-2008 (JUR 2008,274344), de Valencia 29-02-2008 (JUR 2008,153496), de Cádiz 17-09-2008 (JUR 2008,209258), de Ourense 28-06-2007 (AC 2007,1974), de Sevilla 29-09-2006 (AC 2006,136), de Lleida 6-04-1995 (AC 1995, 1125) y de Islas Baleares 25-06-2001 (JUR 2001, 249565).

¹⁰¹¹ STS 22-02-2007 (RJ 2007,1520).

¹⁰¹² SSTS 30-05-2007 (RJ 2007,4338), 31-10-2006 (RJ 2006,8882) y 29-06-2002 (RJ 2002,1470), SSAP de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008,164516), de Madrid 23-10-2007 (AC 2007, 2349), de Huelva 8-02-2002 (AC 2002, 866), de Jaén 2-02-2001 (AC 2001,1159), de Jaén 9-07-2001 (JUR 2001, 268756) y de Vizcaya 21-02-2001 (AC 2001, 285).

¹⁰¹³ STS 28-03-2000 (RJ 2000,2110).

¹⁰¹⁴ STS 29-11-2006 (RJ 2007,271).

¹⁰¹⁵ SSAP de Barcelona de 3-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Lleida 8-02-2001 (AC 2001,450) y de Jaén 31-01-2001 (AC 2001, 199), SSTS 25-03-2010, 11-09-2006 (RJ 2006,8541), 26-05-2004 (RJ 2004,4262), 20-6-2006 (RJ 2003,4250), 13-03-2002 (RJ 2002,1890) y 30-03-2006 (RJ 2006,1869).

¹⁰¹⁶ SAP de Alicante 8-04-2008 (AC 2008,1355).

3. Y no comercial, como iglesias¹⁰²⁰, estaciones de metro¹⁰²¹ o ferroviarias¹⁰²², calles o alrededores de suelos edificables bajo construcción¹⁰²³, edificios y bienes inmuebles de propiedad horizontal¹⁰²⁴, casas particulares¹⁰²⁵, centros de enseñanza¹⁰²⁶, aeropuertos¹⁰²⁷, piscinas comunitarias¹⁰²⁸ o vías públicas¹⁰²⁹.

Ahora bien, muchos de los casos aquí analizados abordan supuestos de caídas de escaleras¹⁰³⁰ debido a que ésta carecía de barandilla¹⁰³¹ o pasamanos¹⁰³², o a consecuencia de que su superficie estaba resbaladiza¹⁰³³. Los resbalones se producen también por no advertir un escalón¹⁰³⁴ o travesaño¹⁰³⁵. No son infrecuentes, sin embargo, caídas a causa del suelo mojado por la lluvia¹⁰³⁶ y por otras causas¹⁰³⁷; iluminación

¹⁰¹⁷ STS 31-03-2003 (RJ 2003,2839).

¹⁰¹⁸ STS 6-04-2000 (RJ 2000,2508).

¹⁰¹⁹ SAP de Girona 2-04-2009 (JUR 2009,394946), SAP de Barcelona 29-05-2001 (AC 2001,1363), SSTS 5-01-2009 (RJ 2010,6), 17-06-2003 (RJ 2003,5646) (Los hechos del caso no versan exactamente sobre un supuesto de caída de la parte actora. Es un caso de las lesiones producidas al quedar atrapada la mano de la demandante en una puerta giratoria de entrada a un hotel; recurso de casación de la SAP de Sevilla 9-07-1997 (AC 1997,1558) y 6-02-2003 (RJ 2003,1075).

¹⁰²⁰ STS 17-12-2009 (RJ 2010,862), SAP de Vizcaya 2-07-2009 (AC 2009,2188), SAP de Madrid 10-07-2008 (JUR 2008,291891).

¹⁰²¹ SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008,376932), SAP de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005,106656), SAP de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996).

¹⁰²² STS 2-03-2000 (RJ 2000,1304).

¹⁰²³ SAP de Granada 19-07-2009 (JUR 2009,479733), SSTS 12-02-2003 (RJ 2003,1010) y 2-03-2006 (RJ 2006, 5508).

¹⁰²⁴ SAP de A Coruña 14-07-2009 (JUR 2009,351402), SAP de Zaragoza 30-01-2008 (JUR 2008,174645), SSTS 17-07-2003 (RJ 2003,4783), 6-06-2002 (RJ 2002,4979), 25-10-2001 (RJ 2001,8670), (caída de dos personas por rotura de la varilla del contrapeso del **ascensor**), 17-05-2001 (RJ 2001,6222) y 7-05-2001 (RJ 2001,7376).

¹⁰²⁵ Que, sin que cabe menor duda, no constituye un caso típico de caída sufrida en *un local abierto al público*, pero que, al gozar de no pocos elementos en común con los supuestos analizados pasó a constituir parte integral de la presente sección. La sentencia es conocida también como el “caso juguetes”, Véase STS 17-07-2007 (RJ 2007,4895).

¹⁰²⁶ STS 17-02-2009 (RJ 2009,1494).

¹⁰²⁷ STS 5-06-2008 (RJ 2008,3209).

¹⁰²⁸ SAP de Alicante 21-04-2008 (AC 2008,1394).

¹⁰²⁹ STS 2-03-2006 (RJ 2006,5508).

¹⁰³⁰ STS 17-12-2009 (RJ 2010,862), 5-01-2010 (RJ 2010,6), 6-02-2003 (RJ 2003,1075), 28-03-2000 (RJ 2000,2110) y 2-03-2000 (RJ 2000,1304), SSAP de A Coruña 14-07-2009 (JUR 2009,351402), de Girona 2-04-2009 (JUR 2009,394946), de Barcelona 3-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Barcelona 9-01-2009 (AC 2009,549), de Barcelona 29-05-2001 (AC 2001,1363), de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005,106656), de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996), de Jaén 2-02-2001 (AC 2001,1159).

¹⁰³¹ SAP de A Coruña 14-07-2009 (JUR 2009, 351402), SAP de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005, 106656), SSTS 17-05-2001 (RJ 2001, 6222) y 28-03-2000 (RJ 2000, 2110).

¹⁰³² SAP de Barcelona 29-05-2001 (AC 2001, 1363).

¹⁰³³ SAP de Jaén 31-01-2001 (AC 2001, 199).

¹⁰³⁴ SSTS 25-03-2010 (JUR 2010,103601) y 31-10-2006 (RJ 2006,8882).

¹⁰³⁵ SAP de Madrid 10-07-2008 (JUR 2008,291891).

¹⁰³⁶ SSTS 5-06-2008 (RJ 2008,3209), 22-02-2007 (RJ 2007,1520), 11- 09-2006 (RJ 2006,8541), 6-02-2003 (RJ 2003,1075), SSAP de Vizcaya 30-03-2009 (JUR 2009,322003), de Zaragoza 30-01-2008 (JUR

insuficiente¹⁰³⁸; porque unos taburetes se cayeron encima de la víctima¹⁰³⁹; debido a la presencia de vasos de cristal rotos¹⁰⁴⁰ o una hoja de lechuga en el suelo¹⁰⁴¹; o la existencia de una malla que cercaba la obra sin medidas de seguridad y señalización¹⁰⁴²; porque en el suelo se hallaba una sustancia resbaladiza¹⁰⁴³; o, más generalmente, a causa del suelo deslizante¹⁰⁴⁴; por deficiente e inadecuada instalación de las barras metálicas existentes para colocar los carros de la compra en los supermercados¹⁰⁴⁵; a consecuencia de pisar una bola de plástico utilizada como envoltorio de premiso de máquina tragaperras¹⁰⁴⁶; al tropezar con un juguete en el pasillo de una casa particular¹⁰⁴⁷; o con una manguera de pequeño tamaño colocada en la vía pública para el riego habitual de jardines¹⁰⁴⁸; por la existencia de un vómito en el suelo¹⁰⁴⁹; o al saltar un murete en una discoteca¹⁰⁵⁰ debido a la supuesta existencia de un hueco en el suelo, donde la lesionada introdujo su pie¹⁰⁵¹; a causa del desplome de un cartel publicitario, anunciando ofertas, instalado en plano elevado sobre la cabeza de la víctima, en cuyo resultado ésta se cae¹⁰⁵²; al quedar la mano de la víctima atrapada por una escalera mecánica¹⁰⁵³ o una puerta giratoria¹⁰⁵⁴; al ser impulsada la víctima por la puerta de cierre y la puesta en marcha del tren¹⁰⁵⁵; a causa de la suciedad acumulada debido a los defectuosos desagües

2008,174645), de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005,106656), de Islas Baleares 4-11-2009 (JUR 2009,120457), de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008,164516), de Madrid 23-1 0-2007 (AC 2007,2349), de Madrid 23-10-2007 (AC 2007,2349), de Ourense 28-06-2007 (AC 2007,1974), de Jaén 2-02-2001 (AC 2001,1159).

¹⁰³⁷SSTS 5-01-2010 (RJ 2010,6), 17-12-2007 (RJ 2007, 8934), 20-06-2003 (RJ 2003,4250) y 31-03-2003 (RJ 2003,2839), así como las SSAP de A Coruña 14-07-2009 (JUR 2009,351402), de Madrid 20-03-2009 (AC 2009,917), de Vizcaya 2-07-2009 (AC 2009, 2188), de Alicante 21-04-2008 (AC 2008,1394), de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008,164516), de Cádiz 17-09-2008 (JUR 2008,209258), de Lleida 8-02-2001 (AC 2001, 450), Vizcaya 21-02-2001 (AC 2001, 285), de Asturias 29-06-1998 (AC 1998, 1202).

¹⁰³⁸ SAP de Vizcaya 30-03-2009 (JUR 2009,322003) (sin probar), SAP de Madrid 10-07-2008 (JUR 2008,291891), SAP de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008,164516), STS 17-05-2001 (RJ 2001,6222).

¹⁰³⁹ SAP de Girona 2-04-2009 (JUR 2009,394946).

¹⁰⁴⁰ SAP de Valencia 27-03-2009 (AC 2009,985).

¹⁰⁴¹ SAP de Lleida 6-04-1995 (AC 1995, 1125).

¹⁰⁴² SAP de Granada 19-07-2009 (JUR 2009,479733).

¹⁰⁴³SSTS 11-09-2006 (RJ 2006,8541) y 17-07-2003 (RJ 2003,4783). SSAP de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996), de Sevilla 29-09-2006 (AC 2006,136), de Barcelona 29-05-2001 (AC 2001,1363), de Islas Baleares 25-06-2001 (JUR 2001, 249565).

¹⁰⁴⁴ STS 6-06-2002 (RJ 2002,4979) y 13-03-2002 (RJ 2002,1890).

¹⁰⁴⁵ SAP de Valencia 3-06-2008 (JUR 2008,274344).

¹⁰⁴⁶ STS 29-11-2007 (RJ 2007,271).

¹⁰⁴⁷ STS 17-07-2007 (RJ 2007, 4895).

¹⁰⁴⁸ STS 2-03-2006 (RJ 2006, 5508).

¹⁰⁴⁹ STS 26-05-2004 (RJ 2004, 4262) y SAP de Sevilla de 21-12-1994 (AC 1994, 2134).

¹⁰⁵⁰ STS 10-12-2002 (RJ 2002,10435).

¹⁰⁵¹ STS 25-07-2002 (RJ 2002,7864).

¹⁰⁵² SAP de Huelva 8-02-2002 (AC 2002,866).

¹⁰⁵³ STS 29-06-2002 (RJ 2002,1470).

¹⁰⁵⁴ STS 17-06-2003 (RJ 2003,5646).

¹⁰⁵⁵ STS 6-04-2007 (RJ 2000,2508).

que convertía el sitio en un barrizal¹⁰⁵⁶; o varias de las mencionadas a la vez¹⁰⁵⁷. Todos ellos constituyen supuestos de la llamada causa material del daño que no coincide con y, por tanto, que habría que distinguir de la causalidad material en la responsabilidad civil¹⁰⁵⁸.

En lo que se refiere a la concesión de las indemnizaciones reclamadas, a pesar de que desde la célebre publicación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO pocas cosas han cambiado en el sentido de que el ser humano también actualmente tiende a caerse con frecuencia¹⁰⁵⁹, y a pesar de que numerosos casos de caídas mantienen una importante presencia en el foro jurisprudencial en los últimos años¹⁰⁶⁰, la generosidad con la que los tribunales españoles dictaban las condenas indemnizatorias en los años 80 y 90 del siglo pasado disminuyó considerablemente. Así, se puede afirmar, que la mayoría de las sentencias aquí analizadas, con fecha posterior al año 2000, desestima los recursos, bien en apelación, bien en casación, denegando de esta manera la concesión de las cantidades indemnizatorias pedidas por las víctimas¹⁰⁶¹. Por lo contrario, la SAP de Jaén de 02-02-2001¹⁰⁶² concede la indemnización por días de curación y por las secuelas derivadas del accidente (la cantidad no consta); en la SAP de Lleida de 08-02-2001¹⁰⁶³ se indemniza las lesiones de la víctima hasta su completa curación, secuelas, gastos de curación, farmacéuticos, médicos ortopédicos y gastos de desplazamiento en la cantidad que se

¹⁰⁵⁶ STS 30-05-2007 (RJ 2007,4338).

¹⁰⁵⁷ SAP de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005,106656).

¹⁰⁵⁸ Así, por ejemplo, la STS de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934) F. 2, let. A.

¹⁰⁵⁹ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Bares, tiendas... y caídas”, *op. cit.*, pág. 49.

¹⁰⁶⁰ En este sentido, Marta CARBALLO FIDALGO, “La responsabilidad civil por las lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público”, *Dereito*, vol. 12, núm. 1, 2003, pág. 261.

¹⁰⁶¹ Así SSTS de 02-03-2000 (RJ 2000, 1304), 28-03-2000 (RJ 2000, 2110), 06-04-2000 (RJ 2000, 2508), 07-05-2001 (RJ 2001, 7376), 17-05-2001 (RJ 2001, 6222), 29-06-2001 (RJ 2002, 1470), 26-07-2001 (RJ 2001, 8426), 13-03-2002 (RJ 2002, 1890), 06-06-2002 (RJ 2002, 4979), 25-07-2002 (RJ 2002, 7864), 30-10-2002 (RJ 2002, 9727), 10-12-2002 (RJ 2002, 10435), 06-02-2003 (RJ 2003, 1075), 12-02-2003 (RJ 2003, 1010), 17-06-2003 (RJ 2003, 5646), 17-07-2003 (RJ 2003, 4783), 02-03-2006 (RJ 2006, 5508), 30-03-2006 (RJ 2006, 1869), 11-09-2006 (RJ 2006, 8541), 31-10-2006 (RJ 2006, 8882), 29-11-2006 (RJ 2007, 271), 22-02-2007 (RJ 2007, 1520), 30-05-2007 (RJ 2007, 4338), 17-07-2007 (RJ 2007, 4895), 17-09-2007 (JUR 2008, 209258), 17-12-2007 (RJ 2007, 8934), 25-01-2007 (RJ 2007, 1699), 17-02-2009 (RJ 2009, 1494), 17-12-2009 (RJ 2010, 862), SSAP de Barcelona de 29-05-2001 (AC 2001, 1363), de Madrid 07-04-2005 (JUR 2005, 106656), de Sevilla de 29-09-2005 (AC 2006, 136), de Madrid de 12-07-2006 (AC 2006, 1996), de Madrid de 23-10-2007 (AC 2007, 2349), de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645), de Pontevedra de 12-03-2008 (JUR 2008, 164516), de Pontevedra de 24-04-2008 (JUR 2008, 323053), de Valencia de 03-06-2008 (JUR 2008, 274344), de Madrid de 10-07-2008 (JUR 2008, 291891), de Madrid de 16-07-2008 (JUR 2008, 376932), de Islas Baleares de 04-11-2008 (JUR 2009, 120457), de Barcelona de 09-01-2009 (AC 2009, 549), de Madrid de 20-03-2009 (AC 2009, 917), de Valencia de 27-03-2009 (AC 2009, 985), de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), de Barcelona de 03-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Pontevedra de 18-06-2009 (JUR 2009, 309756), de Ourense de 28-06-2007 (AC 2007, 1974), de Vizcaya de 02-07-2009 (AC 2009, 2188), de Barcelona de 15-10-2009 (JUR 2009, 489574).

¹⁰⁶² (AC 2001, 1159).

¹⁰⁶³ (AC 2001, 450).

había de determinar en ejecución de sentencia; pedida la indemnización por daños y perjuicios así como por el tiempo de hospitalización y de baja a que han estado sometidas dos personas, víctimas de un accidente provocado por la rotura de la varilla del contrapeso de un ascensor; la STS de 25-10-2001¹⁰⁶⁴ indemniza en 10.040.000 pts. a una y en 6.040.000 pts. a otra; pedida por la víctima la cuantificación económica de las lesiones sufridas en el trámite de ejecución de sentencias la SAP de Huelva de 08-02-2002¹⁰⁶⁵ condena a abonar a la actora la indemnización sin que en la sentencia se determine la cantidad; la STS de 31-03-2003¹⁰⁶⁶ fija en 7.000.000 pts el importe de la indemnización a favor de la demandante, comprendiendo ésta los gastos médicos, farmacéuticos y quirúrgicos que tuvo que soportar la víctima, los daños psíquicos y morales y tiempo de inactividad temporal; en la STS de 20-06-2003¹⁰⁶⁷ la suma de la indemnización por incapacidad temporal en cantidad de 2.880.000 pts. y de la procedente por las secuelas y sus consecuencias (la agravación de la artrosis y la osteoporosis, la atrofia del cuádriceps de la pierna afectada, la incapacidad permanente para cualquier ocupación o actividad resultante de tales secuelas, lo que a su vez determinó la jubilación anticipada de la actora) en cantidad de 25.000.000 pts., al quedar disminuida en 50% por apreciarse la incidencia de la culpa de la víctima, quedó fijada en 13.940.000 pts, equivalente a 83.781 euros; en la STS de 26-05-2004¹⁰⁶⁸, reclamado el pago de 11.000.000 pts (5.6000.000 pts por los días en que la lesionada tardó en alcanzar su sanidad y 5.500.000 pts. de la valoración de secuelas) y apreciada en 30% la concurrencia de la culpa de la víctima, la indemnización quedó fijada en 7.800.000 pts.; en la STS de 10-12-2004¹⁰⁶⁹ estimada la concurrencia de la culpa de la víctima en 25%, se indemniza a ésta a 3.500.000 pts., equivalente de 21.035, 42 euros; en la SAP de Valencia de 29-02-2008¹⁰⁷⁰ la indemnización por las secuelas y días de curación, así como por las gafas, que se rompieron a la víctima al caer, la indemnización es de 10.220, 41 euros; en la SAP de Alicante de 08-04-2008¹⁰⁷¹ se indemniza a la víctima con la cantidad de 26.623, 82 euros en función de incapacidad temporal (12.168, 76 euros) y de secuelas funcionales y lesiones permanentes que afectan a la actora, aquí abducción, reducción de la flexión, rotación externa, material de

¹⁰⁶⁴ (RJ 2001, 8670).

¹⁰⁶⁵ (AC 2002, 866).

¹⁰⁶⁶ (RJ 2003, 2839).

¹⁰⁶⁷ (RJ 2003, 4250).

¹⁰⁶⁸ (RJ 2004, 4262).

¹⁰⁶⁹ (RJ 2004, 8034).

¹⁰⁷⁰ (JUR 2008, 153496).

¹⁰⁷¹ (AC 2008, 1355).

osteosíntesis y secuelas estéticas (14.455,06 euros); en la SAP de Alicante de 21-04-2008¹⁰⁷² se concede a la víctima la indemnización por las secuelas y días de curación por el importe de 22.176, 84 euros; la STS de 05-06-2008¹⁰⁷³ indemniza a la víctima con la cantidad que se dejó para la determinación en la ejecución de la sentencia; la STS de 05-01-2009¹⁰⁷⁴ estimando la concurrencia de la culpa de la víctima en 75% fija la cantidad de la indemnización a favor de ésta en 3065,16 euros; la SAP de Girona de 02-04-2009¹⁰⁷⁵ condena a los demandados a que abonen a la actora la cuantía de 9.426,09 euros; en la SAP de Granada de 10-07-2009¹⁰⁷⁶ la indemnización por fractura de fémur que precisó de intervención médica y los días de curación es de 41.643,39 euros; en la SAP de A Coruña de 14-07-2009¹⁰⁷⁷ se indemniza a la víctima con 5.753, 98 euros y, finalmente, la STS de 25-03-2010¹⁰⁷⁸ condena a los demandados al pago de 45.076 euros por las lesiones y secuelas sufridas por la demandante.

Aparte de la ya señalada concurrencia de la culpa de la víctima que, sin excluir totalmente la responsabilidad del agente, incide en la cantidad indemnizatoria otorgada a la víctima, constituyen los más frecuentes supuestos de exclusión total de la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos la falta de acreditación de la causa material del daño¹⁰⁷⁹, falta de la causalidad física entre la conducta del causante del daño y el daño mismo¹⁰⁸⁰, o causalidad jurídica, sin especificar exactamente con qué criterio de la imputación objetiva se trata¹⁰⁸¹; en algunos casos no se aprecia ningún tipo de acción u omisión negligente por parte del demandado por cumplir éste con el deber

¹⁰⁷² (AC 2008, 1394).

¹⁰⁷³ (RJ 2008, 3209).

¹⁰⁷⁴ (RJ 2010, 6).

¹⁰⁷⁵ (JUR 2009, 394946).

¹⁰⁷⁶ (JUR 2009, 479733).

¹⁰⁷⁷ (JUR 2009, 351402).

¹⁰⁷⁸ (JUR 2010, 103601).

¹⁰⁷⁹ STS de 17-12-2009 (RJ 2010, 862), SSAP de Pontevedra de 18-06-2009 (JUR 2009, 309756), de Barcelona (JUR 2009, 394853), de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), de Valencia de 27-03-2009 (AC 2009, 985), de Madrid de 20-03-2009 (AC 2009, 917) de Barcelona de 09-01-2009 (AC 2009, 549), de Pontevedra de 12-03-2008 (JUR 2008, 164516), de Cádiz de 17-09-2008 (JUR 2008, 209258), SSTS de 11-09-2006 (RJ 2006, 8541), de 30-03-2006 (RJ 2006, 1869), de 25-07-2002 (RJ 2002, 7864).

¹⁰⁸⁰ SSTS de 02-03-2000 (RJ 2000, 1304), de 17-05-2001 (RJ 2002, 6222) que traslada la importancia de la conducta del demandado a la incierta incidencia de ésta en la producción del daño. En realidad no se acredita omisión alguna del demandado (se prueba la existencia de la barandilla en la escalera y no se prueba la inexistencia de las luces de emergencia); STS de 29-06-2001 (RJ 2002, 1470), STS de 30-10-2002 (RJ 2002, 9727), STS de 12-02-2003 (RJ 2003, 1010), STS de 17-06-2003 declara la falta de acreditación del nexo causal a la que no alcanza la inversión de la carga de la prueba, no obstante, la motivación de la sentencia sugiere que no se acreditó la omisión de las medidas de seguridad alguna en el demandado; STS de 17-06-2003 (RJ 2003, 4783), SAP de Madrid de 10-07-2008 (JUR 2008, 291891).

¹⁰⁸¹ STS de 29-11-2007 (RJ 2007, 271) EL hecho de que la bola de plástico sobre la que resbaló la víctima se hallara en el suelo del local, sin dato complementario alguno, no es suficiente para imputar objetivamente la caída a una omisión del titular de aquél.

de actuar que sobre él pesaba¹⁰⁸², o por no probarse que tal deber fue incumplido¹⁰⁸³, o porque determinado actuar no le era exigible¹⁰⁸⁴; en los tres casos mencionados con anterioridad los tribunales suelen afirmar, en consiguiente, que la caída fue el resultado del advenimiento de un riesgo común o general de la vida, o que entraba dentro de la normalidad¹⁰⁸⁵. La responsabilidad no se aprecia tampoco en los casos de los riesgos generales de la vida¹⁰⁸⁶ y culpa exclusiva de la víctima¹⁰⁸⁷, o en los supuestos de caso fortuito, a veces confundido en la misma sentencia con el riesgo general de la vida. Se ha de afirmar, a este efecto, que ambos factores constituyen criterios diferentes. Mientras el riesgo general de la vida es uno de los criterios de la imputación objetiva¹⁰⁸⁸, caso fortuito calificado por mayoría de la doctrina civilista como causa de exoneración de la responsabilidad por culpa, constituye en realidad causa de exclusión de aquella. No puede, pues, haber culpa del agente si el daño se ha producido por caso fortuito. En tales supuestos faltará uno de los presupuestos de la responsabilidad, aquí culpa¹⁰⁸⁹.

En cuanto a la falta de acreditación de la causa material del daño, se ha de señalar que ésta al igual que la acreditación del nexo causal, como tales cuestiones de hecho, no son susceptibles de ser revisados en casación [SSTS 17-05-2001 (RJ 2001, 6222), 04-11-2004

¹⁰⁸² SSAP de Madrid de 16-07-2008 (JUR 2008, 376932), de Baleares de 04-11-2008 (JUR 2009, 120457); SSTS de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934), de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338) de 06-02-2003 (RJ 2003, 1075) de 13-03-2002 (RJ 2002, 1890), de 28-03-2000 (RJ 2000, 2110).

¹⁰⁸³ SSAP de Barcelona de 15-10-2009 (JUR 2009, 489574) de Ourense de 28-06-2007 (AC 2007, 1974) de Madrid de 07-04-2005 (JUR 2005, 106656) STS de 17-06-2003 (RJ 2003, 5646), de 26-07-2001 (RJ 2001, 8426), de 06-04-2000 (RJ 2000, 2508).

¹⁰⁸⁴ STS de 25-01-2007 (RJ 2007, 1699); SAP de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645), STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895), SAP de Madrid (AC 2006, 1996), SSAP de Sevilla de 29-09-2005 (AC 2006, 136), de Madrid de 07-04-2005 (JUR 2005, 106656).

¹⁰⁸⁵ Así SSAP de Vizcaya (AC 2009, 2188), de Madrid de 16-07-2008 (JUR 2008, 376932), de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645), de Madrid de 23-10-2007 (AC 2007, 2349), STS de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934).

¹⁰⁸⁶ STS de 22-02-2007 (RJ 2007, 1520) LA caída en el mercado a causa de suelo mojado por la lluvia constituye un acontecimiento previsible para AQUELLOS clientes que la sufren, entrando, en consecuencia, dentro de los riesgos generales de la vida. STS de 02-03-2006 (RJ 2006, 5508) EL tropezar con UNA manguera de pequeño tamaño colocada en la vía pública para el riego habitual de jardines entra dentro de los riesgos generales de la vida;

¹⁰⁸⁷ STS de 10-12-2002 (RJ 2002, 10435); STS de 26-07-2001 (RJ 2001, 8426). La caída de un cliente en estado de intoxicación etílica en una discoteca al abalanzarse contra el gerente; STS de 06-04-2000 (RJ 2000, 2508); Caída de una viajera en el interior del vagón impulsada por la puerta de cierre; culpa exclusiva de la actora, viajera habitual de la línea del tren, quien tenía que haberse abstenido de tomar apresuradamente el tren cuando sabía que las puertas estaban próximas a cerrarse y aquél iba a iniciar su marcha de un modo no diferente al de cada día.

¹⁰⁸⁸ Considera como tal la SAP de Valencia de 03-06-2008 (JUR 2008, 274344) el atropello del perjudicado con las barras metálicas para colocar los carros como resultante de su distracción, pues riesgos hay en todas actividades de la vida.

¹⁰⁸⁹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1902”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2053.

(RJ 2004, 6717) y 31-10-2006 (RJ 2006, 8882)] por lo que volver sobre el factum de una sentencia para lograr su modificación, salvo error de derecho en la valoración de la prueba, transformaría este recurso en una tercera instancia [en este sentido, STS de 30-03-2006 (RJ 2006, 1869)]. Así lo entienden las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en adelante.

De ahí, STS de 17-12-2009 (RJ 2010, 862) señaló que la víctima no ha probado que el accidente se produjo por una caída desde la escalera que da acceso al coro de la iglesia, por lo que resultaron irrelevantes las condiciones en las que se hallaba ésta y el coro (F.6); SAP de Pontevedra de 18-06-2009 (JUR 2009, 309756) afirmó que “no existe el menor dato respecto al modo de producirse la sedicente caída, a las razones que la motivaron e, incluso, si efectivamente la misma se produjo en las instalaciones de la empresa demandada” (F.2); SAP de Barcelona (JUR 2009, 394853) al establecer que “por falta de aportación de detalles concretos sobre la mecánica y motivo de caída [...] se desconoce el dato crucial de cómo se produjo y, por tanto, a cuál de las circunstancias de la escalera que han sido el objeto de presentación y debate se atribuye una concreta incidencia causal” (F. 2); en la SAP de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003) no se acreditó la existencia de agua en la zona de caída así como la incidencia estructural del escalón en la caída de la víctima (F.3); SAP de Valencia de 27-03-2009 (AC 2009, 985) que abordó un caso de la caída de una señora en una discoteca declaró no haberse probado la existencia de los vasos de cristal rotos, procedentes de otros clientes, en la pista de baile del local (se estimó, en consecuencia, que la demandante se cortó con los cristales procedentes del vaso que ella misma llevaba en la mano) (F.2); SAP de Madrid de 20-03-2009 (AC 2009, 917) en la que no se acreditó donde exactamente se produjo la caída ni que ésta se debió a un encharcamiento en el suelo del parque acuático (F.2); en la SAP de Barcelona de 09-01-2009 (AC 2009, 549) no se probó que la caída de la actora se produjera a causa de los peldaños de la escalera (F.2); SAP de Pontevedra de 12-03-2008 (JUR 2008, 164516) desestimó el recurso por no justificarse que los escalones al garaje estuvieran mojados el día del paso de la actora, ni por la lluvia, ni por limpieza, desconociéndose el motivo que dio lugar a su caída (F.4); en la SAP de Cádiz de 17-09-2008 (JUR 2008, 209258) en la que después de una tanto peculiar valoración de la prueba la Audiencia declaró que no se probó que la caída fue provocada por el jugo de melón que había en el suelo (F.2); STS de 11-09-2006 (RJ 2006, 8541) señala que las pruebas practicadas por las partes no fueron suficientes para que se acreditase la causa de la caída, y en concreto, no se ha probado que la caída tuviera lugar a consecuencia de que el pavimento del local estuviese resbaladizo por hallarse mojado o humedecido por algún líquido, o por haber sobre el mismo restos de bebidas o alimentos despachados en el citado establecimiento y vertidos o derramados (F. 1); STS de 30-03-2006 (RJ 2006, 1869) declara que en la instancia no fue acreditado que el suelo del restaurante estuviera deslizante, ni que la causa de las lesiones consistiera en que la víctima resbaló al pisarlo o perdiendo el equilibrio al tropezar (F.3); y, finalmente, STS de 25-07-2002 (RJ 2002, 7864) señala que no ha sido probada la

existencia del hueco en el que o con el que la víctima afirma haber tropezado (F. 2).

Sientan la falta de la responsabilidad del demandado en la no acreditación del nexo causal las SSTS de 02-03-2000 (RJ 2000, 1304), de 17-05-2001 (RJ 2002, 6222) que traslada la importancia de la conducta del demandado a la incierta incidencia de ésta en la producción del daño. En realidad no se acredita omisión alguna del demandado (se prueba la existencia de la barandilla en la escalera y no se prueba la inexistencia de las luces de emergencia); STS de 29-06-2001 (RJ 2002, 1470), STS de 30-10-2002 (RJ 2002, 9727), STS de 12-02-2003 (RJ 2003, 1010), STS de 17-06-2003 declara la falta de acreditación del nexo causal a la que no alcanza la inversión de la carga de la prueba, no obstante la motivación de la sentencia sugiere que no se acreditó la omisión de las medidas de seguridad alguna en el demandado; STS de 17-06-2003 (RJ 2003, 4783), SAP de Madrid de 10-07-2008 (JUR 2008, 291891).

En la STS de 29-11-2007 (RJ 2007, 271) el hecho de que la bola de plástico sobre la que resbaló la víctima se hallara en el suelo del local, sin dato complementario alguno, no es suficiente para imputar objetivamente la caída a una omisión del titular de aquel. La SAP de Valencia de 03-06-2008 (JUR 2008, 274344) considera que no se puede imputar el daño al titular del establecimiento en el caso de que el perjudicado atropelle con las barras metálicas para colocar los carros resultante de su distracción, pues riesgos hay en todas actividades de la vida.

Consideran que se adoptaron con premura las medidas pertinentes la SAP de Madrid de 16-07-2008 (JUR 2008, 376932) porque el vómito sobre el que resbaló la víctima era reciente y se probó que la empleada de Metro de Madrid acudió con el bípode para cubrir la zona afectada nada más recibido el aviso en la taquilla; SAP de Islas Baleares de 04-11-2008 (JUR 2009, 120457) el demandado cumple con las medidas de seguridad porque la pasarela estaba habilitada para acceder la embarcación; STS de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934) las duchas de un camping donde se produjo la caída cumplen con las medidas de seguridad al tener un piso antideslizante y una inclinación del plato de la ducha hacia el centro (riesgos generales de la vida); STS de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338) los materiales empleados en el suelo de un centro comercial dónde se produjo la caída eran antideslizantes por lo que éste cumple con las medidas de seguridad; STS de 06-02-2003 (RJ 2003, 1075) la escalera en la que se produjo el accidente reunía todas las características lógicas para su uso normal, incluso en un día lluvioso en el exterior; STS de 13-03-2002 (RJ 2002, 1890) el lugar en el que se produjo la caída (un comedor) no era un terreno resbaladizo; por el contrario, según la STS de 28-03-2000 (RJ 2000, 2110) no se justifica que la falta de baranda en la escalera de un banco de la que se cae el demandante suponga un riesgo y que esta falta sea la consecuencia de las lesiones y muerte de la víctima a pesar de que la instalación de tal baranda la requiere hasta la misma normativa de seguridad e higiene en el trabajo (dicha normativa se consideró de no aplicación al caso; la víctima no era empleado del banco).

La falta de acreditación de la omisión de las medidas requeridas coincide muchas veces con la falta de acreditación de la causa material del daño (véase el epígrafe correspondiente). Así en la SAP de Barcelona de 15-10-2009 (JUR 2009, 489574) no se acredita que el escalón por el que resbaló la víctima estuviera deteriorado o mojado; SAP de Ourense de 28-06-2007 (AC 2007, 1974) el suelo del establecimiento cuenta con los elementos de seguridad necesarios atendiendo a ello a la licencia de apertura; SAP de Madrid de 07-04-2005 (JUR 2005, 106656) en la que no se acredita que el suelo de acceso al metro de Madrid estuviera en mal estado o carente de las medidas de seguridad exigibles en tal lugar; STS de 17-06-2003 (RJ 2003, 5646) en la que no constaba que la puerta giratoria tuviera avería alguna que justificara el atropello de la mano de la actora; STS de 26-07-2001 (RJ 2001, 8426) no aprecia la conducta culposa de la demandada en relación con las medidas de seguridad; inexistencia de barandilla, iluminación de escalones, etc.) sentando la causa del accidente en la culpa exclusiva de la víctima; STS de 06-04-2000 (RJ 2000, 2508) caída de una viajera en el interior del vagón impulsado por la puerta del cierre y la puesta en marcha del tren; la demandante no logró precisar en qué pudo consistir la conducta negligente de la jefa del tren y maquinista demandados.

En lo que se refiere a la exigibilidad del deber de actuar en la STS de 25-01-2007 (RJ 2007, 1699) a los encargados de la discoteca y demás personal del establecimiento no les era exigible un deber de vigilancia tal que llevaría hasta el punto de poder impedir una pirueta efectuada por la víctima en el estado de embriaguez que dio lugar a su caída desde la terraza al suelo del establecimiento; SAP de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645) el portero de un edificio de una Comunidad de Vecinos no tiene deber de permanente limpieza del soportal cada vez que una persona entrara en el inmueble y manchara o mojara con el agua su acceso (riesgos generales de la vida); STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895) un importante grado de proximidad o especial confianza con sus anfitriones no hace exigible en éstos una diligencia tan extrema que les obligara a encender el tramo intermedio o en ángulo del pasillo en el que se cayeron las víctimas al tropezar con un juguete (Caso Juguetes); SAP de Madrid (AC 2006, 1996) en cuyo caso, entiendo, no se tratará con omisión ninguna por falta de acreditación de que la acción debida e hipotéticamente omitida por el demandado le era posible, por lo que, como declara sentencia un mero envoltorio en el suelo de la estación (mancha de aceite) susceptible de provocar un resbalón no es tampoco suficiente para imputar el daño al titular del establecimiento, siempre y cuando no responde a un estado permanente y consentido por éste; de forma parecida, sentanda la falta de omisión del deber por parte del demandado en la falta de acreditación del estado de suciedad, dejadez y abandono permanente del suelo del centro comercial sobre el que se cayó la víctima la SAP de Sevilla de 29-09-2005 (AC 2006, 136); SAP de Madrid de 07-04-2005 (JUR 2005, 106656) en la que la falta de barandilla en el rellano techado entre tramos de escaleras, no hace ilícita la conducta por omisión de las medidas de conservación, toda vez que éstas no eran necesarias en la zona intermedia plana;

Y finalmente, se puede señalar, como ejemplos de la normativa de la que dimanaban los deberes jurídicos en materia de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público, los siguientes: en el campo de la actividad hotelera, Reglamento de Baja Tensión aprobado por Orden de 31 octubre 1973 (RCL 1973, 2391) derogado por el actual Reglamento 842/2002, de 2 de agosto (RCL 2002, 2319), la Circular de 10 de abril de 1980 (RCL 1980, 1021) de la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas; así como, a nivel local, diferentes tipos de requerimiento que puedan estar efectuados por los Ayuntamientos¹⁰⁹⁰ en lo que se refiere a los requisitos con los que debe cumplir el alumbrado de emergencia en un establecimiento hotelero; El Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre (RCL 1985\2920 y ApNDL 1975-85, 589), por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención, aplicado por la STS de 25-10-2001 (RJ 2001, 8670) con tal de establecer en la empresa de mantenimiento de ascensores y en la comunidad de propietarios de un edificio la omisión de un deber de no interrumpir, como prevé dicha normativa, el servicio del ascensor averiado del cuyo mal estado supieron ambos demandados. El caso versaba sobre un accidente provocado por la rotura de la varilla del contrapeso del ascensor a cuya causa éste se cayó desde el cuarto piso, cuando dos personas, demandantes en el proceso, se hallaban dentro. En lo que respecta el deber jurídico de mantener en condiciones óptimas para su uso las instalaciones de Metro de Madrid, el Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano de Madrid (Decreto 49/87, de 8 de mayo) y la Ley 8/1993 de 22 de junio, de Promoción de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, aplicados a un supuesto de las lesiones sufridas por la parte demandante al caerse en el rellano de las instalaciones de acceso a metro, enjuiciado en la SAP de Madrid de 7-04-20051091; El Real Decreto 381/1984, de 25 enero (RCL 1984\571, 1118 y ApNDL 2447) por el que se aprobó la Reglamentación Técnico- Sanitaria del Comercio Minorista de Alimentación en cuanto éste establece en su art. 10.16 el deber de mantener “tanto las paredes como los techos y pavimentos [de los establecimientos del Comercio Minorista de Alimentación¹⁰⁹²] ... en correcto estado de conservación y limpieza”; aplicado por la SAP de Castellón de 13-07-19931093; El Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto, por el que se aprobó el nuevo Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas¹⁰⁹⁴, aplicable a los espectáculos, deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público, y a las demás actividades de análogas características, con independencia de que sean de titularidad pública o privada y de que se propongan o no finalidades lucrativas, que estableció varios deberes jurídicos en el ámbito de higiene y sanidad pública y la seguridad ciudadana.

¹⁰⁹⁰ Véase la STS de 5-01-2009 (RJ 2010,6) y el requerimiento efectuado por el Ayuntamiento de Madrid a la parte demandada en el que se recoge el deber de instalar alumbrado de emergencia en las habitaciones que cuentan con dos alturas, conforme a lo reflejado en la documentación que sirvió de base para la concesión de licencia de actividad.

¹⁰⁹¹ (JUR 2005, 106656).

¹⁰⁹² Añadido por la autora.

¹⁰⁹³ (AC 1993, 1464).

¹⁰⁹⁴ (RCL 1982/2960, 3195; RCL 1983/2125 y ApNDL 4986).

Mencionado Decreto fue aplicado, a modo de ejemplo, por la sentencia “Alcalá 20”¹⁰⁹⁵.

2.2 Primera etapa.

Hasta bien entrados los años 90 la práctica jurisprudencial en materia de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público coincidía con la línea general en torno a la interpretación y aplicación del art. 1902 del CC. Esta última, marcada por la jurisprudencia de la segunda década del siglo XX, estaba revestida de un denominador común en forma de la llamada “objetivación de la responsabilidad por culpa”¹⁰⁹⁶. Hecho éste que encontraba su reflejo en la sistemática inversión de la carga de la prueba¹⁰⁹⁷, a veces traduciéndose también en el uso abusivo de las presunciones judiciales o en la adopción de un mayor grado de diligencia exigible¹⁰⁹⁸. En consecuencia, todavía en el año 1997 muchas de las decisiones en materia objeto de estudio seguían aplicando uno u otro de los expedientes mencionados con anterioridad, o varios de ellos a la vez.

Para propiciar algunos ejemplos, los rasgos esenciales de la teoría del riesgo, en general, y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los supuestos de caídas, en especial, fueron recogidos en su plenitud por la STS de 21 de noviembre de 1997. Los hechos de la decisión mencionada con anterioridad versan sobre un accidente sufrido por la víctima al precipitarse ésta durante un espectáculo por una escalera que carecía de pasamanos de seguridad y en la que faltaba la sujeción de goma de fijación de la alfombra que la cubría. Estimada parcialmente la reclamación en apelación, recurrió en casación la aseguradora de la demandada, alegando la indebida aplicación del art. 1902 del CC, en relación con el art. 1214 del mismo Cuerpo Legal, así como de la doctrina jurisprudencial sobre la culpa extracontractual. El Tribunal Supremo desestimó el motivo en siguientes términos:

“La Sentencia de esta Sala, de 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760), que

¹⁰⁹⁵ STS 17-07-1994 (RJ 1995, 6827).

¹⁰⁹⁶ Véase el análisis jurisprudencial hasta el año 1987 con las sucesivas aportaciones doctrinales, así como una exhaustiva exposición de los expedientes utilizados a tal efecto en Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

¹⁰⁹⁷ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/José SOLÉ FELIU, “Spain”, en Bernhard A. KOCH/Helmut KOZIOL (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pág. 283.

¹⁰⁹⁸ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva. Supuestos especiales versus clausula objetiva”, *Revista de Derecho Privado*, pág. 829.

se ha de calificar como emblemática en la doctrina general sobre la culpabilidad, además de epítome de sentencias anteriores, establece que « la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el sentido subjetivo de la culpabilidad, según impone el artículo 1902 del Código Civil, ha ido evolucionando, a partir de la Sentencia de 10 julio 1943 (RJ 1943, 856), hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandada por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable; ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada. Pero, sin embargo, la evolución de dicha objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revertido caracteres absolutos y, en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el vigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo».

Y la antedicha tesis es la que ha mantenido de una manera correcta la sentencia recurrida, no sólo en el área de los principios, sino también en el aspecto tendencial, y con base a unos datos fácticos perfectamente deducidos, como son el que la escalera por la que se precipitó la víctima - ahora parte recurrida- carecía de pasamanos de seguridad, y que la parte - ahora recurrente- no ha demostrado, como le incumbía, *a virtud de la teoría de la inversión de la carga de la prueba*¹⁰⁹⁹, que el canto de goma de fijación de la alfombra que cubría las referidas escaleras estuviera sujeto antes del accidente. Con lo cual aparte de los indiscutidos requisitos de la producción de un daño, y de un nexo causal del mismo con una determinada acción u omisión, hay que proclamar que en el presente caso

¹⁰⁹⁹ Cursiva añadida.

dicha omisión culposa aparece con claridad meridiana, desde el instante mismo que la empresa de espectáculos -ahora recurrente- no realizó las operaciones necesarias y suficientes, o por lo menos no lo ha demostrado como le incumbía, para dar la seguridad necesaria a unas escaleras por las que transitaban o podían transitar, toda clase de personas.^{1100,}

En cuanto a la aplicación de un mayor grado de diligencia exigible a los casos de caídas, que en España se materializó en la llamada doctrina de “agotamiento de diligencia”, sirva de ejemplo la STS de 2 de octubre de 1997. El *litis* del caso se centra en la reclamación por las extensas secuelas causadas por quien se encontraba haciendo piruetas sobre barandilla de la primera planta de una discoteca, cayendo en un descuido sobre el demandante que se encontraba en la pista de baile. La víctima interpuso la demanda contra el cliente de la discoteca que se le cayó encima, así como contra los propietarios del local, alegando, en último caso, la exagerada concurrencia de público en el piso y la falta de implementación de las medidas de seguridad. Las pretensiones formuladas fueron estimadas parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela que absolvió a los propietarios del local, condenando solamente al cliente del club (causante directo del daño). La sentencia fue revocada en apelación, en la que fueron condenados también los dueños de la discoteca. En consecuencia, de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña recurrieron todos los demandados. Los motivos de casación de los propietarios del local se centraron, primero, en el hecho de que no pudieron prever la conducta de su cliente que causó materialmente el daño a la víctima, siendo ésta contraria a la de toda persona razonable y sensata; y segundo, en que la barandilla sobre la que hizo piruetas el causante directo del daño cumplía con las disposiciones reglamentarias y que la doctrina sobre la responsabilidad por riesgo no aplicaba al caso por lo que la peligrosidad de la actividad no era de tal magnitud que pudiese dar lugar a la inversión de la carga de la

¹¹⁰⁰ F.2 de la STS de 21-11-1997 (RJ 1997, 8093). En la misma línea, con la abundante cita de resoluciones anteriores la STS de 28-04-1997 (RJ 1997, 3408), aunque la demanda está desestimada y, en consiguiente, el recurso de casación decaído por estimarse acreditado el buen estado de la alfombra sobre la que resbala la víctima. De forma similar, la STS de 17-07-1986 (RJ 1986, 4571), aunque esta última sitúa finalmente la causa del accidente (fallecimiento de un niño por caída a una piscina en construcción) en la culpa exclusiva de la víctima. Invierten la carga de la prueba en contra del demandado también las SSAP de Islas Baleares de 25-06-2001 (JUR 2001, 249565), de Castellón de 13-07-1993 (AC 1993, 1464), de Álava 21-12-1998 (AC 1998, 2563) de Sevilla 9-07-1997 (AC 1997, 1558) y de Islas Baleares 04-05-1992 (AC 1992, 830) y la STS de 14-09-1998 (RJ 1998, 6741), aunque esta última con fundamento en el principio de facilidad probatoria.

prueba. En lo que respecta a la responsabilidad por riesgo en general, el Tribunal Supremo expuso lo que sigue:

“En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las Sentencias, entre otras, de fechas 29 marzo y 25 abril 1983 (RJ 1983\1652 y RJ 1983\2123); 9 marzo 1984 (RJ 1984\1207); 21 junio y 1 octubre 1985 (RJ 1985\3308 y RJ 1985\4566); 24 y 31 enero y 2 abril 1986 (RJ 1986\329, RJ 1986\444y RJ 1986\1788); 19 febrero y 24 octubre 1987 (RJ 1987\719 y RJ 1987\7471); 5 y 25 abril y 5 y 30 mayo 1988 (RJ 1988\2652, RJ 1988\3277, RJ 1988\3879 y RJ 1988\4352); 17 mayo, 9 junio, 21 julio, 16 octubre y 12 y 21 noviembre 1989 (RJ 1989\3771, RJ 1989\4415, RJ 1989\5772, RJ 1989\6923 y RJ 1989\7897), 26 marzo, 8, 21 y 26 noviembre y 13 diciembre 1990 (RJ 1990\1731, RJ 1990\8534, RJ 1990\9014, RJ 1990\9047 y RJ 1990\10002), 5 febrero 1991 (RJ 1991\991), 24 enero 1992 (RJ 1992\207), 5 octubre 1994 (RJ 1994\7453), 9 marzo y 19 junio 1995 (RJ 1995\1848 y RJ 1995\4927) y 4 y 13 febrero, 28 abril y 9 junio 1997 (RJ 1997\677, RJ 1997\701, RJ 1997\3408 y RJ 1997\4734), así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones

cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero¹¹⁰¹.

Una vez expuestos los fundamentos y principales rasgos característicos de la bien establecida en la materia tendencia hacia la mal llamada “objetivación de la responsabilidad por culpa”¹¹⁰² y declarada su aplicación al supuesto de hecho, el Tribunal Supremo entró en consideraciones particulares en torno a la aplicación al caso de expedientes concretos. En este sentido, sentando la responsabilidad de los propietarios de la discoteca en la omisión de las medidas de seguridad¹¹⁰³, el Alto Tribunal acudió a otro de los instrumentos jurisprudenciales de “objetivación”, aquí al mayor grado de la diligencia exigible, declarando insuficiente, a este efecto, el cumplimiento de las medidas reglamentarias. De ahí, afirmó que

“[...] de conformidad con la doctrina jurisprudencial transcrita, está fuera de duda que en los supuestos de responsabilidad extracontractual es preciso y decisivo, a efectos de generar una responsabilidad indemnizatoria, examinar los presupuestos estimados acreditados a fin de poder apreciar, con base en ellos, cualquier género de comportamiento -por acción u omisión- susceptible de calificarse de culpable o negligente, aún cuando ello fuese en grado minoritario. Esto así, los presupuestos probados en la sentencia recurrida -que han quedado incólumes en casación y que, substancialmente, no difieren de los declarados en la instancia- radican, en esencia, en que: «el demandado José Manuel B. P., cliente de la discoteca igual que el actor, se encontraba haciendo piruetas y tonterías agarrado a la barandilla de la planta primera de la misma y en un descuido se cayó». El

¹¹⁰¹ F.3 de la STS de 2-10-1997 (RJ 1997, 6964). De forma similar, SSTS de 12-11-1993 (RJ 1993, 8760), 28-04-1997 (RJ 1997, 3408), 21-11-1997 (RJ 1997, 8093) y de 17-07-1986 (RJ 1986, 4571), SSAP de Asturias de 22-12-1998 (AC 1998, 8562) y de Lleida de 16-03-1999 (AC 1999, 574). En este aspecto parece interesante la STS de 30-12-1992 (RJ 1992, 10559) que a pesar de estar enraizada en la antigua doctrina del riesgo, sienta la eventual responsabilidad del demandado en la omisión de las medidas de control con el elemento “creación del riesgo” como una eventual fuente del deber jurídico de controlar.

¹¹⁰² Así MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, “art. 1902” en *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2051.

¹¹⁰³ F. 5 de la STS de 2-10-1997 (RJ 1997, 6964).

análisis lógico y racional de semejante hecho probado, permite las siguientes consideraciones: aunque las medidas objetivas de seguridad adoptadas en la Discoteca fuesen acordes con la reglamentación propia del ramo, es indudable que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la Sala, toda vez que los empleados de tal menester tenían que haber estado atentos, en todo momento, de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento, -no cabe pretender que fuese imposible prever que algún cliente se comportase de manera incivilizada o peligrosa ya que el consumo de bebidas alcohólicas y la influencia de la música, del baile y del característico ambiente de las discotecas, propicia cualquier desmán colectivo o individual-, los riesgos de una eventualidad del tipo indicado es mayormente predecible en aquellos casos, como el de autos, en que la Sala está dotada de dos plantas y la superior, situada y orientada sobre la pista de baile existente en la inferior, teniendo como única protección una simple barandilla, por más que la misma se adaptase en sus medidas y anclajes a las normas reglamentarias.^{1104,}

El mecanismo empleado en el caso por el Tribunal Supremo es deudor de la común práctica, conocida en la jurisprudencia bajo la denominada fórmula de “agotamiento de diligencia”, introducida por la Sala de lo Civil por primera vez en la sentencia de 29 de junio de 1932¹¹⁰⁵. En virtud de ésta, “[...] la realidad se impone, demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido positivo resultado, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron a su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es

¹¹⁰⁴ F. 4 de la STS de 2-10-1997 (RJ 1997, 6964). De forma parecida, sentando la responsabilidad de la parte demandada en la doctrina de “agotamiento de la diligencia” las SSTS de 28-05-1991 (RJ 1991, 3940) y de 25-09-1996 (RJ 1996, 6655), así como las SSAP de Sevilla de 21-12-1994 (AC 1994, 2134), de Álava 21-12-1998, de Asturias de 22-12-1998 (AC 1998, 8562), de Islas Baleares de 25-06-2001 (JUR 2001, 249565) y de Jaén de 31-01-2001 (AC 2001, 199). La doctrina de “agotamiento de diligencia” en materia de caídas, en algunos casos puntuales y sólo en grado de apelación, cobra importancia incluso en la primera década del siglo XXI. Véase, por ejemplo, la SAP de Valencia de 22-02-2006 (PROV 2006, 207953) o la SAP de Alicante de 21-04-2008 (AC 2008, 1394). Por lo general, sin embargo, está rotundamente rechazada por las posteriores sentencias en grado de casación. Véase, por ejemplo, F. 4 de la STS de 17-05-2001 (RJ 2001, 6222) y el F.4 de la STS de 25-03-2010 (JUR 2010, 103601).

¹¹⁰⁵ Citada por CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 82.

de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia.” Según una parte de la doctrina, nos encontramos en dichos casos ante una presunción de culpa cuya particularidad reside en tener limitada la contraprueba que puede ofrecer el demandado¹¹⁰⁶, limitándose ésta únicamente al caso fortuito y la eventual concurrencia de la culpa de la víctima¹¹⁰⁷. Y aunque en el caso enjuiciado el Tribunal Supremo no utiliza la fórmula en virtud de la cual “el daño mismo demuestra que la diligencia no se agotó”, la constatación de que “[...] *es indudable* que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la Sala, toda vez que los empleados de tal menester tenían que haber estado atentos, *en todo momento*¹¹⁰⁸, de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento”, se puede afirmar, surte los mismos efectos prácticos.

Y finalmente, *presumen la culpa* de los dueños del establecimiento comercial o de sus empleados a partir de la prueba de la causa material del daño, por ejemplo, la STS de 27 de junio de 1991 por encontrarse en el suelo del local una “pequeña depresión oculta y disimulada exteriormente por el pavimento no rígido del “sintasol” que se extiende sobre las irregularidades que presenta en toda su superficie el piso firme¹¹⁰⁹”, o la SAP de Lleida de 6 de abril de 1995 cuando indica que “debemos presumir la culpa de la dueña del establecimiento comercial o de sus empleados por el hecho de que había una hoja de lechuga en el suelo de la tienda que provocó la fatal caída¹¹¹⁰”.

2.3 Segunda etapa. Caídas en los establecimientos abiertos al público, un típico supuesto en el que no aplica la “inversión de la carga de la prueba”.

De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria del periodo entre los años 1990 - 2006 la responsabilidad por riesgo no aplica en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público¹¹¹¹. En este sentido, se puede afirmar que son tres

¹¹⁰⁶ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 83.

¹¹⁰⁷ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 84.

¹¹⁰⁸ Cursiva añadida.

¹¹⁰⁹ F. 3 de la STS de 27-06-1991 (RJ 1991, 4633).

¹¹¹⁰ F. 2 de la SAP de Lleida de 6-04-1995 (AC 1995, 1125).

¹¹¹¹ SSTS 05-06-2008 (RJ ,2008,3209), 05-01-2010 (RJ 2010,6), 25-03-2010 (JUR 2010,103601), 17-12-

las sentencias del Tribunal Supremo que, dentro de la mencionada materia, a mediados de los años noventa originaron la vuelta de la llamada tendencia objetivadora a la responsabilidad por culpa en su vertiente puramente subjetiva.

Se señala como la primera sentencia que lanza la nueva tendencia mencionada con anterioridad la STS de 12 de noviembre de 1993¹¹¹². Se ha de afirmar, sin embargo, que a pesar de que la sentencia rechaza la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público, lo hace sin explicar el eventual por qué de tal decisión.

En la segunda de ellas, de 12 de julio de 1994¹¹¹³, en la que el demandante se cayó en un restaurante después de levantarse de la mesa, el Tribunal Supremo resaltó que la inversión de la carga de la prueba ha sido vinculada por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil al riesgo o peligro de la actividad desarrollada por el agente, concluyendo que la actividad llevada a cabo por el demandado no generaba riesgo de tal magnitud que pudiese justificar la inversión de la carga de la prueba en el caso enjuiciado¹¹¹⁴.

La tercera de las sentencias, de 20 de marzo de 1996, no constituye un típico supuesto de caída, perteneciendo más bien al grupo de casos reunido bajo un denominador común “práctica de deporte”. No obstante, una breve remisión a ella encuentra su justificación en el hecho de que son muchas las decisiones, dentro de la materia objeto de éste estudio, que, a partir de la premisa en ella establecida, apuntan a

2009 (RJ 2010,862), 25-01-2007 (RJ 2007,1699), 30-05-2007 (RJ 2007,4338), 17-12-2007 (RJ 2007,8934), 31-10-2006 (RJ 2006,8882), 11-09-2006 (RJ 2006,8541), 17-07-2003 (RJ 2003,4783), 20-06-2003 (RJ 2003, 4250), 06-02-2003 (RJ 2003,1075), 28-03-2000 (RJ 2000,2110), 02-03-2000 (RJ 2000,1304), 12-07-1994 (RJ 1994,6390), seguidas por las SSAP de Alicante 21-04-2008 (AC 2008,1394), de Girona 02-04-2009 (JUR 2009,394946); de Valencia 27-03-2009 (AC 2009,985), de Barcelona 03-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Granada 10-07-2009 (JUR 2009,479733), de Lleida 08-02-2001 (AC 2001,450), la cual no invierte la carga de la prueba con fundamento en el riesgo, lo hace, sin embargo, remitiéndose a la doctrina de la normalidad, facilidad o dificultad probatoria, SAP de Pontevedra 24-04-2008 (JUR 2008,323053), de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008,376932), de Alicante 08-04-2008 (AC 2008,1355), de Zaragoza 30-01-2008 (JUR 2008,174645), de Valencia 03-06-2008 (JUR 2008,274344), de Madrid 07-04-2005 (JUR 2005,106656), de Islas Baleares 04-11-2009 (JUR 2009,120457), de Madrid 10-07-2008 (JUR 2008,291891), de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008,164516), de Madrid 23-10-2007 (AC 2007,2349), de Cádiz 17-09-2008 (JUR 2008, 209258), de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996), de Sevilla 29-09-2006 (AC 2006,136), de Jaén 02-02-2001 (AC 2001,1159).

¹¹¹² (RJ 1993, 8760).

¹¹¹³ (RJ 1994, 6390).

¹¹¹⁴ F. 2 de la STS 12-07-1994 (RJ 1994,6390). A este efecto, la doctrina señala como originadora de dicha tendencia también la STS de 12-11-1993 (RJ 1993, 8760). Así DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Bares, tiendas ...y caídas”, *op. cit.*, pág. 54-55. Se ha de señalar, sin embargo, que esta última, aunque declara que “en los supuestos en que consta acreditada debidamente la culpa de la víctima no es aplicable la inversión de la carga de la prueba” (F. 3), tampoco contiene la premisa de acuerdo con la que un local abierto al público no supone en principio la creación de un nuevo riesgo o de un riesgo añadido para la seguridad de las personas.

que casos de caídas constituyen un típico supuesto en el que procede prescindir, en términos generales, de una supuesta “objetivación” de la responsabilidad civil¹¹¹⁵. Así las cosas, la mencionada sentencia presenta un caso en el que la víctima, esquiando, colisionó con postes al caer en una pista de cierta dificultad con nieve dura. A este efecto, el Alto Tribunal concluyó que:

“...dicha doctrina [la teoría del riesgo] hay que aplicarla con sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) y no a todas las actividades de la vida que impliquen un riesgo considerable anormal en relación a los estándares medios¹¹¹⁶”.

A partir de entonces son numerosas las sentencias cuyo hilo conductor se desarrolla dentro de una misma declaración, muy bien resumida en la SAP de Lleida de 8 de febrero 2001

“[...] tratándose de caídas en establecimientos públicos no resulta aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo o las fórmulas objetivadoras de la responsabilidad y ello porque, como señala la STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), la inversión de la carga de la prueba se conecta jurisprudencialmente con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolle el agente (SS. 8-2-1991 [RJ 1991, 1157] , 4-6-1991 [RJ 1991, 4415] y 23-9-1991 [RJ 1991, 6060] y 20-1-1992 [RJ 1992, 192]) de forma que la aplicación de este principio exige que los daños generados sean consecuencia de actividades de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgos beneficiosos para su titular, y estas condiciones no se producen en supuestos como el que nos ocupa.¹¹¹⁷”

¹¹¹⁵ Así, por ejemplo, en materia de caídas el F.1 de la STS de 02-03-2000 (RJ 2000, 1304); el F. 2 de la STS de 2-02-2001 (AC 2001, 1159), aunque esta última asigna la premisa que se cita más adelante a la STS de 20-03-1993 (RJ 1993, 2028); lo que parece un error dado que la sentencia señalada aborda un caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor en un contrato de compraventa; el F.3 de la STS de 10-12-2002 (RJ 2002, 10435) y la SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932).

¹¹¹⁶ STS de 20-03-1996 (RJ 1996, 2244).

¹¹¹⁷ En el supuesto objeto del litigio se trataba exactamente con la caída de una señora sufrida en el baño de un restaurante.

No obstante, la fórmula que con más frecuencia se repite en la reciente jurisprudencia, y que a la vez dio origen a la constatación de la Audiencia Provincial de Lleida citada con anterioridad, prescinde en realidad de *actividades particulares* desarrolladas en las instalaciones, cuyos suelos o superficies se convierten más tarde en lugares habituales de los desafortunados resbalones. Así las cosas, resulta que es simplemente “[...] el hecho de regentar un negocio abierto al Público, [el que] no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo¹¹¹⁸”, o, siguiendo la misma línea jurisprudencial, un negocio cualquiera abierto al público, sea un restaurante¹¹¹⁹, transporte por Metro¹¹²⁰, un centro comercial¹¹²¹, un mercado¹¹²² o un supermercado¹¹²³ por no tener consideración de creadores del riesgo cuya magnitud implicaría la llamada “inversión de la carga de la prueba”.

Supuestamente el planteamiento descrito con anterioridad obedece al mismo razonamiento, que con más claridad evidenciaron otras de las sentencias del Tribunal Supremo, seguidas por algunas de Audiencias Provinciales, que distinguen entre el *hecho de ocupar un establecimiento abierto al público*, de cuya seguridad se responde, y la *actividad desarrollada en éste* por el causante del daño. Como ya hemos mencionado con anterioridad, solamente el primer de los supuestos será relevante en la materia que nos ocupa.

Así, por ejemplo, la anteriormente citada STS de 12 de julio de 1994 declaró que:

“El hecho de tener un restaurante abierto al público no puede

¹¹¹⁸ STS 30-05-2007 (RJ 2007,4338), SSAP de Barcelona de 03-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), de Barcelona de 9-01-2009 (AC 2009,549), de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008, 164516), de Ourense 28-06-2007 (AC 2007,1974), de Jaén 02-02-2001 (AC 2001, 1159) entre otras.

¹¹¹⁹ SSTS 12-07-1994 (RJ 1994, 6730), 13-03-2002 (RJ 2002, 1890), 30-03-2006 (RJ 2006, 1869), 11-09-2006 (RJ 2006,8541), 29-11-2007 (RJ 2007,271), así como las SSAP de Alicante 8-04-2008 (AC 2008,1355) y de Lleida 8-02-2001 (AC 2001,450). Esta última, sin embargo, más adelante fundamenta acertadamente la eventual responsabilidad del restaurador en la omisión de determinadas medidas de seguridad y limpieza al declarar “que, como también se apunta en la sentencia de primera instancia, es incuestionable que el propietario de un establecimiento de estas características ha de velar en el ejercicio de su actividad empresarial para que las distintas dependencias del local a las que tienen acceso los clientes se encuentren en buen estado de uso, con obligación de mantenerlas en debidas condiciones de seguridad y limpieza durante todo el tiempo en que el local permanece abierto al público, evitando y retirando a la mayor brevedad cualquier tipo de producto o suciedad en general que pudiera provocar la caída de los clientes.” (F.2)

¹¹²⁰ SAP de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996).

¹¹²¹ SSAP de Barcelona 9-01-2009 (AC 2009,549), y de 20-11-2004.

¹¹²² SAP de Barcelona de 20-11-2004.

¹¹²³ SAP de Jaén 02-02-2001 (Ar. Civ. 2001/1159).

considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. [...] Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado) podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia.¹¹²⁴»

Ahora bien, se podría cuestionar la adecuación de dicho planteamiento. Primero, porque pensando en casos extremos, no parece apropiado calificar de igualmente peligroso un supermercado dedicado a la venta de productos de primera necesidad y una tienda en la que se vende armas, o una antigua mina de sal de Wieliczka en Polonia – hoy en día museo, denominada por UNESCO uno de los lugares de patrimonio cultural y natural, localizada 327 metros debajo de la tierra, o, incluso, una pista de patinaje en la que los resbalones serán más que frecuentes. La peligrosidad de dicha formulación consiste en que si admitimos que una tienda dedicada a venta de armas no es creadora de ningún peligro añadido, tendríamos que asumir que la actividad de vender armas y materiales explosivos tampoco lo es. Claramente, como bien observó el Tribunal Supremo, nuestras caídas se deben casi siempre a las mismas triviales razones (el suelo mojado por la lluvia o manchado con aceite, etc.) que pocas veces están directamente relacionadas con la actividad desarrollada por el causante del daño en el local donde éste se produjo. No obstante, el fallo de dicha argumentación, y éste sería nuestro punto segundo, reside en que no es el hecho de tener un local abierto al público el que causa el daño, si realmente se pudiera tratar con el nexo causal *sensu stricto* en los supuestos analizados¹¹²⁵, sino *la omisión* de determinadas medidas de seguridad, mantenimiento,

¹¹²⁴ STS 12-07-1994. Tal planteamiento se repite, en consiguiente, en sentencias muy posteriores, según la clasificación introducida en este trabajo pertenecientes a la tercera etapa, como las SSTS 11-09-2006 (RJ 2006,8541), de 31-10-2006 (RJ 2006, 8882), y de 25-03-2010 (JUR 2010,103601). De forma similar, SAP de Barcelona 3-04-2009 (JUR 2009, 394853), citando OTRAS sentencias, cuando declara que “la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 C. Civil, denegando la responsabilidad en el caso concreto porque el riesgo de sufrir una caída no provino de la utilización de los productos o servicios puestos en el mercado a través de la actividad propia, sino a condiciones normales y previsibles de utilización”. Lo último parece obedecer a la obligación del titular del establecimiento comercial de tener el local en condiciones adecuadas de higiene y seguridad de tránsito y la estancia de los clientes...”

¹¹²⁵ A este efecto, una parte de la doctrina española, partiendo del principio *ex nihilo nihil fit*, declaró que no puede hablarse con propiedad de causalidad material en las omisiones, siendo la imputación objetiva el único criterio apto para establecer la relación entre la acción omitida y el daño producido. En este sentido, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “art. 1902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, T. II, pág. 1984 y ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo Causal e imputación objetiva en la*

control o señalización que derivan de un deber específico de mantener un local abierto al público en condiciones adecuadas para su uso¹¹²⁶.

A este efecto, es posible que la fórmula de que “el hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo”, introducida por primera vez en la STS de 12 de julio de 1994, fue prestada por la Sala de lo Civil de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En las mismas fechas, pues, ésta última decidía sobre un conocido caso en el que se acusaba a los dueños de la, por entonces, discoteca de moda “Alcalá 20” de Madrid, como autores criminalmente responsables de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muertes, lesiones y daños (art. 565 par. 1 del CP, en relación con los arts. 407, 420, 563, 582 y 597 del mismo cuerpo legal). Se trató de uno de los incendios más espectaculares de la historia de Madrid, producido en la madrugada del 17 de diciembre de 1983 durante un espectáculo celebrado en dicho local que se llevó la vida de más de 80 personas, causando lesiones en una veintena más. El accidente se debió a las extensas y graves deficiencias estructurales del local, que afectaban a todo tipo de instalaciones como puertas, pasillos, escaleras, salidas de emergencia, instalación eléctrica, señalización, alumbrado de emergencia, adecuado tratamiento de ignifugación de los materiales inflamables, bocas de riego, extintores, adecuada instrucción del personal de la discoteca etc.¹¹²⁷. En la doctrina penal se apunta a dicho caso para explicar los supuestos en los que la omisión, aisladamente o en concurrencia con otras acciones, precede a la acción causante del resultado. A este efecto, según una parte de doctrina penal, la construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias, reconducibles tanto a acciones como a omisiones, no integra ningún tipo penal de resultado, pudiendo ser, como tal, penalizada con una sanción de carácter administrativo como mucho. Es por ello que en el supuesto analizado se acudió a un comportamiento activo que, de acuerdo con dicha opinión constituía el único relevante jurídico penalmente. De esta manera se llegaba a la conclusión de que era el poner en funcionamiento la sala de fiestas el que posibilitó que los clientes del local

jurisprudencia, op. cit., pp. 136-142. En lo que se refiere a los efectos prácticos, no obstante, se señaló que los resultados serán los mismos si se acoge la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así Albert RUDA GONZÁLEZ, “Comentario a la Sentencia de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010)”, *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, pág. 733. Este enfoque fue escogido también por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, véase art. 3:101 de los PETL que establece indistinta aplicación de la teoría *conditio sine qua non* tanto a acción, como a omisión. En el mismo sentido Reinhard ZIMMERMANN, “Comparative Report 2/29” en *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*, vol.I, Springer, Wien New York, pp. 165-167, Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1902”, en *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pág. 2047, Álvaro LUNA YERGA, en *La prueba de la responsabilidad civil sanitaria. Culpas y causalidad*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, pp. 477-482 y Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, en *Causation in Law*, Luboš TICHÝ (ed.), Konrad Adenauer Stiftung, Praha, 2007, pp. 95-104. En el Derecho penal, a favor de la causalidad hipotética, que constituye una adaptación de la teoría *sine qua non* a casos de delitos de comisión por omisión, Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 243-244. En apoyo de tal posicionamiento, la teoría de PEREZ BARBERÁ, *Cf* entre otras publicaciones, Gabriel PEREZ BARBERÁ, “Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús- María SILVA SANCHEZ. “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia.”, *Revista Discusiones*, núm. 7, pág. 87, accesible también en la Biblioteca Virtual de Miguel Cervantes, «<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=28596>» (fc: 17.09.2010). Así parece también, Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 68 y 70. En la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, *Cf* las SSTs de 8-05-2001 (RJ 2001, 7379), de 25-09.1999 (RJ 1999, 7275) y de 29-12-1997 (RJ 1997, 9602).

¹¹²⁶ Así lo parece entender también ARCOSVIERA en *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 139. La STS de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379) confunde, sin embargo, la acción debida y no evitada, siendo ésta la no adopción de las medidas de vigilancia y seguridad que resultaban exigibles, con el resultado dañoso, siendo éste, en el caso comentado, fuga de los INTERNOS de un centro psiquiátrico y el consiguiente arrojamiento de uno de ellos a través de una ventana de LA casa de sus padres.

¹¹²⁷ Véase la STS de 17-07-1994 (RJ 1995, 6827).

cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, al encontrarse dentro del mismo, pudieron resultar muertos o heridos y, en consiguiente, a la fórmula de que el comportamiento activo de abrir el local al público era el que fundamentaba una responsabilidad imprudente (por acción). Las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituían injusto penal alguno¹¹²⁸.

Pues bien, si nos centramos un poco en la construcción ontológica de la omisión, ésta parece impedir la aplicación a omisiones de los mal llamados “instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa”, en forma de la presunción de culpa o de la inversión de la carga de la prueba, no tanto, sin embargo, de la aplicación del mayor grado de diligencia exigible. Parece cierto, pues, que, en caso de omisiones se produce un enlace y un estrecho nexo de unión entre la omisión como causa del daño y la negligencia, como fundamento de la responsabilidad, si no se olvida que “negligencia” es, precisamente omisión de cuidado y de precaución¹¹²⁹. Dicho de otra manera, la conducta culposa se asocia a la falta de adopción de las medidas necesarias dirigidas a prever o a evitar el daño (art. 1105)¹¹³⁰. Por tanto, la omisión de las medidas de seguridad, mantenimiento y señalización que deriva de un deber jurídico relevante, aparte de constituir un tipo de *conducta*, parece a la vez ser constitutiva de *negligencia*¹¹³¹. Así lo afirma también la STS de 12 de julio de 1994 cuando señala que “es la falta de prueba por el demandado de haber adoptado las prevenciones necesarias (en este caso, limpieza del suelo) la que da por existente su culpa”¹¹³².

A este efecto, se ha dicho que en caso de omisiones es difícil aislar problemas de imputación y antijuridicidad de la causalidad¹¹³³, o que ésta viene ínsita en la discusión sobre la negligencia¹¹³⁴. En otras ocasiones se ha señalado que la cuestión sobre la existencia o no de la negligencia por omisión en el causante del daño equivale a la cuestión de si sobre éste pesaba o no un deber jurídico de actuar¹¹³⁵. Así las cosas, algún

¹¹²⁸ Así Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *ADP*, 1994, pág. 21.

¹¹²⁹ DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños, op cit.*, pág. 94. En el mismo sentido, en el ámbito de caídas en los establecimientos públicos, a modo de ejemplo, la SAP de Pontevedra de 7-03-2000 (AC 2000, 728).

¹¹³⁰ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1902”, Comentarios al Código Civil, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2051.

¹¹³¹ Así Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales.*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 73.

¹¹³² F.2 de la STS 12-07-1994 (RJ 1994,6390), con el mismo criterio, el F. 4 de la SAP de Barcelona 03-04-2009 (JUR 2009, 394853).

¹¹³³ Michele GRAZIADEI/Davide MIGLIASSO, “Italy 2/9”, en *Digest of European Tort Law. Vol.I: Essential Cases on National Causation*, Springer, Wien, New York, pág. 124, n°11.

¹¹³⁴ Así Bjarte ASKELAND, “Norway 2/16”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pág. 140, n°3 y 6, Bertil BENGTTSSON/ Håkan ANDERSON, “Sweden 2/17”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pág. 141- 142, n° 3y 6.

¹¹³⁵ Kalvis TORGANS, “Latvia 2/20”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pp. 148-149, n°2 y Reinhard ZIMMERMANN, “Comparative Conclusions 2/29”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pág. 166, n°2.

que otro autor coincide con la constatación de que la omisión de un deber jurídicamente relevante es constitutivo de negligencia¹¹³⁶, en cuanto señala que según una parte de la doctrina, la negligencia es sinónimo de omisión. De forma parecida se pronuncian algunos estudios de Derecho en materia del Derecho administrativo¹¹³⁷ al declarar que cuando al Administración responde por una omisión, la reclamación está siempre sujeta al régimen de la responsabilidad subjetiva: la antijuridicidad del daño en estos casos se entremezcla con la idea de culpa; ello a pesar de que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública está sometida a un régimen general de la responsabilidad objetiva. De forma similar en el Derecho estadounidense, hay quien apunta¹¹³⁸ que a veces las instrucciones al jurado indican que la negligencia incluye la omisión de la conducta que una persona razonable habría llevado a cabo. También para la doctrina civilista suiza y austriaca una omisión es constitutiva de culpa en el Derecho civil cuando el causante del daño infringe un expreso deber de actuar¹¹³⁹. De forma parecida regula el concepto de los *Verkehrssicherungspflichten* el Derecho alemán, donde omisión equivale a culpa del demandado¹¹⁴⁰. Así parecen entenderlo también los PETL cuando establecen que el deber de actuar o, respectivamente, la antijuridicidad y el carácter culposo de la “omisión” de adoptar las medidas de seguridad adecuadas, deriva de la creación o mantenimiento de una (innecesaria) situación de peligro¹¹⁴¹. O cuando señalan que una parte puede responder en base de buena fe por una culpa *in contrahendo* que reside en omitir, informar o revelar ciertas circunstancias a la parte...¹¹⁴². Coincide con este concepto, en el sentido expuesto, regulación de la responsabilidad por omisión establecida por el *Restatement (Third) of Torts*. En este sentido la §7 (*tort of negligence*) introduce el principio de que quien crea riesgo de un daño físico a los demás tiene un general deber de cuidado (§7 *tort of negligence*) que complementa, por su parte, con otro principio de acuerdo con que, salvo casos excepcionales, no existe una responsabilidad general por omisiones, es decir, en el caso de que el riesgo de producción del daño tiene su origen en otra, que conducta del demandado, fuente, sobre éste último no pesa deber de cuidado alguno. Así, tanto la interpretación sistemática como expresas formulaciones de las §§ 7 y 37 permiten deducir que los excepcionales casos de la responsabilidad por omisión en el *Common Law* norteamericano tienen como fundamento la responsabilidad por culpa¹¹⁴³.

Una vez establecida esta correlación, parece evidente la falta de aplicación a los supuestos de omisiones de tanto la inversión de la carga de la prueba como de la presunción de culpa, puesto que ambos expedientes mencionados con anterioridad alcanzan solamente la prueba de la *culpa* y no de *la conducta* del demandado¹¹⁴⁴. A este

¹¹³⁶ Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales.*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 73.

¹¹³⁷ MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 845-847.

¹¹³⁸ Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 855.

¹¹³⁹ Véase Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pág. 2-85 y las referencias allí citadas.

¹¹⁴⁰ Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI., *op. cit.*, pág. (2-84) y Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol. II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 1997, pág. 76.

¹¹⁴¹ Véase PETL, com. al art. 4:103, p.3, n° 4, pág. 128.

¹¹⁴² *Ibidem*, p. 3, n°5.

¹¹⁴³ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third), Torts, Liability for Physical and Emotional Harm. Vol.II*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010, § 37, com. a).

¹¹⁴⁴ En este sentido, aunque con conclusiones erróneas, la SAP de Barcelona de 29-05-2001 (AC 2001, 1363) cuando declara: “Hay que tener en cuenta que, contra lo pretendido en la vista, *la acción o la omisión no se presumen nunca* en estos casos. Cuando alguien causa un daño a otra persona se presume

efecto nos parecen erróneas las formulaciones que ven en la prueba de que el demandado, dueño del establecimiento, tomó todas las medidas razonables como para evitar la materialización del daño, un medio apto en contra de la presunción de la culpa del causante del daño, resultante de la precedente “inversión del carga de la prueba”¹¹⁴⁵. A nuestro entender la culpa en tal caso no se presume, ni se “invierte” la carga probatoria en contra del titular del establecimiento. Instalación de las bandas antideslizantes, para facilitar algún ejemplo de la prueba que podría exonerar de responsabilidad al demandado, constituye un hecho impeditivo que resulta de la normal distribución de los hechos a probar entre las partes, según las reglas del art. 217 de la LEC¹¹⁴⁶. Considerada la cuestión desde el punto de vista del Derecho procesal, al concepto de omisión tampoco se le puede achacar la antigua creencia de que los hechos negativos están excluidos de prueba por tratarse con una prueba diabólica. A este efecto, hoy en día constituye ya doctrina reiterada la que afirma que tal norma no tiene carácter absoluto. En lo que a los hechos negativos se refiere, la doctrina que exonera de su prueba no es aplicable cuando éstos envuelven una afirmación o pueden probarse por el hecho negativo contrario¹¹⁴⁷. En el contexto de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público, prueba de la causa material del daño y de la existencia de un determinado deber jurídico dirigido a aminorar o eliminar riesgo de producción del daño, como tales afirmaciones, justificarían suficientemente elemento constitutivo de la pretensión del actor.

En este sentido, parece de interés una breve aproximación al debate doctrinal alrededor del régimen de la responsabilidad aplicable al art. 1907 del CC en cuyo virtud el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o

que lo ocasiona por negligencia. Pero lo que no se presume nunca es que se haya incurrido en una acción u omisión causantes del desafío de que se trate.”; cursiva añadida. En la doctrina civilista española así también, Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad.*, op. cit., pp. 479-480.

¹¹⁴⁵ Así en la jurisprudencia alemana OLG Hamm. 26 October, 1981. En la doctrina, por ejemplo, Walter VAN GERVEN/ Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2000, pág. 289.

¹¹⁴⁶ Así en el ámbito de omisiones del deber de información en la responsabilidad médico-sanitaria Jordi RIBOT IGUALADA, “Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006”, *CCJC* núm. 74, Mayo- Agosto, 2007, pág. 785. Sobre distintos clases de hechos y su distribución en función de la carga de la prueba que corresponde a cada una de la partes procesales véase José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª ed., Thompson Aranzadi, 2007, pp. 477-480.

¹¹⁴⁷ Así STS de 23-02-2007 (RJ 2007, 657). Véase también José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en al Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. 2ª ed., Thompson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 473-477 y Juan DAMIAN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 23.

parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias. La doctrina dominante sostiene que se trata de un supuesto de la responsabilidad por culpa, asociado al incumplimiento del deber de efectuar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio¹¹⁴⁸. Otros autores, admitiendo que el art. 1907 se refiere a un supuesto de responsabilidad por culpa lo ubican dentro de la vertiente responsabilidad por riesgo en contra del propietario¹¹⁴⁹. Frente a estas líneas los hay también quienes sostienen que el art. 1907 reviste un caso de la responsabilidad objetiva alegando que la falta de reparaciones es un estado objetivo fácil de comprobar mientras que en la negligencia se halla implicada una apreciación moral de la conducta humana¹¹⁵⁰, o que el propietario del edificio pudo haber omitido las reparaciones por causas no culposas, como, por ejemplo, por ausencia justificada que le imposibilitase adoptar prevenciones tendentes a evitar la ruina¹¹⁵¹. Dicha *posibilidad de actuar*, o de cumplir con el deber jurídico cuyo incumplimiento da lugar a una omisión ha sido calificada por algunos como una especie de condición de la imputación subjetiva, aplicable sólo en casos de la responsabilidad por omisión¹¹⁵². Así las cosas, se ha dicho que el mero incumplimiento de un deber de actuar no parece suficiente para justificar una condena indemnizatoria. Se precisa además que tal incumplimiento sea subjetivamente imputable al obligado, es decir, que la inactividad del demandado no tenga causa en motivos que la justifican¹¹⁵³. Pues bien, si nos remitimos en este momento a la dogmática penal¹¹⁵⁴, comprobaremos que la omisión en sí no existe, siempre se omite una acción determinada¹¹⁵⁵. Por tanto, el demandado (acusado en caso de Derecho penal) tiene que estar en condiciones de poder realizar la acción. *Sin la posibilidad de acción no se puede hablar de omisión*, siendo tal posibilidad el elemento ontológico conceptual básico común tanto para la acción, como para la omisión¹¹⁵⁶. El mismo sentido parecen dar a la posibilidad de acción algunos de los autores en la doctrina

¹¹⁴⁸ Así Luis Díez PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 571, Ricardo DE ÁNGEL, “art. 1907”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1999, pp. 2044-2045. Fernando PEÑA LÓPEZ, *Comentario al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 2190-2191, encaminándose hacia esta posición MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, “art. 1907”, en *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *op. cit.* pág. 2068. En el mismo sentido las SSTs de 7-10-1991 (RJ 1991, 6891), 9-03-1998 (RJ 1998, 1269), 29-09-2000 (RJ 2000, 7534), 22-07-2003 (RJ 2003, 5852) y 24-05-2004, (RJ 2004, 4033).

¹¹⁴⁹ Lo configura como un supuesto de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 409, al menos como tal Jaime SANTOS BRIZ, *Responsabilidad civil (Derecho sustantivo y Derecho procesal)*, 5ª ed., II vol., Madrid, 1989, pág. 728.

¹¹⁵⁰ José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco RIVERO FERNÁNDEZ, *Elementos del Derecho civil. Derecho de obligaciones*. vol. II, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 510.

¹¹⁵¹ SANTOS BRIZ, *Responsabilidad civil*., *op. cit.*, pág. 728.

¹¹⁵² ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*., *op. cit.*, pág. 132.

¹¹⁵³ ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*., *op. cit.*, pp. 134-135.

¹¹⁵⁴ La abundante bibliografía, y la elaboración de teorías propias e independientes de las aportaciones extranjeras en materia de omisiones y de la causalidad en la doctrina penal, así como la escasez de monografías sobre los mismos temas en la doctrina civil, llevaron a que en varias ocasiones ésta se enfrentara a la pregunta: “¿Puede el Derecho civil aprender del Derecho penal?”. Así, en el campo de omisiones, Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pág. 95, en lo que se refiere a la causalidad, por ejemplo, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *op. cit.*, pp. 1564-1566.

¹¹⁵⁵ Así, en el Derecho penal, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARANDA, *Derecho penal. Parte general*., *op. cit.*, pág. 238; en el Derecho civil, Isidoro H. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires 1984, pág. 200 y TRÄEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1929, pág. 63 cuando afirma que el nexo causal se constata no entre la omisión y el resultado lesivo sino entre la acción debida y no llevada a cabo, y el daño.

¹¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARANDA, *Derecho penal. Parte general*., *op. cit.*, pág. 238. De hecho, la misma ARCOS VIEIRA, cuando habla de posibilidad de acción se remite a la jurisprudencia del TS de la Sala de lo Penal, aquí a la STS de 4-02-2005 (JUR 2005,1657). Véase *Causalidad e imputación objetiva*, *op. cit.*, pág. 133.

civil¹¹⁵⁷ cuando alegan que no se configurará como una omisión la inactividad de una persona sorda que no escucha la llamada de socorro de un tercero que se está ahogando fuera de su vista, por lo que *no se trata en este caso con conducta alguna*. En consecuencia, tanto acción como omisión tiene que constituir el resultado de una decisión consciente; incluso una persona totalmente capacitada que no ha escuchado, o no ha visto al otro ahogándose debido a una niebla que rodeaba el lago *no omite* su rescate¹¹⁵⁸. Así lo parecen entender también algunos de los autores en el ámbito de Derecho administrativo¹¹⁵⁹. Dicho esto, la falta de reparaciones necesarias de un edificio, que fueron objetivamente posibles de ser efectuadas, no sería ya, como afirma una parte de la doctrina, un estado objetivo fácil de comprobar en el que no esté implicada una apreciación moral de la conducta humana; la posibilidad objetiva de cumplir con tales reparaciones descartaría, a su vez, la tesis de algunos autores sobre la verosimilitud de las afirmaciones de que éstas pudiesen deberse a cualquier motivo justificado.

La posibilidad de acción, como el elemento ontológico de la omisión, parece estar reconocida también por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así por ejemplo, en el caso en el que el hijo de los demandantes se arrojó por la ventana de la vivienda de sus padres a la que se había trasladado al fugarse del centro hospitalario en que se encontraba internado, el Tribunal Supremo declaró que, al tratarse de un enfermo de esquizofrenia aguda, el Centro no podía desconocer la especial tendencia de su paciente a la agresividad e incluso la existencia de tentativas de privarse la vida. Por tanto, afirmó,

“era preciso adoptar las condiciones de seguridad y vigilancia adecuadas, y caso de no disponer de los medios materiales y personales necesarios, además de informar a los padres, proponer y proceder al internamiento en un Centro con dispositivos oportunos en orden a garantizar las medidas inexcusables para contener y curar a los enfermos con tendencias suicidas. Ciertamente que no siempre las medidas son absolutas y suficientes, *pero ello no puede servir de excusa para no acreditar cuáles fueron las adoptadas, que estas son las posibles, y que se actuó con la diligencia exigible;*¹¹⁶⁰”.

En otra ocasión el TS, remitiéndose a la decisión dictada en grado de apelación y confirmando, señaló que la fibroplasia retrolental, manifestada en ceguera bilateral que afectaba al hijo de los demandantes se debía a

“la pasividad profesional al dejar evolucionar espontáneamente y de forma anómala y descontrolada una retina inmadura, siendo preciso, conforme a la ciencia médica; *lo que resultaba posible*, haber llevado a cabo exploraciones cada dos o tres semanas por si se llegase a detectar áreas de vasoproliferación, a

¹¹⁵⁷ LOS orígenes de dicha concepción se encuentran supuestamente en la distinción entre el concepto de la acción y omisión en sentido filosófico y jurídico elaborada por Karl LARENZ. Cf *Derecho de obligaciones*. (trad. española por Jaime SANTOS BRIZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 563-567, especialmente la pág. 567. Así también Dieter BRINBACHER, *Tun und Unterlassen*, Reclam, Stuttgart, 1995, pág. 37; la §19, no.6 en RUMMEL/REISCHAUER, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol.I, 2ª ed.,Wiena, 1998, Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil*, Wien, Mainz, 1997, pág. 272 y Jorge PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade civil*, Lisboa, 1968, rep. Almedina, Coimbra, 1995, pág. 103. En este mismo sentido, aunque no explícitamente, Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pág. 104, MAZEAUD and TUNC citados por Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pág. 2-82. Entre nosotros, véase Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 73.

¹¹⁵⁸ Christian VON BAR, *Common European Law of Torts*. Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 196. De forma parecida, Jeoren KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *Oxford U Comparative L Forum 1*, disponible en www.ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010), texto después de la n.385.

¹¹⁵⁹ Véase, por todos, Marcos GÓMEZ PUENTE, “Responsabilidad por la inactividad de la Administración”, *DA*, núm. 237-238, enero-junio, 1994 y Aurelia Maria ROMERO COLOMA, “Omisión y responsabilidad civil”, *RCDI*, núm. 702, Julio- Agosto 2007, pág. 1738.

¹¹⁶⁰ F.3 de la STS de 8-05-2001 (RJ 2001, 7379).

fin de aplicar el tratamiento oportuno oftalmológico, tratándose, en definitiva, de necesarias medidas de prevención impuestas en casos como el que nos ocupa y que no adoptó el recurrente, pues, al contrario, mantuvo una pasividad que resulta alarmante y hasta agresiva y que pone de manifiesto clara infracción de la «lex artis» por no practicar los elementales y necesarios medios de previsión.^{1161,7}

La misma orientación parece dominar en la práctica jurisprudencial francesa que, como regla general, suele excluir la responsabilidad del demandado que físicamente, o mentalmente era incapaz de cumplir con el deber de actuar que sobre él pesaba¹¹⁶². En el mismo sentido se pronuncia el *Restatement of the Law (Third) Torts*. En este sentido, apunta a *Todd v. Mass Transit Admin., 816 A2d 930 (Md.2003)*, como a un caso que pone en evidencia los límites a los que están expuestos los deberes jurídicos de actuar. El precedente reconoció el deber de un transportista a proteger a sus pasajeros de agresiones de terceros. No obstante eso, el tribunal declaró que la responsabilidad del transportista dependerá de si éste tuvo noticia sobre la inminencia del ataque y de si le era posible tomar efectivas medidas para evitar el accidente¹¹⁶³.

Se ha de señalar, sin embargo, que tal planteamiento constituye solamente una hipótesis. La problemática de omisiones, por algunos descrita como el capítulo más oscuro y discutido en la dogmática¹¹⁶⁴, invita a exaltaciones científicas con muchas variables, merecedoras de unos estudios más *in profundis*. No es éste el lugar que las justifique.

En casos de caídas, el requisito de que la acción debida y omitida por los titulares de los establecimientos les sea posible se traducirá, con mucha frecuencia, en que el estado resbaladizo del suelo del local, o cualquier otra imperfección de éste, de las escaleras o, generalmente, el inadecuado estado del local en cuestión, que no garantiza la seguridad para el tránsito de los que dentro de él o a sus afueras se encuentran, responda a un estado permanente y consentido por sus titulares. Excluyendo pues situaciones de carácter excepcional, es sobre todo en tales supuestos, cuando el eventual causante del daño estará en condiciones de poder realizar la acción debida¹¹⁶⁵,

¹¹⁶¹ F.2 del recurso de casación interpuesto por el médico demandado en el caso. STS de 24-03-2001 (RJ 2001, 3986).

¹¹⁶² Así Noël DEJEAN DE LA BATIE en *Aubry et Rau, Droit Civil Français, Responsabilité délictuelle*, André PONSARD/Ibrahim FADLALLAH (dir.), vol. VI-2, 8ª ed., Librairies Techniques, Paris, 1989, nº 38 y siguientes referencias, Henri DESBOIS en « Note », *Cass. civ I^{ère}, 27 février 1951, Branly, D. 1951, 329*, en 331. Dicha sentencia, conocida también bajo el nombre « Caso Branly », está citada por la doctrina como un caso emblemático en la materia de omisiones. Se trata con un típico caso de la *abstention dans l'action* (omisión de diligencia, véase más adelante el texto que acompaña las notas...). A pesar de ello el *Cour de Cassation* no hace remisión ninguna a la dicotómica distinción entre omisiones puras y de diligencia. El caso pasa a ser interpretado con posterioridad por la doctrina francesa como el que rompe con la distinción entre acciones y omisiones, permitiendo a los tribunales imponer los deberes jurídicos, tanto afirmativos como negativos, en todos los supuestos en los que éstos lo consideran adecuado. Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *Oxford U Comparative L Forum* 1, 2001, disponible en ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010), texto después de la nota 208. De ahí supuestamente la conclusión de Cees VAN DAM de que los juristas franceses hoy en día no ven necesidad de reconocer diferencia alguna entre acciones y omisiones, *European Tort Law, op. cit.*, pág. 207.

¹¹⁶³ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third) Tort...*, *op. cit.*, §37 n. j.

¹¹⁶⁴ Klaus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), C.H. Beck, München, 2003, § 32/2.

¹¹⁶⁵ En este sentido, Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pág. 238.

y si no la realizare, incurriere, en consiguiente, en la omisión (negligente) del deber jurídico que sobre él recae. Así, por ejemplo, la SAP de Sevilla de 29 de septiembre de 2005, en un caso de caída sufrida por un menor de edad en un establecimiento comercial a causa de la supuesta existencia de líquido derramado en la zona de exposición de electrodomésticos declaró, que en el juicio

“no se ha acreditado a quien corresponde la carga de la prueba, es decir, a los actores, que las instalaciones, y específicamente la zona de caída, presentan un estado de suciedad, dejadez y abandono permanente, que denotase la desidia o descuido de la propietaria, de tal naturaleza que fueran impropias en orden a cumplir las más elementales normas para el desenvolvimiento de la actividad comercial que se desarrollaba en dichas instalaciones, y, sobre todo, de las encaminadas a garantizar la seguridad de los usuarios. No se ha acreditado la existencia del líquido. Aún admitiendo su existencia, no han adverado que se hubiese derramado con bastante antelación a la caída del menor, o que se avisara de ello, por otros usuarios, a los encargados de las instalaciones y estos no adoptasen alguna medida tendente a eliminarlo o señalarlo adecuadamente. Perfectamente pudo ocurrir que el líquido se derramase por un usuario de la misma en un momento inmediatamente anterior a la caída, de modo que no hubiesen existido tiempo material para retíralo o de cualquier otro modo haber evitado el consiguiente perjuicio a los usuarios.^{1166,}”

Otra vez, en un caso de la caída sufrida por la víctima a la salida del supermercado, en el que el actor imputaba a la entidad demandada omisión de las medidas de seguridad, precisándose ésta en que el pavimento del lugar en que se produjo el accidente era muy deslizante, y que existía suciedad acumulada convirtiendo el lugar en barrizal, con defectuosos desagües, de modo que la entidad demandada debió quitar el agua o limpiarlo, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca declaró que “la incorrecta alegación de existencia de un grado no muy precisado de polvo mezclado con agua se estima insuficiente para considerarla como un *reproche culpabilístico* a la

¹¹⁶⁶ F.3 de la SAP de Sevilla 29-09-2005. De forma parecida, las SSAP de Madrid 07-04-2005 (JUR 2005, 106656) y de Madrid 12-06-2006 (AC 2006, 1996) y de Barcelona 03-04-2009 (JUR 2009, 394853) en su F.4.

entidad explotadora del supermercado, en un contexto de que es prácticamente *imposible* eliminar todo el polvo de un pavimento.¹¹⁶⁷”

En el mismo sentido parece pronunciarse la SAP de Madrid de 16 de julio 2008 en cuanto afirma que:

“No cabe tampoco estimar error en la apreciación de la prueba, respecto del deber de vigilancia o cuidado por la entidad demandada, pues el único testimonio al respecto, prestado por el Jefe de Sector [...], según constata la Sala tras auditar la grabación, confirmó que recibido el aviso en taquilla, se le avisa a ella y cuando acude con bípode para cubrir la zona, es cuando ve como resbala la demandante, por lo cual se entiende que se adoptaron con premura las medidas de advertencia pertinentes, pues según pudo apreciar la testigo el vómito era reciente, por lo cual es evidente que se adoptaron con toda urgencia, las medidas necesarias. Sin que se acredite por la ahora apelante que el vestíbulo de la estación presentara un estado de abandono que propiciara la caída de la demandante.¹¹⁶⁸”

Por tanto, quizá, en el hecho, de que la responsabilidad en casos de caídas se fundamenta en la mayoría de los casos en omisiones de conductas debidas, habría que buscar, pues, la razón para la falta de aplicación de la teoría del riesgo en su vertiente “inversión de la carga de la prueba” o presunción de la culpa. Así lo entendió también el Tribunal Supremo con ocasión de un caso en que, a pesar de pertenecer al otro tipo de supuestos de la responsabilidad civil, también se funda en una omisión. Así las cosas, en la STS de 24 de mayo de 2004 el Alto Tribunal declaró que

“La Sentencia de instancia no aplica la doctrina de la responsabilidad del riesgo (criterio de imputación cuasi-objetivo u objetivo), sino que aprecia la existencia de culpa en los propietarios del edificio por no cumplir la obligación de mantener el mismo en las necesarias condiciones de conservación y seguridad, a fin de evitar que pudiese causar daño alguno a terceros, por lo que resulta irrelevante cualquier consideración

¹¹⁶⁷ F. 1 de la STS 30-05-2007 (RJ 2007, 4338). *Cursiva añadida.*

¹¹⁶⁸ SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932).

relativa a dicha doctrina.¹¹⁶⁹»

La dificultad de conciliar la construcción ontológica de omisiones con algunos de los expedientes pertenecientes a la doctrina de la responsabilidad por riesgo¹¹⁷⁰, unida a la obligación legal del juez, impuesta por el principio de congruencia de la sentencia¹¹⁷¹, de una necesaria adecuación del fallo a las pretensiones de las partes¹¹⁷², llevaron a los tribunales a adoptar, aparte de las dos ya mencionadas¹¹⁷³, otras posturas relativas a la aplicación de la “inversión de la carga de la prueba” en materia objeto de este estudio, tan incompatibles entre sí, como muchas veces incomprensibles en su redacción. Así por ejemplo, en un caso en el que la parte actora con ocasión de un viaje a Santiago de Compostela, se detuvo en el trayecto a la hora de comer en un restaurante en cuya entrada se cayó sufriendo determinadas lesiones, el Tribunal Supremo, con el fin de justificar la no aplicación de la teoría del riesgo al caso, y sin hacer mención alguna a la omisión de las eventuales medidas de seguridad o mantenimiento, desplazó el punto de gravedad de la acción u omisión del causante del daño hacia *la conducta de la propia víctima*, declarando que:

“[...] la teoría del riesgo como sustentadora de una exigencia de responsabilidad extracontractual que esgrime como apoyo de su pretensión la parte recurrente, es aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas, que no lo serán aquellas cuando se trate del ejercicio de una

¹¹⁶⁹ F. 15 de la STS 24-05-2004, (RJ 2004, 4033).

¹¹⁷⁰ Consistente en que según la reiterada jurisprudencia la teoría del riesgo es aplicable solamente a los daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de *actividades peligrosas*, mientras en los supuestos de caídas el enfoque se traslada de la actividad a la forma de desenvolverla.

¹¹⁷¹ Sobre el requisito o principio de congruencia de la sentencia véase, entre otros, Andrés DE OLIVA SANTOS, Ignacio Díez PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 397-420; véase también una breve nota de Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de Responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (cord.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pág. 51. Según éste, el principio de congruencia de la sentencia es compatible con ambos, tanto *iura novit curia*, como *da mihi factum, dabo tibi ius*. No obstante, el tribunal podrá modificar la sentencia solamente cuando dicho cambio no genere indefensión de las partes.

¹¹⁷² Véase, entre otras, la STS de 26-01-2007, (RJ 2007,1873).

¹¹⁷³ La posición según la cual es el hecho de regentar un negocio abierto al público el que no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo y la otra que distingue entre el hecho de regentar un negocio abierto al público y la actividad llevada a cabo en el local destinado a tal negocio, pudiendo ser de aplicación la teoría del riesgo en el mejor de los casos si el daño tuviese la relación con tal actividad (por ejemplo, la explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado,...).

actividad inocua y desprovista de peligrosidad alguna, como es *el entrar en edificio público*¹¹⁷⁴.

Y se demuestra esa falta de peligrosidad, desde el instante mismo que por aquel lugar deambulaban, como ya se ha plasmado, en el momento del accidente numerosas personas que no sufrieron el más mínimo percance.¹¹⁷⁵,

Otra vez, en la sentencia cuyo objeto de *litis* versa sobre un supuesto de caída de una escalera sufrida por la parte actora en un establecimiento hotelero, el Tribunal Supremo, supuestamente en un estado de desorientación entre la habitual formulación de la teoría del riesgo, que aplica solamente a “los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de *actividades peligrosas*¹¹⁷⁶” y la tan repetida en la jurisprudencia frase que “el hecho de regentar un negocio abierto al público no es en sí creador de un riesgo¹¹⁷⁷”, creó una personificación de la instalación hotelera al declarar

“[...] que la normal *actividad de un edificio dedicado a la hostelería*¹¹⁷⁸, no puede soportar las consecuencias derivadas de una situación de creación de peligro, y en concreto por el uso de una escalera general del mismo.¹¹⁷⁹”

Pero quizá el más célebre ejemplo del desconcierto experimentado por la jurisprudencia en el sentido descrito con anterioridad es el de la SAP de Madrid de 12 de junio de 2006¹¹⁸⁰ en la que la Audiencia Provincial cae primero en la incongruencia de equiparar las *instalaciones* de acceso al Metro de Madrid con la *actividad de riesgo*,

¹¹⁷⁴ Cursiva añadida.

¹¹⁷⁵ F.1 de la STS 13-03-2002 (RJ 2002,1890).

¹¹⁷⁶ Vide la citada STS 13-03-2002 (RJ 2002,1890) en su F.1, así como la STS de 06-06-2002 (RJ 2002, 4979).

¹¹⁷⁷ Así STS 30-05-2007 (RJ 2007,4338), SSAP de Barcelona de 03-04-2009 (JUR 2009, 394853), de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), de Barcelona de 9-01-2009 (AC 2009,549), de Pontevedra 12-03-2008 (JUR 2008, 164516), de Ourense 28-06-2007 (AC 2007,1974), de Jaén 02-02-2001 (AC 2001, 1159) entre otras.

¹¹⁷⁸ Cursiva añadida.

¹¹⁷⁹ STS 6-02-2003 (RJ 2003,1075).

¹¹⁸⁰ (AC 2006,1996).

para líneas más abajo justificar la no aplicación de la “inversión de la carga de la prueba” con la falta de la peligrosidad de la *conducta de las potenciales (sic) víctimas*. A este efecto señaló

“[...] *las instalaciones de acceso al Metro de Madrid* no pueden en modo alguno ser consideradas como *una actividad de riesgo*¹¹⁸¹ hasta el extremo de que permita hacer entrar en juego la responsabilidad por riesgo en la interpretación del artículo 1902 CC (LEG 1889, 27), para presumir la culpa o negligencia en quien lo crea y se aprovecha de sus ventajas¹¹⁸².”

Y más adelante:

“Esta Audiencia ha tenido ya ocasión de pronunciarse en supuestos semejantes al de autos, llegando casi siempre a la conclusión absoluta, pudiéndose concluir como hace la Sentencia de la Sección 11ª de 12 de mayo de 2005 (PROV 2005, 156512) que 1º). No es suficiente con que se cause un daño en el ámbito de unas instalaciones de transporte público para que, de manera automática haya de responder su titular, siendo preciso, en todo caso, un elemento culpabilístico en su actuación. 2º) La prueba de la existencia de un factor generador del daño corre a cargo de la parte demandante, pues *el desplazamiento peatonal por las instalaciones del Metro de Madrid no es una actividad de riesgo* ni puede reputarse como peligrosa.¹¹⁸³”

Existen también resoluciones que, dentro del periodo analizado, fundamentan la no aplicación de la doctrina del riesgo en *la falta de peligrosidad de la actividad llevada a cabo por el demandado*. Éste es el caso del recurso de casación de 6 de junio de 2002¹¹⁸⁴, interpuesto por la parte demandante a consecuencia de la desestimación de su

¹¹⁸¹ Cursiva añadida.

¹¹⁸² F.4 de la SAP de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996).

¹¹⁸³ Cursiva añadida, F.4 de la SAP de Madrid 12-06-2006 (AC 2006,1996). De forma parecida, la SAP de Vizcaya de 21-02-2001 (AC 2001, 285) cuando en su F. 1 establece que “el tránsito por un establecimiento comercial no es en sí una actividad peligrosa”.

¹¹⁸⁴ STS 6-06-2002 (RJ 2002,4979).

demanda en ambas instancias precedentes. La víctima reclamaba la indemnización por la fractura supracondilea sufrida al regresar a la oficina donde prestaba sus servicios, teniendo ésta su causa en la caída producida en el portal de su casa, cuando la demandante estaba sola en el mismo, golpeándose contra una mesa situada junto a los buzones. El TS declaró no haber lugar al recurso afirmando que

“en este supuesto la comunidad de propietarios no tiene por qué soportar la responsabilidad objetiva debiendo responder sistemáticamente de cualquier siniestro o lesión que se produzca en sus dependencias, sino que debe analizarse, a la luz de la prueba practicada, las circunstancias concretas que constituyan los elementos de imputación de responsabilidad. Y la tendencia objetivadora que apunta en la jurisprudencia, como aduce legítimamente la comunidad al oponerse a este recurso, sólo resulta aplicable cuando el daño acaece en el marco de *una actividad* generadora de riesgo para la indemnidad de terceros, actividad que, desde luego, no se da sin más en una comunidad de vecinos.”¹¹⁸⁵

Un caso ejemplar, sin embargo, de la misma línea jurisprudencial muestra la STS de 10 de diciembre de 2002¹¹⁸⁶. La demanda se basa en la responsabilidad civil de los dueños de una discoteca por las lesiones sufridas por el actor que, bailando, no percibió la existencia de un “murete” de unos ochenta centímetros de alto, que delimitaba la pista de baile del resto del recinto, tropezando, en consiguiente, con éste, perdiendo el equilibrio y cayendo, en consecuencia hacia atrás y por encima del mismo, describiendo su cuerpo en la caída una voltereta casi completa, de manera que sus piernas cayeron sobre una de las mesas bajas allí existentes, en las que se encontraban numerosos vasos de cristal, rompiéndose algunos a consecuencia de la caída y penetrando fragmentos de los mismos en la cara anterior de la pierna derecha. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en grado de apelación. El recurso de casación interpuesto por la víctima alegaba la vulneración de los arts. 1902 y 1903, dada la no aplicación de la teoría del riesgo, centrando dicha cuestión en los siguientes datos, derivados de los elementos característicos del tipo de negocio llevado a cabo por los demandados. Así se señaló 1. El alto volumen del sonido ambiente con

¹¹⁸⁵ Cursiva añadida, F.3 de la STS 6-06-2002 (RJ 2002,4979).

¹¹⁸⁶ (RJ 2002, 10435).

altavoces de gran tamaño y que se concentran sobre la pista de baile, 2. La luz ambiente notablemente disminuida, 3. La existencia de luces móviles y de colores potentes, intermitentes que inciden sobre la pista de baile, 4. La concentración de buena parte del aforo del local en el espacio reducido de la pista de baile, así como 5. La venta de bebidas en el interior de la discoteca; como las características que, constituyendo la base del negocio de la discoteca, ocasionan una limitación de las percepciones auditivas y visuales de los clientes respecto al entorno real que les rodea, debiendo como tales implicar acogida al caso enjuiciado de las “soluciones cuasiobjetivas”. El motivo pereció, declarando el Tribunal Supremo que

“[...] la praxis y la experiencia nos muestran a diario lesiones y muertes debidas al uso de drogas y abuso de alcohol, pero no han determinado al legislador, ni a la Administración, empero, a colocar *tal actividad lúdica* entre las peligrosas, por el ruido o los excesos de decibelios.[...] La argumentación del motivo no puede acogerse porque pretender (sic) convertir la pista de baile de una discoteca en un punto de peligro «cuasibélico», lo que, por otra parte, aparece desmentido por la proliferación y extensión de tales locales en nuestros pueblos y ciudades. [...] No es aplicable la llamada doctrina del riesgo, como señaló la jurisprudencia de esta Sala, a todas actividades de la vida, sino sólo a aquellos (sic) que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios.¹¹⁸⁷”

La misma sentencia, sin embargo, en el citado F.2 ya observa que la caída del actor era ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, no existiendo, por tanto, relación de causalidad alguna entre ésta y el resultado producido. Tal constatación simboliza el vacío creado por la doctrina jurisprudencial de aquella época, originado por el hecho de que ésta se alejó, en cierta medida, de la práctica de situar la eventual responsabilidad de los dueños de los establecimientos abiertos al público en su conducta pasiva¹¹⁸⁸. Como ya se apuntó con anterioridad, lo que importa en función de

¹¹⁸⁷ F. 2 de la STS de 10-12-2002 (RJ 2002, 10435).

¹¹⁸⁸ Unos años más tarde la STS 25-01-2007 (RJ 2007,1699) enjuició un supuesto parecido al presentado, en el que la víctima reclamaba de los dueños de una discoteca la indemnización por las lesiones sufridas al caerse desde una terraza al suelo del establecimiento en el que se encontraba tomando unas copas. No

“condición de efecto” en casos de caídas no es la actividad llevada a cabo por el demandado sino su abstenerse de implementar medidas que garanticen el mantenimiento de su local en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad para el tránsito y la estancia de los clientes. Hueco éste que se intentó suplir con premisas como la de que “el hecho de regentar un negocio abierto al público no es en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo”. Es significativo, a este efecto, que, como se señaló en su tiempo, el Tribunal Supremo se mostró por entonces poco receptivo a las reclamaciones en casos de caídas¹¹⁸⁹; postura esta que, en alguna parte, podría verse influenciada por la técnica descrita de justificación de la no aplicación de la teoría del riesgo que, como consecuencia, resultaba en la conclusión de que no existía el actuar relevante del causante del daño que *permitiese establecer relación causal alguna con el daño producido*¹¹⁹⁰. Así, se denegaba la indemnización por ejemplo con el fundamento en que no había nexo causal “entre el propietario del local (sic), ‘El Corte Inglés, SA’, en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas y el daño sufrido por una niña de dos años [...]”¹¹⁹¹; declarándose que “la caída del actor al levantarse de la mesa donde cenaba [...] no se origina necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla, por lo que mal puede imputarse inmediatamente responsabilidad al restaurador¹¹⁹²”, o que “no existe prueba ni indicio alguno de que la colocación de un producto resbaladizo y deslizante en el portal de la comunidad se hiciera por persona dependiente o por cuenta de la última; de ahí que no puede invocarse tal precepto; sin que tampoco se pueda admitir que la desgraciada colocación

obstante, en este caso el actor fundamentó su demanda en la responsabilidad extracontractual de los dueños del local derivada de la omisión de las medidas de seguridad (la barandilla de la terraza no ofrecía suficiente protección para evitar el siniestro), así como de la omisión de las medidas de vigilancia por parte de los empleados del establecimiento. La resolución del TS descartó cualquier omisión por parte de los demandados, por lo que no sólo, según consignó la sentencia recurrida en casación, la barandilla cumplía con todas exigencias impuestas por la normativa municipal y autonómica al efecto, sino también el deber de vigilancia del personal de la discoteca no les era exigible en frente de un comportamiento tan imprevisible como el que fue objeto del litigio. Así, en casación se confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial que situó la causa del accidente en la culpa exclusiva de la víctima por estar ésta en un estado de intoxicación etílica. A pesar de ello, en la decisión del TS se cita la formulación, referente a la no aplicación al caso de la teoría del riesgo y proveniente, en gran parte, de la comentada STS 10-12-2002 (RJ 2002,10435).

¹¹⁸⁹ Marta CARBALLO FIDALGO, “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público”, *op. cit.*, pág. 261.

¹¹⁹⁰ Marta CARBALLO FIDALGO, “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público”, *op. cit.*, pág. 262.

¹¹⁹¹ F.4 de la STS de 29-06-2002 (RJ 2002, 1470). En este caso se trataba del atropello de la mano de una niña por una escalera mecánica de dichos grandes almacenes.

¹¹⁹² F. de la STS de 12-07-1994 (RJ 1994, 6730).

pertenezca al ámbito de actividades propias del funcionamiento de la comunidad¹¹⁹³» o, finalmente, que “la caída del actor [sufrida en una discoteca] es ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, donde se puede estar sentado o de pie, bailando o no, oyendo la música, tomando unas copas y un largo etcétera, porque es cada cliente el que hace lo que quiere e incluso dentro de una misma actividad como el baile, la realización personal marca situaciones diferentes en cuanto a eventuales peligros y no existe relación causal entra la actividad de la empresaria del local de discoteca y el resultado producido.¹¹⁹⁴»

Prescindiendo de la ya anunciada no aplicabilidad de la responsabilidad del riesgo al caso, en el supuesto analizado, la obligación del dueño de la discoteca de implementar medidas adecuadas de seguridad que protegiesen a sus clientes de la materialización del riesgo de sufrir daño surgirá de la especial relación que les empezó a vincular una vez éstos entraron en el establecimiento. A este efecto, parece de interés señalar aquí la posición de la jurisprudencia de algunos de los países europeos que, al afirmar que de la relación contractual¹¹⁹⁵ entre el causante del daño y la víctima deriva la posición de garante del primero¹¹⁹⁶, potenciada por el hecho de que es él quien normalmente obtiene ventajas económicas del riesgo de producción del daño¹¹⁹⁷, creó un deber específico de éste de proteger a sus clientes bajo el efecto del alcohol.

Así, por ejemplo, el *Oberste Gerichtshof* austriaco en sentencia de 28 de junio de 1990 entendió que, a pesar de que el cliente del pub de que se trataba estaba bajo el efecto del alcohol y a pesar de que el accidente ocurrió cuando éste bajaba del establecimiento situado en una montaña en los Alpes bajo la niebla y una oscuridad completa, el deber de cuidado del dueño de dicho pub se mantenía mientras la estrecha relación contractual

¹¹⁹³ F.2 de la STS de 17-07-2003 (RJ 2003, 4783). De forma parecida, aunque más que a la actividad remitiéndose al lugar de producción del daño la STS de 12-02-2003 (RJ 2003, 1010) al señalar que “lo sucedido no es consecuencia de las circunstancias propias de un lugar en que se han depositado grava y cascotes” (F.1), otra vez se considera no acreditada la existencia del nexo causal con fundamento en que “el funcionamiento de la escaleras mecánicas no tuvo incidencia alguna en la causación del accidente que afligió a la lesionada”. Así el F.1 la STS de 02-03-2000 (RJ 2000, 1304).

¹¹⁹⁴ F.2 de la STS de 10-12-2002 (RJ 2002, 10435).

¹¹⁹⁵ Véase más adelante, el texto que acompaña las nn.

¹¹⁹⁶ En lo que se refiere a la posición del garante véase Luis DIEZ PICAZO en “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana, op. cit.*, pp. 114-115 quien afirma que sólo hay responsabilidad que sea consecuencia de una omisión imprudente cuando el que adopta ese comportamiento omisivo se encuentra [en] una previa situación de garante que puede ser, por supuesto, legal o negocial; eso a pesar de que dos años antes señalaba que la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que se ocupe o no la denominada posición de garante, Véase Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 290. Emplea tal denominación respecto de la persona del causante del daño la STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895) F.1.

¹¹⁹⁷ VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol. II, op.cit.*, pág. 227.

entre él y su cliente existía¹¹⁹⁸. En Finlandia el deber de cuidado de los dueños de establecimientos abiertos al público hacia sus clientes en estado de intoxicación etílica está impuesto por el mismo Derecho¹¹⁹⁹. En Irlanda, donde los deberes específicos dimanaban del *Common Law*, la jurisprudencia no ha decidido todavía si el deber de cuidado del dueño de un establecimiento incluye también el deber de garantizar un seguro viaje de vuelta a casa de sus clientes bajo el efecto del alcohol¹²⁰⁰. No obstante, dentro del pub, el dueño de éste debe a sus clientes en estado de embriaguez un especial deber de cuidado¹²⁰¹. En los Estados Unidos la mayoría de los tribunales hoy en día reconoce un deber de cuidado razonable e impone la responsabilidad a quien, teniendo licencia para vender alcohol, lo hace de forma negligente, vendiendo el alcohol a un menor de edad o a una persona intoxicada, que, a consecuencia de su estado, lesiona a la víctima¹²⁰². En algunas ocasiones, se declaró además que quien suministra el alcohol puede ser responsable frente a un bebedor cuando éste se causa daño a sí mismo, y no a los demás. Algunas de las autoridades han distinguido también dos grupos de casos en función de la mayoría de la edad, señalando que quien facilita el alcohol tiene un deber jurídico de actuar frente a un bebedor menor de edad, pero no frente a un adulto intoxicado¹²⁰³.

Finalmente, otro grupo de sentencias sienta la no “inversión de la carga de la prueba” en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público en la *falta de peligrosidad de las instalaciones* en las que se producen fatales resbalones, como escaleras fijas o mecánicas, o en el inadecuado funcionamiento de éstas últimas. A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de abril de 2005 resaltó que

“[...] la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal”; menos aún, la existencia de unas escaleras fijas para acceder al vestíbulo de la estación pues es una instalación que no genera un especial riesgo o peligro para las personas que hagan un uso normal y adecuado de la misma.¹²⁰⁴;

¹¹⁹⁸ OGH 28 June 1990, *JB1*, 1990, pág. 387, citado por VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. II, *op. cit.*, pág. 227, n. 159.

¹¹⁹⁹ SAXEN, *Skadeståndsrätt*, 1983, pág. 44, citado por VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. II, *op. cit.*, pág. 227, n. 159.

¹²⁰⁰ Bryan M.E. MCMAJHON/ William BINCHY, *Irish Law of Torts*, 2nd ed., Butterworths, 1989, pág. 97.

¹²⁰¹ *Bridie Murphy v. Phillis O'Brien*, *ILT* 1988 p. 75, (*Cork Circuit Court*).

¹²⁰² Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 900.

¹²⁰³ Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 901.

¹²⁰⁴ SAP de Madrid 7-04-2005 (JUR 2005,106656). Con anterioridad, con el mismo criterio y también en un caso de caída de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, la STS de 2-03-2000 (RJ 2000, 1304) en su F.1. De forma parecida, justificando la no aplicación de la teoría del riesgo al caso de la caída de una menor de edad POR una escalera en la iglesia Nuestra Señora del Pinar de Madrid, todavía la STS de 17-12-2010 (RJ 2010,862) al declarar que “no es aplicable la doctrina del riesgo por no nacer de una actividad peligrosa para los demás y lucrativa para el que la lleva al cabo y los escalones no son peligrosos en sí mismos por sus dimensiones, porque no constituyen un modo de acceso a la zona general de bancos y porque su aspecto retrae del uso a una persona normal; en un desenvolvimiento normal de las cosas la existencia de los escalones no ofrecía peligro para la demandante, que no tenía que utilizarlos para cumplir con el propósito que la había llevado al templo ni constituía un modo de trasladarse de un lugar a otro sin un riesgo conocible por una persona adulta.” (F. 1).

En otra ocasión fue el Tribunal Supremo, que en la STS de 6 de abril de 2000 declaró que

“[...]el sistema de cierre de puertas previo al inicio de la marcha del tren, cuidadosamente descrito por la sentencia impugnada y no discutido en el recurso, no merece la consideración de generador de un riesgo por sí mismo sino, más bien, de mecanismo destinado a evitarlo en lo posible, ya que el riesgo no reside tanto en el cierre de las puertas como en el propio inicio de la marcha del tren que, como condición previa y precisamente por la seguridad de los viajeros, exige que las puertas de los coches o vagones estén cerradas, siendo incompatible con los niveles de funcionamiento que socialmente se imponen hoy a los ferrocarriles la dependencia de un empleado asignado a cada coche o vagón para un cierre individualizado de sus puertas según se advierta o no la aproximación de personas que parezcan tener intención de tomar el tren.¹²⁰⁵”

Dicho esto, en vez de deliberar sobre la eventual aplicación o no de la teoría del riesgo en general, y la aplicación de la inversión de la inversión de la carga de la prueba en especial, tanto la Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal Supremo podrían reconducir ambos supuestos de las sentencias citadas con anterioridad a un mismo precepto legal, en el que tanto la compañía *Metro de Madrid*, como la mercantil Renfe, se convertirían en el *titular de un eventual deber jurídico de actuar*. Este último, en ambos casos, podría derivar del *manejo de una fuente de peligros*, siendo ésta la escalera, en el primero de los casos, y el sistema de cierre de puertas previo al inicio del tren, en el segundo. En el último supuesto, además, la existencia de un deber jurídico de implementar adecuadas medidas de seguridad podría estar indicada adicionalmente por las obligaciones contractuales ínsitas en la profesión de un especialista en el transporte público. Una vez sentado el precepto jurídico mencionado con anterioridad en el que subsumir los antecedentes de hechos de las sentencias comentadas, procedería la eventual valoración de la peligrosidad de las instalaciones manejadas por ambas empresas. A partir de allí y en el sentido señalado, y no en función de la aplicación o no

¹²⁰⁵ F.5 de la STS 6-04-2000 (RJ 2000,2508).

de la teoría del riesgo, sería relevante un juicio jurídico sobre la eventual peligrosidad de la escalera mecánica, o del sistema de cierre de puertas tan habitual en los trenes, cuyo resultado, si afirmativo, daría lugar a la existencia de un deber de cumplir con determinadas medidas de seguridad por parte de los demandados.

Los dos últimos supuestos tratados de forma general, es decir, el que sitúa la no aplicación de la teoría del riesgo en *la no peligrosidad de la actividad* llevada a cabo por el demandado, y el que lo hace remitiéndose a *la falta de peligrosidad de las instalaciones* que, por describirlo de alguna manera, tienen que ver con las caídas sufridas por las víctimas, tienen un, muy importante, rasgo en común. Una actividad peligrosa desarrollada por el causante del daño, o el hecho de estar en control de una cosa peligrosa, siendo ambas situaciones creadores de un riesgo específico, pueden fundamentar un *deber específico de actuar*¹²⁰⁶. Quien tala los árboles en una vía pública, a consecuencia de llevar a cabo una actividad peligrosa crea un evidente riesgo de producción del daño a los peatones y coches que pasan al lado que, como consecuencia, dará lugar a un deber de implementar adecuadas medidas de seguridad frente a éstos¹²⁰⁷; quien posee un animal peligroso tiene deber de implementar las medidas que evitasen que éste causase los daños a otros¹²⁰⁸. Por tanto, muchas veces el precepto jurídico de acuerdo con el cual la creación de un riesgo, en cuyo control se encuentra el hipotético causante del daño, constituye una fuente independiente de un deber específico de actuar, resultará en que en algunos supuestos tal creación se solapará con el desarrollo de una actividad peligrosa, o con el hecho de estar en control de una cosa peligrosa¹²⁰⁹. No siempre, sin embargo, será ése el caso. Un deber específico de actuar no precisa necesariamente un riesgo de gravedad media para su creación, que, según los PETL, sujetaría el caso en cuestión al régimen de la

¹²⁰⁶ Véase el capítulo sobre omisiones. Así también Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 228.

¹²⁰⁷ Así, por ejemplo, en la jurisprudencia extranjera *Goldman v. Hargrave* [1967] AC 645 (PC) y *Leakey v. National Trust for Places of Historic Interest or National Beauty* [1980] 1 QB 485 (CA) citadas por Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 228, n. 167.

¹²⁰⁸ Regla común para todos los ordenamientos jurídicos europeos sin excepción. Se ha de señalar, sin embargo, que aunque en mayoría de los países europeos los daños causados por animales están sujetos a la responsabilidad objetiva, en Austria el poseedor del animal responde, según la doctrina, por incitarlo o porque omitió emplear debido cuidado en vigilarlo (§ 1320 ABGB). En Alemania, en cambio, la responsabilidad objetiva se limita a los daños ocasionados por los animales que no se hallan destinados al uso profesional o comercial. En los demás supuestos de los daños causados por los animales rige la presunción de culpa (§ 833 II BGB). Así Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general.”, op. cit., pág. 841.

¹²⁰⁹ Véase al respecto Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, op. cit., pág. 228. En Alemania, por ejemplo, dentro de los *Verkehrspflichten* se distingue varios deberes afirmativos de actuar dirigidos a prevenir el daño causado por bienes muebles, tales como máquinas o sustancias peligrosas. Cf Cees VAN DAM, *European Tort Law*, op. cit., pág. 208, n° 808-2.

responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, ni mucho menos un riesgo calificado cuya creación exige el régimen de la responsabilidad objetiva¹²¹⁰. Tal deber tampoco siempre deriva de la creación o mantenimiento del riesgo como tal¹²¹¹. En definitiva, en caso de que se diera el mencionado solapamiento, surgirá el problema adicional, quizá más presente en éstos que en los demás supuestos, de cómo clasificar la conducta del demandado, como una acción, o más bien una omisión, o, incluso, si basar la responsabilidad del causante del daño en la responsabilidad subjetiva por omisión, o en la responsabilidad objetiva aplicable a casos de actividades anormalmente peligrosas o de posesión de una cosa anormalmente peligrosa¹²¹². Como es bien sabido, pues, en la regla de la responsabilidad objetiva, a diferencia de la responsabilidad por culpa, no se examina si y hasta qué punto la *conducta del demandado* ha influido en la causación de los daños, sino sólo si éstos han sido causados por las *cosas* o con ocasión de las *actividades* sujetas a este régimen¹²¹³. Así, por una parte, se señaló que *la conducta* que crea un riesgo potencial (*Ingerenz*), en algunos casos ha sido absorbida totalmente por la responsabilidad por cosas o actividades peligrosas¹²¹⁴. Por otra parte si han ocurrido ambos, inicialmente una acción y después una omisión, el hecho de asignar la conducta del potencial causante del daño a una categoría u a otra, pierde en importancia desde el punto de vista jurídico. En dichos casos, señala, la práctica jurisprudencial del ámbito europeo tiende a asumir la posición de acuerdo con la que la omisión simplemente pasa a constituir parte de la acción¹²¹⁵. Así lo entiende también el *Restatement of the Law (Third) Torts* cuando afirma que la cuestión adecuada no será la de si un específico

¹²¹⁰ Así com. 3, nº 3 del art. 4:103 de los PETL (esp.), pág. 128.

¹²¹¹ Constituyen, además, fuentes de los deberes jurídicos de actuar, por ejemplo, la Ley o una relación especial de mutua confianza que vincula al potencial causante del daño con la víctima que sufrió daños a causa de un resbalón.

¹²¹² En este mismo sentido, el com.3 al art. 4:102 de los PETL, nº22.

¹²¹³ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “Responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula objetiva”, *op. cit.*, pág. 832.

¹²¹⁴ En este sentido, Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 228. En lo que se refiere a la responsabilidad por las cosas, Cf Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 208 quien afirma que la responsabilidad por omisiones en el campo de productos defectuosos, animales, y vehículos de motor en Alemania y Francia, ha sido absorbida por las reglas más estrictas de la responsabilidad a los que dichos supuestos están sujetos. En Francia, además, el régimen general de la responsabilidad objetiva por las cosas del art. 1384 s.1 CC parece imponerse en todos estos casos.

¹²¹⁵ Así, de forma global, sobre los Ordenamientos europeos Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 221. En lo que se refiere al *Common Law* británico, véase Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *op. cit.*, texto después de la n. 12. Así, por ejemplo, RUDA GONZÁLEZ sugirió, en un caso de la caída sufrida por la víctima en el portal de un edificio, como una línea de argumentación más favorable para la ésta, centrar el debate en la cuestión de si la realización de las obras en tal edificio constituye una actuación peligrosa que hubiese permitido al Tribunal la inversión de la carga de la prueba de la culpa en la línea mayoritariamente sostenida por la jurisprudencia. Véase, Albert RUDA GONZÁLEZ, “Comentario a la STS de 6 de junio de 2002”, *CCJC* núm. 60, octubre-diciembre 2002, pág. 1076.

incumplimiento del deber por parte del actor constituye un error de comisión u omisión. Más bien se trata de responder a la pregunta de si la conducta del demandado, *en su totalidad*, o, por decirlo de otra manera, *vista de forma global*, creó riesgo o no. De ser afirmativa la respuesta, el demandado responderá por comisión con fundamento en la §7, siendo la omisión, en tal caso, absorbida por la acción¹²¹⁶. Tal conclusión responde a la distinción, con reiteración aceptada por la doctrina estadounidense, de acuerdo con la que se tratará con la conducta activa si ésta *creó* riesgo de producción del daño y con la negativa, si ésta, en vez de crear tal riesgo, no lo evitó o aminoró. El mismo enfoque ha sido escogido a tal efecto por la doctrina alemana. Por tanto, cabría preguntarse si no sería deseable y adecuado implementar dicha diferenciación también en España. El entrar en detalles sobre la dogmática distinción entre la acción y omisión exige, no obstante, una previa y breve exposición teórica sobre la estructura de la última, con la que se procederá en consiguiente.

2.4 Omisión y su “morfología dogmática”.

Como es bien sabido, la doctrina civil del siglo XIX vio la total equiparación entre acciones y omisiones¹²¹⁷; hecho este fue sancionado también por la redacción del art. 1902 del CC español. A este efecto, se señaló que no toda la omisión puede convertirse en uno de los factores determinantes de un daño indemnizable, sino la que deriva de un *deber de actuar*¹²¹⁸. Fuentes de dichos deberes constituyen actualmente materia de un vívido debate entre los civilistas españoles¹²¹⁹ y extranjeros¹²²⁰. En

¹²¹⁶ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of Law Third. Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*, vol. II, §37, com. a).

¹²¹⁷ Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 94.

¹²¹⁸ Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 288, Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU “Comentario al art. 1902”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2046. En el Derecho penal, véase por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARANDA, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 243-247. En el Derecho civil francés así por primera vez la decisión de *Cour de Cassation* de 24 de diciembre 1924, citada por Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pág. 2-82. En lo que se refiere al *Common Law* norteamericano véase Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pag. 854.

¹²¹⁹ A este efecto, DE ÁNGEL YAGÜEZ parte de un listado muy limitado de fuentes al considerar que debe responder quien se *abstiene de actuar*, con intención de dañar, y quien, aun sin este propósito, omite un deber impuesto por la ley, sin descartar, sin embargo su extensión a otros supuestos más dudosos. Véase Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto Civitas, Madrid, 1993, pág. 257. De forma parecida, Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 73. José Luis LACRUZ BERDEJO/ Francisco RIVIERO FERNÁNDEZ, en cambio, configuran el deber de actuar, de forma muy amplia, como un deber general impuesto por el principio de solidaridad y buena fe, véase *Elementos de Derecho civil II. Contratos y cuasi contratos. Delito y cuasi delito*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009,

España el acuerdo mínimo, en lo que respecta el listado de éstas, parece alcanzar la ley y contrato¹²²¹, o más generalmente, un negocio¹²²².

También en los Estados Unidos la imposición de un deber jurídico de actuar puede derivar de la Ley (*Statute*) Ésta puede ser de carácter tanto federal, como estatal. La imposición de un deber jurídicamente relevante que dimana de la Ley federal está permitida, constituyendo parte del *Common Law* estatal (no existe *Common Law* a nivel federal) si la regulación federal no se solapa con ninguna norma de carácter estatal en la misma materia¹²²³. Los *Statutes* pueden imponer determinadas obligaciones de proteger a los demás de forma explícita o implícita. Independientemente de ello, la §38 del *Restatement of the Law (Third)* establece que “cuando una Ley requiere que un actor actúe para proteger a otro, el Tribunal puede apoyarse en esta Ley con tal de decidir si un deber afirmativo existe y cuál es su alcance.¹²²⁴” De ahí que la mencionada sección aplique en todos aquellos supuestos en los que el *Statute* no prevea remedio alguno y en los que daño físico constituye interés protegido. En dichos supuestos, el Tribunal teniendo en cuenta el fin protector de la norma y los valores reflejados en ella puede imponer un deber jurídico de actuar que hasta entonces no ha sido reconocido por el *Common Law*¹²²⁵.

La idea de que un deber específico puede surgir tanto de la ley, como de las obligaciones contractuales está generalmente aceptada en todos los Ordenamientos europeos, no sólo en la jurisprudencia y en la doctrina, sino en algunos casos también en la letra de la Ley¹²²⁶. Se puede afirmar, sin embargo, que una visión tan limitada de tales fuentes pertenece a un concepto tradicional de la responsabilidad por omisión que no cumple con los modernos estándares impuestos por la actual realidad socio-económica¹²²⁷. En caso de los deberes afirmativos dimanantes de una relación contractual parece convincente, pues, otorgar la protección no solamente al acreedor de dicho deber contractual de actuar, sino también a la persona que se encuentra dentro del

pág. 446. Un resumen del posicionamiento de la doctrina española en la materia se encuentra en Jordi RIBOT/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Spain 2/10”, en *Digest of European Tort Law...*, *op. cit.*, pág. 125. La crítica del método consistente en la identificación de las eventuales fuentes de los deberes jurídicos se encuentra en Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol. II, op. cit.* pág. 228- 229.

¹²²⁰ En este sentido, Bénédicte WINIGER/Karola KRELL, “Switzerland 2/4”, en *Digest of European Tort Law, op. cit.*, pág. 109, Ken OLIPHANT, “England 2/12”, en *Digests of European Tort Law, op. cit.*, pág. 130, Janno LAHE/Tambet TAMPUU, “Estonia 2/19”, en *Digest of European Tort Law, op. cit.*, pág. 147 y Rienhard ZIMMERMANN, “Comparative Conclusions 2/29”, *Digest of European Tort Law, op. cit.*, pp. 165-166.

¹²²¹ Como señala M^a Luisa ARCOS VIERA, en *Responsabilidad civil: Nexo Causal e imputación objetiva en la jurisprudencia, op. cit.*, pág. 128, n. 179 no se trata aquí con los deberes que participan en el contenido de un contrato, que como tal pueden generar aparte la responsabilidad contractual del deudor.

¹²²² Así Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 290, M^a Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia, op. cit.*, pág. 128.

¹²²³ n. b) de la §38 del *Restatement of the Law (Third)*.

¹²²⁴ Traducción propia.

¹²²⁵ n. c) de la §38 del *Restatement of the Law (Third)*.

¹²²⁶ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort. Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defenses*, Oxford University Press, 2000, vol. II, pág. 225, n. 145. Para la doctrina y la jurisprudencia estadounidense en materia de los deberes jurídicos de actuar dimanantes de la Ley (*Statute ing.*) véase la § 38 del *Restatement of the Law (Third)*.

¹²²⁷ Christian VON BAR, *Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, pág. 226, n°203.

ámbito de protección de tal contrato¹²²⁸. La responsabilidad por el eventual daño sufrido por dicha persona en las circunstancias descritas con anterioridad estará asumida por el titular del establecimiento voluntariamente, siendo este hecho, más que el contrato mismo, determinante de un deber jurídico¹²²⁹. La misma práctica judicial propicia algunos ejemplos que no encajan dentro del mencionado dicotómico *numerus clausus* de las fuentes de los deberes jurídicos. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que existe deber de implementar adecuadas medidas de seguridad, mantenimiento, señalización o control, en la Comunidad de los Propietarios frente a los que entran o se encuentran en el edificio que les pertenece¹²³⁰, de la Iglesia frente a los creyentes que acuden a la misa¹²³¹, o incluso en los cohabitantes de una casa particular frente a los que vinieron a visitarles¹²³². En ninguno de los casos mencionados con anterioridad se puede deducir, pues, que los deberes que obligan a los demandados frente a las víctimas, que reclaman una indemnización por los daños sufridos a causa de los resbalones acaecidos en los establecimientos que pertenecen a los primeros, dimanen de un contrato o negocio, ni mucho menos de la ley. Más conveniente parece, por tanto, situar la fuente de los deberes jurídicos en tales casos, en vez de en un contrato o negocio, en una especial relación basada en confianza mutua que vincula ambas partes implicadas¹²³³.

¹²²⁸ En aquí analizados casos de caídas en los establecimientos abiertos al público, la protección se otorgará no solamente al cliente que efectuó la compra en el supermercado, sino también a quien, a pesar de entrar en el local, no adquirió cosa alguna. En el Common Law británico, por ejemplo, tal regla fue introducida por el Lord DEVLIN en *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

¹²²⁹ Christian VON BAR, *Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, pág. 225, nº202.

¹²³⁰ Véase por ejemplo, la STS 17-05-2001 (RJ 2001, 6222). Se trata de una caída sufrida por el copropietario de un edificio sufrida en la escalera del garaje. La demanda dirigida contra la Comunidad de Propietarios se funda en la omisión de las medidas de seguridad. La víctima alegó la falta de barandilla y luces de emergencia en la escalera. El Tribunal de Primera Instancia estimó probada la existencia de barandilla, sin que estuviese claro que en el momento de accidente faltasen las luces de emergencia. El TS, sin poder inferir en la valoración de la prueba efectuada en la primera instancia declaró la hipotética falta de luces de emergencia causa insuficiente del accidente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

¹²³¹ STS 17-12-2009 (RJ 2010, 862). Así también SSAP de Vizcaya 2-07-2009 (AC 2009, 2188) y de Madrid 10-07-2008 (JUR 2008, 291891).

¹²³² El famoso “Caso Juguetes”, véase STS 17-07-2007 (RJ 2007,4895) cuando afirma que “en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u *omisiones culposas*, como por ejemplo [...] no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista” (F. 3), cursiva añadida. A favor de la existencia de un deber de garantizar la seguridad de los invitados por parte de los que invitan a su casa, Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 221, nº197. De forma parecida, el *Oberlandesgericht* de Múnich que entendió que se trataba con una omisión en el caso en el que el dueño de una finca no impidió aparcamiento de los inesperados invitados en sus premisas. *OLG Munich 2 Feb. 1993, VersR 1994*, pág. 1185, citado por VON BAR, *Ibidem*.

¹²³³ Así Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE, en *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, pág. 298 y VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 224-226. En lo que se refiere a los países del *Common Law*, los muy escasos casos de la responsabilidad por omisión abarcan, entre otros, los supuestos en los que el deber jurídico de actuar dimana de una preexistente relación entre las partes, como la que existe entre un empleado y su empleador, transportista y pasajero o el que ocupa una vivienda y su

Una remisión al Derecho comparado demuestra múltiples ejemplos que confirman dicho posicionamiento. El *Common Law* norteamericano, por ejemplo, establece como una excepción de la general regla de no imposición de la responsabilidad en los supuestos de omisiones, la que impone sobre el demandado un deber jurídico de actuar o de velar por la seguridad de los que vincula con él una relación especial¹²³⁴. Dicha regla está encarnada en la § 37 del *Restatement of the Law (Third) Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* que establece a este efecto que

“un actor cuya conducta no creó riesgo de un daño físico a la otra persona no tiene deber de cuidado alguno frente a los demás a no ser que un tribunal determine que alguno de los deberes afirmativos, establecidos en las §§ 38-44, es aplicable al caso.”¹²³⁵”

Introduce una excepción de la regla mencionada con anterioridad la §40 del *Restatement* al señalar que un actor en una especial relación con el otro debe a este último un deber de cuidado razonable en lo que respecta los riesgos producidos dentro del alcance de la relación en cuestión. Tal relación puede revestir casos de aquella que vincula a un titular de un establecimiento abierto al público y su invitado o persona que se encuentra de forma legal en sus premisas, de un transportista y su pasajero, dueño de un pub o restaurante y su cliente, guardián y el que se encuentra bajo su tutela, escuela y sus estudiantes, parejas y sus niños, el arrendador y su inquilino o, finalmente, empleador y sus empleados¹²³⁶. De forma parecida, regulan la cuestión los PETL¹²³⁷ en cuanto afirman que una relación especial de la que surge un deber de actuar puede revestir tanto a una relación contractual, que integra un número de deberes relativos a la seguridad y a la correcta información de la otra parte, como a una fase negocial previa al contrato (*culpa in contrahendo*), o incluso a una relación fáctica o social, como la que puede existir entre las personas que se encuentran de manera fortuita¹²³⁸. Se trata

visitante. Así Jean LIMPENS/Robert M. KRUIHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Liability for One’s Own Acts”, *op. cit.* pág. 2-85 y referencias allí citadas.

¹²³⁴ Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 875.

¹²³⁵ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third), Torts; Liability for Physical and Emotional Harm, Proposed Final Draft No. 1*, Current through August 2010, §37, traducción propia.

¹²³⁶ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third), Torts; Liability for Physical and Emotional Harm, op. cit.*, § 40 y Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 876.

¹²³⁷ PETL art. 4:103.

¹²³⁸ PETL, com. al art. 4:103, n°5.

aquí con unos deberes no contractuales de actuar que recaen sobre una de las partes contratantes y cuya omisión puede poner en peligro la vida, seguridad o salud de los terceros, dando lugar a la responsabilidad extracontractual¹²³⁹. En este sentido, la solución implementada por los PETL se asemeja a la posición adoptada en la misma materia por el Derecho alemán, que reconoce que los deberes jurídicos de actuar pueden dimanar tanto de una relación contractual como precontractual, en este último caso incluso si el contrato mismo nunca llega a celebrarse el demandado responderá por *culpa in contrahendo*¹²⁴⁰. En España, según la opinión generalizada, la violación de la obligación de buena fe que debe observarse en la fase precontractual pertenece al concepto más amplio de la responsabilidad civil extracontractual, contemplado en el art. 1902 del CC¹²⁴¹. No obstante, la jurisprudencia de las Salas 1ª y 6ª del Tribunal Supremo discrepa en esta cuestión, siendo los pronunciamientos de ambas no siempre acorde entre sí. Así las cosas, la Sala 1ª en la STS de 16 de mayo de 1988, cuya *litis* versaba sobre la ruptura de tratos preliminares, optó por considerar como extracontractual la responsabilidad *in contrahendo*. No obstante, existen decisiones que siguen pronunciándose a favor de la aplicación a tales supuestos de la responsabilidad contractual. A este efecto, la común práctica jurisprudencial europea demuestra que en muchos de los supuestos aquí analizados la responsabilidad contractual coincidirá con la extracontractual¹²⁴². Así se señala, por ejemplo, que en el Reino Unido la responsabilidad dimanante del *Occupiers Liability Act* de 1957 constituye base de la responsabilidad y no la razón para excluirla. De ahí que un cliente que sufra lesiones en una tienda después de efectuar su compra puede basar su reclamación tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Ambos regímenes coexistirán, aunque no se solaparán en el sentido de que cada uno estará sometido a sus propias

¹²³⁹ Jean LIMPENS/Robert M. KRUIHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Liability for One’s Own Acts”, *op. cit.*, pág. (2-84).

¹²⁴⁰ Basil S. MARKESINIS/ W. LORENZ/ G. DANNEMANN, *The German Law of Obligations*, vol. I, Oxford University Press, New York, 1997, pp. 64-71, Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. I, *op. cit.*, nº190 y 471-477. Jeroen KORTMANN, „Liability for Nonfeasance; a comparative study“, Oxford University Comparative Law Forum, 2001, disponible en ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010), texto después de la n.170.

¹²⁴¹ Así José Luis LACRUZ BERDEJO/ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, pág. 2007, pág. 380.

¹²⁴² Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford New York, 1997, pág. 77. En España, sobre yuxtaposición de responsabilidades y el principio de la unidad de la culpa civil y su aplicación a los casos de caídas STS de 23-12-2004 (RJ 2005, 82) con el comentario de Fernando REGLERO CAMPOS. Véase CCJC núm. 70, enero-abril 2006, pp. 43-55.

reglas de prescripción¹²⁴³. El Tribunal de Junín en uno de sus fallos fusionó ambas responsabilidades al declarar que “es atinado entender que el dueño o guardián asume una obligación de seguridad hacia los participantes del juego análoga a la de locador”, haciendo pesar sobre “quien se aprovecha económicamente de la explotación de un local una obligación tácita de seguridad respecto de sus concurrentes, velando de que no sufran ningún daño a su persona”¹²⁴⁴.

En el Derecho español la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual encuentra su fundamento en el hecho de que, en el caso de la primera, el daño deriva del incumplimiento, o cumplimiento inexacto o parcial de alguna de las obligaciones contractuales, mientras en la responsabilidad extracontractual el daño se produce sin que entre causante de éste y perjudicado medie una relación contractual previa, o existiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio¹²⁴⁵. Dicho esto, la responsabilidad contractual se rige por lo establecido en los arts. 1101 y ss. del CC. El régimen de la responsabilidad extracontractual, por su parte, regulan los arts. 1902 y ss. del mismo cuerpo legal. Tal clasificación, se puede afirmar, no es exclusivamente dogmática¹²⁴⁶, puesto que existen diferencias entre un régimen y el otro, de carácter tanto sustantivo como procesal¹²⁴⁷. Los casos fronterizos entre ambos regímenes, en los que es difícil distinguir ante qué tipo de responsabilidad nos hallamos, pusieron de relieve la insatisfacción de la distinción mencionada con anterioridad. De ahí que se señale, como los de complicado encaje, siguientes supuestos: 1. Daños derivados de situaciones precontractuales, postcontractuales o paracontractuales, 2. Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella, y, finalmente, 3. La llamada “zona mixta o fronteriza” entre ambos tipos de responsabilidad. En el primer de los tres casos se tratará con los daños derivados de tratos precontractuales, *culpa in contrahendo*, daños posteriores a la resolución o nulidad del contrato, etc. Un ejemplo del segundo caso refleja, por ejemplo, la relación existente entre la INSALUD y los afiliados a la Seguridad Social. Desde la óptica de este capítulo, sin embargo, el más importante será el último, tercer supuesto. Se tratará aquí con este grupo de casos en los que existiendo una previa relación contractual entre las partes, una de ellas sufre daños de naturaleza corporal, moral o patrimonial en la ejecución de la prestación. Sucede así, por ejemplo, con el contrato de transporte, del trabajo, del suministro de ciertos productos o servicios etc. De ahí que la cuestión radique en dilucidar si mencionados daños son consecuencia específica de incumplimiento del contrato o, por el contrario, el contrato tan sólo ha servido de mero antecedente causal del acaecimiento de un daño cuyo deber de evitar escapa de la estricta órbita contractual¹²⁴⁸. Como la misma frase indica, sobre el deudor en tal situación recaen unos deberes de diligencia que, aunque no constituyan objeto de la prestación, les son exigibles. Los más frecuentes entre ellos son los de seguridad o custodia. A este efecto, se señala como una tendencia natural,

¹²⁴³ Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, op. cit., pág. 77.

¹²⁴⁴ Sabrina M. BERGER, “El deber de seguridad. A un siglo de su creación jurisprudencial”, *Responsabilidad civil y seguros*, año XIV, núm. 5, mayo 2012, pp. 44-45.

¹²⁴⁵ Subrayado añadido. Así Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 43.

¹²⁴⁶ Aunque algunos autores así lo afirman. A este efecto, véase Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, op. cit., pág. 45. Este mismo autor, sin embargo, señala que en la práctica diferencias surgidas en la aplicación de uno u otro régimen se pueden reducir a cuatro: la existencia de pactos de modificación de la responsabilidad, la competencia judicial, la naturaleza de la acción ejercitada y la aplicación del principio de congruencia. Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, op. cit., pág. 44.

¹²⁴⁷ Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, op. cit., pp. 43-44.

¹²⁴⁸ Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, op. cit., pp. 46-47.

la que considera el daño en los bienes o derechos de máximo rango, como vida, integridad física y moral, como extracontractual, por lo que tales bienes y derechos normalmente no pueden ser objeto del contrato. Por tanto, en dichos supuestos se permite normalmente al perjudicado optar por el ejercicio de cualquier de ambas acciones¹²⁴⁹ (llamado *principio de unidad de culpa* o de *yuxtaposición de responsabilidades*¹²⁵⁰).

A tal elección faculta también jurisprudencia británica y alemana. En el *Common Law* británico, de acuerdo con el *Occupiers Liability Act 1957*¹²⁵¹ la posesión de una tierra, como hemos mencionado con anterioridad, constituye base de la responsabilidad y no la razón de su exclusión. Así, por ejemplo, si un cliente sufre daño en una tienda después de concluir su compra, la responsabilidad contractual coexistirá con la extracontractual sin que éstas se solapen en el sentido de que cada una de las responsabilidades está sujeta a sus propias reglas y limitaciones. De hecho, indemnizaciones concebidas a través de la acción fundada en la responsabilidad extracontractual, comparadas con las derivadas de un contrato, suelen ser inferiores. Es por ello que los tribunales alemanes han establecido la posibilidad de extender los daños indemnizables también a los producidos antes de la celebración de un contrato y a los sufridos por terceros que acompañan al potencial comprador (en el último caso se trata con la llamada *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*)¹²⁵². Un caso ejemplar, entre los de la jurisprudencia alemana, que demuestra mencionado doblamiento de las acciones, es el de OLG Hamm. 26 October 1981¹²⁵³, en el que la víctima sufre lesiones a causa de un resbalón producido en una tienda sobre una hoja de lechuga. El tribunal en dicho caso declaró que el demandado tenía ciertos deberes de cuidado frente al actor, su cliente, dimanantes de tanto una adicional obligación derivada del contrato de compraventa, como de las reglas de la responsabilidad extracontractual, tratándose en este último caso de un general deber de seguridad de la §823(1) BGB. Así, bajo las normas contractuales, el titular del establecimiento incumplió los requisitos de seguridad impuestos sobre él, mientras según las normas de la responsabilidad civil infringió el llamado *Verkehrspflicht*¹²⁵⁴. Caso es especialmente interesante puesto que encuentra sus homólogos tanto en el *Common Law* británico¹²⁵⁵, como en la jurisprudencia española¹²⁵⁶.

Según los PETL constituyen también fuentes de los deberes jurídicos de actuar la creación y control de una situación de peligro y la situación en la que la gravedad del daño, por una parte, y la facilidad de evitarlo, por la otra, indican la existencia de tal deber¹²⁵⁷. Ninguna de las dos propuestas, se puede afirmar, está reconocida como una

¹²⁴⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *op. cit.*, pág. 47.

¹²⁵⁰ Fernando REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *op. cit.*, pág. 48.

¹²⁵¹ Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31> (fc: 04.05.2011).

¹²⁵² Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations. Vol. II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, *op. cit.*, pág. 76; véase también Jörg FEDKE/ Ulrich MAGNUS, “Germany”, en *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/ Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, 2002, pág. 151.

¹²⁵³ Véase la traducción de algunos fragmentos al inglés en Walter VAN GERVEN,/Jeremy LEVER,/Pierre LAROCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, pp. 289-290. Caso parecido al citado fue enjuiciado también unos años antes. Vide BGH NJW 1976, 712, citado por Basil MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol.II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª ed. Oxford University Press, Oxford New York, 1997, pág. 78.

¹²⁵⁴ Walter VAN GERVEN,/Jeremy LEVER,/Pierre LAROCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, *op. cit.*, pág. 289.

¹²⁵⁵ *Ward v. Tesco [1976] 1 WLR 810*, citado por Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol.II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, pág. 78.

¹²⁵⁶ SAP de Lleida 6-04-1995 (AC 1995, 1125).

¹²⁵⁷ Art. 4:103 de los PETL.

fuente autónoma de los deberes jurídicos de actuar por la doctrina española¹²⁵⁸. Frente a ello, la creación y control del riesgo como fuente de un deber jurídicamente relevante parece poco a poco ganarse terreno en la jurisprudencia española¹²⁵⁹. La posición representada por los PETL, en el fondo, no constituye una opinión aislada. A este efecto, en el Derecho penal, por ejemplo, el art. 11 del CP, que regula el delito de comisión por omisión, establece que

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.¹²⁶⁰”*

La remisión al Derecho penal en este punto no es accidental, puesto que muchos de los países de nuestro entorno, a falta de una regulación expresa en el Derecho privado, y cuando la doctrina de omisiones dentro de esta rama se encontraba todavía en sus inicios, empezaron a justificar la imposición de la responsabilidad civil en casos en los que daño tenía su causa en la conducta pasiva del eventual causante a través de la aplicación analógica de los preceptos penales en materia de los delitos de comisión por omisión¹²⁶¹. De ahí que la mejor doctrina penal señale que quien con una acción haya

¹²⁵⁸ Véase, sin embargo, el voto favorable a la creación de una situación de peligro como una fuente del deber jurídico de actuar de Albert RUDA GONZÁLEZ, en “Comentario a la STS de 12 de febrero de 2003”, CCJC núm. 62, mayo- septiembre 2003, pág. 736. Véase también el epígrafe sobre creación y control de una situación de peligro.

¹²⁵⁹ Con este criterio, F.3 de la STS de 22-02-2001 (RJ 2001, 2243), F.4 de la SAP de Lleida 08-02-2001 (AC 2001, 450) y F. 1 y 2 de la STS de 20-06-2003 (RJ 2003, 4250), F. 4 de la SAP de Madrid de 7-04-2005 (JUR\2005\106656), entre otras.

¹²⁶⁰ Subrayado añadido.

¹²⁶¹ Así sobre la analógica aplicación del Código penal italiano a la materia objeto de este estudio Tony HONORÉ, “Causation and Remoteness of Damage”, en André TUNC (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, International Association of Legal Science, 1983, pág. (7-22); entre nosotros véase Luis DIEZ PICAZO, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Estudios de responsabilidad civil. Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, op. cit., pág. 114; admiten remisión

creado el peligro inminente de un resultado, tiene la obligación de impedir su producción, relacionándose dicho peligro, por ejemplo, con la posesión de animales agresivos, manipulación de sustancias explosivas o inflamables, etc¹²⁶². Una remisión al contexto europeo permite encontrar otros ejemplos que siguen la misma línea que los PETL. La creación y mantenimiento de una situación de peligro como una fuente autónoma de los deberes de actuar está ampliamente reconocida en la literatura extranjera¹²⁶³. Ejemplos de decisiones que afirman la procedencia de la responsabilidad por omisión en casos en los que el deber de actuar dimana de la ley, del contrato y de la creación de una situación de peligro se encuentran también en la jurisprudencia italiana¹²⁶⁴. En el *Common Law* británico la creación de un riesgo da lugar a un deber afirmativo de implementar medidas que razonablemente podrían prevenir su materialización y producción del daño¹²⁶⁵. En Alemania los *Verkehrs(sicherungs)pfllichten*, deberes jurídicos de actuar, requieren de quien, dentro del ámbito de su responsabilidad, creó una fuente del peligro potencial o permitió que éste se mantuviera, la protección de los intereses y derechos de los terceros contra dichos riesgos¹²⁶⁶. Por otra parte, el estándar de la diligencia exigible, impuesto por los

y la analógica aplicación de los preceptos penales para justificar el hecho de que el *conditio sine qua non* test está reconocido en sus jurisdicciones Italia, España y Eslovaquia. Véase Reinhard ZIMMERMANN, "Final Conclusions 1/29", *op. cit.*, pág. 99. Véase también la remisión al Código Penal estadounidense (*Model Penal Code*) en AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third)*, *op. cit.*, §37, n. a).

¹²⁶² Véase, por todos, Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte General.*, *op. cit.*, pág. 247.

¹²⁶³ Cf Ulrich MAGNUS, "Causation by Omission", *op. cit.*, pp. 103-104, Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pp. 221 y 227-229, VAN GERVEN/LEVER/LAROCHE, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 298 y VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 206, aunque este último habla más bien de la situación en la que el eventual causante del daño sabe de determinados riesgos que puede evitar o limitar, Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997, pp. 166-167, n°4/60.

¹²⁶⁴ Véase Cass. 14 de oct. 1992, n.11207, *Giust. civ. Mass.*, 1992, n.11207, pág. 1450, citada por Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 228, n. 164.

¹²⁶⁵ Véase, a este efecto, *Kelly v Metropolitan Rly Co. [1895] 1 QB 944*; *Morrison v. Sheffield Corporation [1917] 2 KB 866*; *Sheppard v. Glossop Corporation [1921] 3 KB 132 en 145 per SCUTTON LJ*; *Fisher v. Ruislip-Northwood Urban District Council and Middlesex County Council [1945] KB 584*; *Hughes v. Lord Advocate [1963] 1 All ER 705*; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] AC 53 en 61 per Lord KEITH y Wright v. Lodge [1993] 4 All ER 299*, citados por Jeroen KORTMANN, "Liability for Nonfeasance; a comparative study", *op. cit.*, n. 252.

¹²⁶⁶ Véase §823 en Julius von STAUDINGER/Karl SCHÄFER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Libro II, "Recht der Schuldverhältnisse", 12ª ed., 1985, n° 311-312, Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol.II, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 1997, pág. 75, Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol I, Clarendon Press, Oxford, 1998, n°104, EL MISMO, *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, und München, 1980, pág. 113, Jeroen KORTMANN, "Liability for Nonfeasance; a comparative study", Oxford University Comparative Law Forum, 2001, disponible en ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010), texto después de la n. 143, Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), "Liability for One's Own Acts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pág. 2-

mencionados *Verkehrs(sicherungs)plichten* depende de las particulares circunstancias del caso, entre ellos, de la gravedad de las consecuencias dañosas en caso de que el riesgo de su producción se materializase y de la dificultad de prevenir la materialización de tal riesgo¹²⁶⁷. La gravedad del daño por una parte y la facilidad de evitarlo por otra, como indicios de la existencia de un deber de actuar, fueron asumidos, por ejemplo, por el Proyecto Austriaco de Nuevo Derecho de Daños que, en su § 1297, estableció que existe un deber de actuar frente a los demás si se aprecia una gran desproporción entre el daño eventualmente producido y la carga de evitarlo¹²⁶⁸. Tal solución tampoco parece ser desconocida por el *Common Law* británico. A modo de ejemplo, Lord NICHOLLS en *Goldman v. Hargrave* declaró lo que sigue:

“En la responsabilidad por omisión se dan problemas que no están presentes en el caso de la responsabilidad por acción negligente. El que desea actuar debe hacerlo de forma cuidadosa o no hacerlo en absoluto. (...) En el caso de la responsabilidad por omisión, no obstante, a la persona no se le ofrece ninguna elección. El Derecho la obliga a actuar, mientras si la decisión dependiese de ella es probable que no hiciera nada. La situación se complica si el actuar implica gastos. El Derecho exige de la persona que actúe de forma razonable. Pero, como observó el Lord WILBERFORCE en *Goldman v. Hargrave*, lo que es razonable para uno puede ser irrazonable o ruinoso para el otro. La solución adoptada aconseja tener en consideración las circunstancias de cada uno. El demandado debería actuar como una persona razonable en su posición. El estándar de

84, Reinhard ZIMMERMANN/Jens KLEINSCHMIDT „Germany 2/2“, *Digest of European Tort Law, vol.I, Cases on Natural Causation*, Springer, Wien New York, 2007, pág. 105.

¹²⁶⁷ Jeroen KORTMANN, „Liability for Nonfeasance; a comparative study“, Oxford University Comparative Law Forum, 2001, disponible en ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010), texto después de la n.154.

¹²⁶⁸ (trad. propia.) §1297 ABGB: “Jeder hat einem anderen erkennbar drohenden Schaden zu verhindern, wenn er zu dem Gafährdeten in einem Naheverhältnis steht, wenn er einen Verkehr zulässt oder eine Gefahrenquelle schafft oder aufrecht erhält oder wenn zwischen dem drohenden Schaden und der mit der Abwendung verbundenen Belastung ein krasses Missverhältnis besteht“. La cita del §1297 ABGB del nuevo proyecto proviene de Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pp. 102-103, n. 39, a favor de tal solución con bastante más anterioridad Karl WOLFF en Heinrich KLANG *Kommentar zum ABGB*, §1294, 2ª ed., n° I 2d, Wien, 1964 citado por Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *op. cit.*, pág. (2-84)-(2-85). La sugerencia de incluir tal provisión en el Derecho austriaco de daños proviene de Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, pág. 168, n°4/61. Sobre el Proyecto véase Attila FENYVES, „Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten“ en Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL (ed.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Tort and Insurance Law, Bd. 15, Wien, New York, 2006, pág. 50 *et seq.*

lo razonable se ha de medir teniendo en cuenta lo que razonablemente puede exigirse del demandado en sus circunstancias particulares. En los supuestos en los que la acción exige además gastos, el tribunal, si es necesario, tendrá en cuenta los recursos económicos del demandado.^{1269,}

En el *Common Law* norteamericano la gravedad del daño por una parte, y la facilidad de evitarlo por otra no constituye, en realidad, una fuente autónoma de un deber jurídicamente relevante. Se señala, sin embargo, tal supuesto como cierto tipo de filosofía o *rationale* detrás de la imposición de los deberes afirmativos de actuar¹²⁷⁰. Como apunta el mismo *Restatement*, el catálogo de los deberes encarnados en las §§38-44 no es exhaustivo, con lo que se faculta a los tribunales a identificar adicionales áreas en los que tales deberes podrían aplicar en el futuro¹²⁷¹. Así las cosas, el *Restatement* admite que la no imposición del deber de socorro podría transmitir mensaje de que el Derecho tolera la no asistencia a alguien en un peligro mortal cuando el actor pudo socorrer a bajo coste o a coste cero, lo que por su parte sería moralmente reprochable¹²⁷². No obstante, líneas más abajo afirma que incluso si la acción de socorrer no exigiera mucho esfuerzo, y la disparidad entre el daño producido y la carga de asistir en el peligro fuera grande, el actor no respondería puesto que sobre él no pesa deber jurídico alguno que le impusiese actuar¹²⁷³.

Ahora bien, expuestos con anterioridad diferentes acercamientos jurisprudenciales hacia la no aplicación de la teoría del riesgo puede que tengan su causa en la difícil distinción entre omisiones puras, simples o en sentido estricto, por una parte; y las omisiones de diligencia, por otra, clasificación en su día implementada en España bajo la influencia de la doctrina francesa¹²⁷⁴. A este efecto, como bien se

¹²⁶⁹ Jeroen KORTMANN, *op. cit.*, el texto después de la n. 384.

¹²⁷⁰ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third)*..., *op. cit.*, com. e.

¹²⁷¹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third)*..., *op. cit.*, §37, com. b).

¹²⁷² THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third)*..., *op. cit.*, §37, com. e).

¹²⁷³ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *The Restatement of the Law (Third)*..., *op. cit.*, §37, n. b)

¹²⁷⁴ Véase la distinción entre *l'omission dans l'action* y *l'omission sans action* por ejemplo en Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2004-2005, nr.7203-7209. Cf también Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006, pág. 205, nr 808-1 y Jean LIMPENS/Robert M. KRUIHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), "Liability for One's Own Acts", *op. cit.*, pág. 2-76. En España véase Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, 1993, pág. 257. Aunque es cierto que la distinción expuesta con anterioridad en el Derecho español fue introducida por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, la designación *omisiones de diligencia* parece proceder de otra autora, a este efecto, véase Mª Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva*..., *op. cit.*, pág. 126. Reconocieron tal

advirtió en la doctrina, toda negligencia, en el fondo, tiene un aspecto de abstención, puesto que el reproche culpabilístico puede expresarse tanto de forma positiva, (“desarrolló la actividad de manera inadecuada”); como negativa, al llevar a cabo la conducta el causante del daño *no actuó debidamente* (omisión de diligencia; *pseudo-nonfeasance*). Frente a esta última, la concurrencia de culpa o negligencia se puede apreciar también en un simple *no actuó* (omisión pura). Los ejemplos más citados en la doctrina española de ambos tipos de omisiones, son los siguientes: el conductor de un automóvil incurre en omisión jurídicamente reprochable si no enciende las luces de su vehículo, conduciendo por la noche. Debido a que su omisión se produce en el desarrollo de la actividad de conducir, ésta será clasificada como una omisión de diligencia. No será este el caso de una persona que no socorre a un desconocido que encuentra en la calle. Aquí, como en todos los demás supuestos que consisten en abstenerse de actuar, y en cuyos casos el presunto responsable no se encuentra en el ejercicio de una actividad propia, se tratará con una omisión simple¹²⁷⁵.

En lo que se refiere a la distinción entre las omisiones puras o simple y omisiones de diligencia obsérvese, sin embargo, que la denominación dogmática de respectivos tipos de delitos de omisión en el Derecho penal, al presentar similitudes con la denominación introducida por la doctrina civilista, puede causar ciertas confusiones, puesto que ambas ramas de Derecho elaboraron su distinción según sus propios criterios de clasificación. En el Derecho penal una omisión puede estar fundamentada tanto en normas imperativas que “ordenan acción cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos (norma imperativa: socorrer; conducta que la infringe: no socorrer), como en las normas prohibitivas de no hacer (norma prohibitiva; no matar, conducta que la infringe: matar). Ahora bien, mientras el caso de las normas imperativas, a la primera vista no causa problemas ningunos, puesto que la misma infracción de la norma jurídica constituye una omisión penalmente punible (omisión de socorrer, en el caso arriba apuntado), el segundo de los casos resultará más problemático ya que la infracción del tipo penal consiste teóricamente en un actuar (de acuerdo con el ejemplo facilitado líneas arriba- matar). No obstante, muchos delitos como por ejemplo el homicidio, pueden ser realizados tanto por una acción como por una omisión. En el caso de algunos de ellos, como por ejemplo el delito de defraudación a la Hacienda Pública, fue el propio legislador quien introdujo en el tipo penal ambas modalidades de su comisión. Existen, sin embargo, tipos penales cuya descripción prohíbe solamente un determinado comportamiento activo. En este último caso un penalista se encontrará adicionalmente con la difícil labor de equiparar la omisión

distinción con posterioridad Luís Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 288, LACRUZ BERDEJO/RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil II*, op. cit., pág. 466, José Manuel LETE DEL RÍO, *Obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, vol. II, pág. 151. Una mención de dicha distinción se encuentra también en José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.*, ed. 12ª, Reus, Madrid, 1986, T. IV, pág. 943. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, Fulvio GIGLIOTTI, “Illeciti de informazione e responsabilità omissiva”, *RDC*, 2002, núm. 6, pp. 911-938, en la doctrina penalista véase por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARANDA, *Derecho penal. Parte General.*, op.cit., pág. 239.

¹²⁷⁵ Así Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993, pág. 257. En el *Common Law* norteamericano así también Harold F. MCNIECE/John V. THORTON, “Affirmative Duties in Tort”, *Yale L. J.*, núm. 58, 1949, pág. 1272-1273.

con la acción tipificada en la norma penal¹²⁷⁶. De ahí que derive también la distinción entre diferentes clases de delitos por omisión en el Derecho penal. Así las cosas, se distingue entre:

Delitos de omisión pura o propia- en cuyos casos en el tipo penal se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. (ej. omisión del deber de socorro, art. 195 CP)

Delitos de omisión y resultado- en los que el tipo penal vincula la omisión a un determinado resultado, con el que ésta está relacionada causalmente. (ej. defraudación de la Hacienda Pública por acción u omisión, art. 305 CP) y

Delitos de omisión impropia, o de comisión por omisión- en los que la omisión también está vinculada a un determinado resultado prohibido en un concreto tipo penal, pero a diferencia del supuesto anterior, dicho tipo no menciona la forma de comisión omisiva. En estos casos, pues, corresponde al penalista la mencionada ya difícil labor de comprobar cuando la omisión puede equipararse a la forma activa de comisión del delito, prevista expresamente en éste. Para facilitarle dicha tarea, y con tal de evitar la eventual infracción del principio de legalidad, el legislador del nuevo Código Penal de 1995 introdujo la controvertida fórmula, recogida en el art. 11 del CP, con el fin de orientar al que incumbirá más tarde tomar mencionada decisión¹²⁷⁷.

La problemática concerniente a ambos tipos de omisiones tampoco constituye un nuevo tema de debate, en el ámbito de Derecho civil limitado a los supuestos de caídas en establecimientos públicos. Para propiciar algún ejemplo más, los estudiosos de la responsabilidad médica se vieron inmersos en un problema análogo a la hora de determinar qué tipo de omisión constituiría la falta de información en el desarrollo de la actividad médica: una negligencia en realización del conjunto del servicio, determinante de una actividad defectuosamente prestada, o más bien una omisión *sensu stricto*, relacionada pero independiente de la actividad principal¹²⁷⁸.

Tal distinción, siendo un pálido reflejo de la herencia romana¹²⁷⁹, se ve posteriormente abandonada en el contexto europeo¹²⁸⁰, pues como bien afirman algunos autores las que requieren un trato individualizado son sólo las omisiones puras, dado que las omisiones de diligencia están fácilmente reconducibles a los esquemas generales de la responsabilidad civil que rigen con carácter general en materia de las acciones¹²⁸¹. El tema de debate, por tanto, se centrará más bien en la cuestión sobre cuándo se trata

¹²⁷⁶ Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general.*, op. cit., pág. 237.

¹²⁷⁷ Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general.*, op. cit., pp. 239-240. Véase también la nota de LUNA YERGA en el mismo sentido en *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad.*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, pp. 392-393.

¹²⁷⁸ M^a Luisa ARCOS VIERA, *Responsabilidad Civil: nexo causal e imputación objetiva...*, op. cit., pág. 126, n.174. Véase también el comentario en Jordi RIBOT IGUALADA, "Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006", *CCJC* núm. 74, Mayo-Agosto 2007, pág. 779.

¹²⁷⁹ Véase, por ejemplo, Nils JANSEN, "Historical Report 2/1", *Digest of European Tort Law*, Springer Wien New York, Wien, 2007, pág. 9.

¹²⁸⁰ Reinhard ZIMMERMANN, "Comparative Conclusion", op. cit., pág. 166.

¹²⁸¹ M^a Luisa ARCOS VIERA, *Responsabilidad Civil: nexo causal e imputación objetiva...*, op. cit., pág. 126. De forma parecida, Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 221, n^o 197.

con una acción y cuándo, por lo contrario, con una omisión. De ahí que constituya, supuestamente, la conclusión que con más frecuencia se repite entre los que en algún momento dedicaron parte de su tiempo al estudio de las omisiones, la que señala que una clara línea de demarcación entre la conducta activa y omisiva es, muchas veces, difícilmente perceptible¹²⁸². Entre los casos más problemáticos se encontrarán aquellos en los que el previo proceder del demandado tiene carácter tanto activo como omisivo. En tales casos y ante dificultades interpretativas, como hemos señalado con anterioridad, la común práctica jurisprudencial europea tenderá a reducir la conducta del demandado a un simple actuar, reconduciendo el caso a los esquemas generales de la responsabilidad civil por la acción¹²⁸³. La cuestión de si determinada conducta da lugar a la responsabilidad del hipotético causante del daño depende, al fin y al cabo, de la valoración que a ésta da el juzgador en el proceso, así como de las circunstancias del caso particular y de lo justo y razonable que pudiera resultar la atribución del daño¹²⁸⁴. Independientemente de ello, y a pesar de que clasificar en algunos supuestos resultará difícil, el rigor jurídico de un teórico del Derecho y el hecho de que de la mencionada distinción dependerá absolución o imposición de la responsabilidad en casos concretos, exige de por sí por lo menos un intento de diferenciación entre acción y omisión. En lo que a ésta última se refiere, se señaló que distinguir entre ella y la acción será relativamente fácil cuando el mismo Derecho establece qué tipo de casos tratar como reglas y cuáles de ellos catalogar como excepciones¹²⁸⁵. Todo ello teniendo en cuenta que la relación entre la acción y omisión jurídicamente relevante se solapa con la entre una regla y la excepción de ésta, respectivamente. Normalmente, pues, si una persona causa el daño al otro responderá de éste. No tanto, sin embargo, si se abstiene de actuar,

¹²⁸² En este sentido, entre otros, Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pág. 96, Reinhard ZIMMERMANN, “Comparative Conclusions”, *op. cit.*, pág. 166, nº2 y Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2007, pág. 205. Algunos trucos que ayudan distinguir entre la acción y omisión se encuentran en Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort.. Vol. II, op. cit.*, pp. 218-223 y M^a L. ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia.*, *op. cit.*, pág. 126.

¹²⁸³ Véase Reinhard ZIMMERMANN en “Comparative Report 2/29”, *op. cit.*, pág. 165 quien afirma que muchos de los casos de causalidad física, analizados por los grupos de investigación de 25 países europeos en la sub-categoría “*conditio sine qua non* en general (acción)” encubren en realidad supuestos de causalidad por omisión que, como tales deberían estar analizados en la siguiente sub-categoría (omisiones).

¹²⁸⁴ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort...*, *op.cit.*, pág. 223, nr. 199.

¹²⁸⁵ Así Christian von Bar, *The Common European Law of Tort...*, *op.cit.*, pp. 218-219. La relación regla y exclusión encuentra su reflejo también en el *Common Law* norteamericano. Véase, a este efecto, también el *Restatement of Law (Third) Torts* que establece como regla la responsabilidad de quien crea el riesgo de producción del daño físico en los terceros por la violación de un deber general de cuidado (comisión) y la no responsabilidad por omisión, salvo excepciones establecidas en las §§ 40-41, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of Law (Third) Torts, op. cit.*, com a) a la § 37.

puesto que los hechos que suceden sin el comportamiento positivo de un tercero, como regla general, no le conciernen¹²⁸⁶. No obstante, se señalan por lo menos cuatro supuestos generales que permiten una fundada clasificación de una conducta en omisión. Se tratará de casos en los que el riesgo de producción del daño fue creado por la misma víctima (quien entra, por ejemplo, sin permiso al terreno adjunto a un edificio en obras¹²⁸⁷); por un tercero (el alumno/a de un/a profesor/a escuela tira un piedra por la ventana que daña a un peatón que pasaba por debajo); por la condición de la cosa (ruina de un edificio, el estado resbaladizo del suelo de un edificio); o por las condiciones atmosféricas (un árbol que se ha caído a causa de una tormenta en la carretera^{1288,1289}).

En algunos casos, más problemáticos, en los que una o varias conductas omisivas está/n precedida/s por una o varias conductas positivas, o al revés, podría servir de apoyo el método desarrollado con tal de facilitar la dogmática distinción entre omisiones y acciones por la doctrina alemana. Según esta última, la cuestión de si se trata con la conducta activa o pasiva del causante del daño se resuelve de acuerdo con el llamado “punto de imputabilidad” (*den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit*)¹²⁹⁰, siendo tal problemática estrechamente relacionada con la construcción ontológica de la acción y omisión. En palabras de VON BAR, pues, el acto significa que el causante del daño creó determinado riesgo para la víctima o para sus bienes, mientras en caso de la omisión el causante no evitó un peligro inminente. Dicho de otra manera, con la acción el demandado abre la cadena causal, mientras en caso de omisión no la interrumpe¹²⁹¹. Así, clasificar la conducta del demandado dentro de unos u otros esquemas dependerá de si el eventual causante del daño *incrementó el riesgo* de producción del daño (acción), o si más bien, *sin incidir en su incremento*, simplemente *no evitó que el daño se produjera* (omisión)¹²⁹². En consiguiente, si, según el Derecho, el reproche

¹²⁸⁶ Así Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort...*, *op.cit.*, pp. 218-219, nr. 194.

¹²⁸⁷ Entre los casos de caídas, véase el ejemplo de la STS de 12-02-2003 (RJ 2003, 1010) con el comentario de Albert RUDA GONZÁLEZ, en *CCJC* núm. 62, mayo- septiembre 2003, pp. 729-742.

¹²⁸⁸ Es el ejemplo que con más frecuencia se repite en el Derecho comparado, véase Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 220 y Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 206 en España, sin embargo, estaría sujeto a las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

¹²⁸⁹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort...*, *op. cit.*, pág. 219, nr. 195. De forma parecida, M^a Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva*, *op. cit.*, pp. 136-137, n. 194.

¹²⁹⁰ Véase Günter BUCHNER/Herbert ROTH, *Unerlaubte Handlungen einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung*, 2^a ed., C.H. Beck, München, 1994, pág. 8.

¹²⁹¹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 218, n^o 194. Así también en el Derecho penal, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General.*, *op. cit.*, pág.

¹²⁹² Arndt TEICHMANN, „§823“ en Othmar JAUERING, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem*

culpabilístico se puede hacer sobre todo a la conducta activa y fue ésta la que incrementó el riesgo de producción del daño se tratará con un supuesto de la responsabilidad subjetiva por comisión. Por lo contrario, si el reproche se centra en la omisión y el demandado no incrementó el riesgo de producción del daño, la conducta causante del daño es de carácter omisivo¹²⁹³. Tal nota requiere una adicional explicación. Si la creación de un riesgo sirve de factor principal en la distinción entre una acción y una omisión, caracterizando a esta primera, cómo entonces *creación* y control de una situación de peligro puede constituir una de las fuentes de un deber afirmativo. A este efecto, la práctica jurisprudencial norteamericana nos demuestra que los tribunales norteamericanos en varias ocasiones han declarado que debido a que la conducta del demandado había creado riesgo de producción del daño a un tercero, sobre el causante pesaba un deber de cuidado razonable. No obstante, dicho actuar precedente, según el *Restatement*, generador de un riesgo para tercero, no constituye como tal, fuente de un deber jurídico de actuar, exceptuando de la general regla de no imposición de la responsabilidad por omisión de la §36, sino más bien pertenece al ámbito de aplicación de la regla general de la responsabilidad por acción culposa, establecida en la §7 del mismo cuerpo legal¹²⁹⁴. La creación de un riesgo podrá ser fuente de un específico deber jurídico de actuar solamente en estos supuestos en los que dicho riesgo tiene carácter continuo, es causa del daño producido y es característico de la conducta en cuestión (§39 del *Restatement*)¹²⁹⁵. Dicha norma abarca dos supuestos. Uno en el que un actor a través de su precedente conducta diligente creó un continuo e irrazonable riesgo de producción del daño a otro. En tal caso al actor en el momento de realizar la conducta razonablemente fallo en apreciar el riesgo, que apreció o debería haber apreciado con posterioridad¹²⁹⁶. Para decirlo de otra manera, entre dos conductas, la precedente activa y posterior negativa, sólo la segunda es negligente¹²⁹⁷. Segundo supuesto concierne situación en la que el actor inició la cadena causal con su conducta positiva, pero ésta no es causa adecuada del daño, por lo que la responsabilidad puede

Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 10ª ed., C.H. Beck, München, 2003, n° 30 y Johannes HAGER, „§823“ en Julius von STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Sellier de Gruyter, Berlin, 1999, n° H 6.

¹²⁹³ Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pág. 95.

¹²⁹⁴ The AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third), Torts: Liability for Physical Harm*, Proposed final Draft No. 1, April 6th, 2005, §37, n. c).

¹²⁹⁵ Com. c a la §39 del *Restatement*.

¹²⁹⁶ Com. a) a la §39 del *Restatement*.

¹²⁹⁷ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol. II*, *op. cit.*, n° 198, pág. 222.

serle atribuida sólo por la no evitación del riesgo (omisión) en la fase posterior¹²⁹⁸. En tal caso el actor es responsable por la extensión del daño.¹²⁹⁹ Para que la creación del riesgo no sea constitutiva de una acción entonces, el *Restatement* requiere que la precedente acción del actor que creó riesgo haya cesado, pero que el riesgo, como tal, se mantenga materializándose con posterioridad en la producción del daño. Por ejemplo, Randall sube un puente del que decide tirarse. Hace un cuidadoso sondeo de los alrededores sin darse cuenta de que Cheri atraviesa el agua por debajo del puente. Cuando finalmente se tira al agua Cheri aparece justo debajo. Randall cae sobre Cheri, que, en consecuencia, pierde consciencia. Mientras Randall no es responsable por las lesiones iniciales que causó a Cheri, tiene un deber de cuidado razonable de aminorar la extensión del daño sufrido por ella¹³⁰⁰. O, por ejemplo, al conducir una moto en una aislada carretera montañosa Vince choca de forma inocente con Jane, que hace cenderismo por la misma carretera. A pesar de que Jane sufre graves lesiones mantiene lucidez. Hecho de dejar el móvil en casa hace que ruega a Vince que utilice su teléfono para pedir ayuda. Vince rechaza hacerle este favor y unos minutos más tarde se aleja del lugar de accidente. En tal situación sobre Vince recae un deber afirmativo frente a Jane, consistente en mitigar daño sufrido. A consecuencia de su incumplimiento Vince es responsable de toda extensión del daño sufrido por Jane, causado por su negligente rechazo de utilizar el móvil y debido al retraso con que a Jane se le prestó asistencia sanitaria. Ahora bien, si el causante del daño desarrolla una conducta durante todo el tiempo en el que la víctima está expuesta al riesgo, lo más probable es que el Tribunal aplicara la §7 en vez de la §39 comentada con anterioridad. A modo de ejemplo, la empresa que utiliza las líneas de transmisión de la electricidad, con las que puede entrar en contacto una potencial víctima, actúa de forma diligente mientras los cables de suministro de la electricidad están aislados de forma adecuada. No obstante, si debido al paso de tiempo la insolación se deteriora, creándose, de esta manera, riesgo de electrocución, es muy probable que el Tribunal fundará su decisión en el caso en base al general *tort of negligence*, establecido en la §7. El criterio de creación de un riesgo como fuente alternativa de un deber jurídico de actuar encontrará entonces su aplicación sobre todo en casos de omisión de socorro, que, como regla general, no resulta en responsabilidad en el Derecho civil, excepto la situación en la que un tercero sufre

¹²⁹⁸ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol. II, op. cit.*, nº 196, pág. 220.

¹²⁹⁹ Com. a) a la § 39 del Restatementnet.

¹³⁰⁰ Ejemplo propiciado por el *Restatement of the Law (Third)* vide il.3 al com. c) de la §39.

daños corporales a causa del propio actuar del demandado. En dicho supuesto el deber afirmativo de prestar ayuda al lesionado surge de la creación del riesgo y, por consiguiente, de la precedente conducta activa del causante del daño¹³⁰¹. En España así lo entendió el Tribunal Supremo en un caso en el que un tractor atropelló a un pastor y no paró para prestarle socorro¹³⁰². Como hemos observado, por tanto, la distinción entre acciones y omisiones basada en el criterio de la afirmativa creación del riesgo (acción; *misfeasance*) y la no evitación del daño (omisión; *nonfeasance*) fue históricamente asumida también por la doctrina estadounidense. Las críticas que recibió con posterioridad que apuntaban que basarse solamente en ella puede ser a veces engañoso, señalaban a otra solución, que si considerada junto con el criterio aquí mencionado se solaparía con el llamado test de “punto de imputabilidad”, desarrollado por la doctrina alemana. A este efecto, se ha dicho que lo que se ha de tener en cuenta es la totalidad de la conducta y no una conducta específica, alegada en vulneración de un deber jurídico de actuar. Así, por ejemplo, no frenar o no avisar de un peligro latente en un producto puesto en venta no constituiría caso de omisión sino, visto de forma más global, parte de una conducta activa (conducir el coche o vender un producto) que, como tal, crearía riesgo de producción del daño¹³⁰³. En lo que se refiere a los PETL asumimos, por tanto, que también en este caso la creación de una situación de peligro, en virtud del art. 4:201, responde a estos supuestos excepcionales de omisión de socorro en los que el demandado lesionó la víctima con su conducta positiva y huyó del lugar del accidente sin prestarle asistencia alguna¹³⁰⁴.

Una vez asumido el difícil encaje de los supuestos fácticos dentro de los borrosos perfiles de las omisiones puras y omisiones de diligencia, menos de extrañar parece también el uso que el Tribunal Supremo hizo de la técnica de remitirse a la *actividad* llevada a cabo por el causante del daño para justificar la no aplicación de la responsabilidad por riesgo a casos de caídas.

¹³⁰¹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 228.

¹³⁰² STS de 6-03-1989, RAJ 1989, núm. 2492, pág. 2786.

¹³⁰³ The AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third), Torts: Liability for Physical Harm*, Proposed final Draft No. 1, April 6th, 2005, §37, com. c).

¹³⁰⁴ Véase, como ejemplo, la STS de 6 de marzo 1989, RAJ 1989, núm. 2492, pág. 2786.

2.5 Tercera etapa.

Finalmente, cerrado el periodo en el que la doctrina de los tribunales se centraba en la declaración de no aplicación de la responsabilidad por riesgo a los casos de caídas, justificándola con el hecho de que las *actividades* desarrolladas en establecimientos abiertos al público, *instalaciones* que a éstos pertenecían, o simplemente el *hecho de regentar un negocio abierto al público* no generaban riesgo especial alguno, la jurisprudencia abre finalmente tercera etapa. A partir de entonces, los tribunales, prescindiendo de la teoría del riesgo, sientan la eventual responsabilidad de los dueños de tales locales en la *omisión* de un deber jurídico de mantener sus establecimientos en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad. En consecuencia, se trata con uno de estos casos en los que la declaración sobre la existencia de unos deberes específicos de actuar que gravan a los dueños de los locales abiertos al público viene acompañada de un intento de especificación de qué tipo de deberes en concreto se trata¹³⁰⁵. De ahí que se señale que

“[...] la obligación del titular del establecimiento es tener el local en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad para el tránsito y la estancia de los clientes, por lo que la acción entablada ha de apoyarse en hechos probados que demuestren alguna clase de incumplimiento de ese deber, que fuera causa de la caída.”¹³⁰⁶

Tal declaración viene normalmente acompañada de una general enumeración de las medidas que se han de tomar con tal de cumplir con la obligación mencionada con anterioridad, seguida por una casuística lista de los deberes específicos, de carácter no *numerus clausus*, cuya omisión puede constituir causa de la responsabilidad civil de los que se encuentran en la posición de titulares de los establecimientos de los que se trata.

¹³⁰⁵ Lius DIEZ PICAZO, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/ Ciudad Argentina, Madrid, 2001, pp. 114-115.

¹³⁰⁶ F. STS de 22-02-2007 (RJ 2007, 1520).

Pionera en introducir descrita fórmula fue la STS de 31 de octubre de 2006¹³⁰⁷. A partir de entonces son numerosas decisiones que la repiten casi literalmente. Así se señala que

“Como indican las Sentencias de 31 de octubre de 2006, de 29 de noviembre de 2006, y de 22 de febrero de 2007, entre las más recientes, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la existencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles¹³⁰⁸. Pueden citarse, en esta línea, las Sentencias de 21 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera); de 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad); de 10 de diciembre de 2004 (caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas); de 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no habían sido limpiados de un vómito en el suelo); de 31 de marzo de 2003 y 20 de junio de 2003 (caída en una zona recién fregada de una cafetería que no se había delimitado debidamente); de 12 de febrero de 2002 (caída durante un banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable).¹³⁰⁹”

¹³⁰⁷ (RJ 2006.8882)

¹³⁰⁸ Así también SSAP de Alicante de 08-04-2008 (AC 2008, 1355), de Alicante de 21-04-2008 (AC 2008,1394), SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932).

¹³⁰⁹ Así como primera la STS de 22-02-2007, seguida por SSTS de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338), de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934), de 5-06-2008 (RJ 2008, 3209), SSAP de Ourense de 28-06-2007 (AC 2007, 1974), de Cádiz de 17-09-2007 (JUR 2008, 209258), de Zaragoza de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645), de Pontevedra de 12-03-2008 (JUR 2008, 164516), de Pontevedra de 24-04-2008 (JUR 2008, 323053), de Alicante de 8-04-2008 (AC 2008, 1355), de A Coruña de 14-07-2009 (JUR 2009, 351402), de Madrid de 10-07-2008 (JUR 2008, 291891), de Madrid de 16-07-2008 (JUR 2008, 376932), de Granada de 10-07-2009 (JUR 2009, 479733), de Vizcaya de 2-07-2009 (AC 2009, 2188) y de Girona de 2-04-2009 (JUR 2009, 394946). Existe también un número de sentencias que, utilizando una fórmula similar señalan que, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio “han declarado [...] la responsabilidad del demandado cuando su negligencia era identificable” y que, sin mencionar la omisión de las medidas correspondientes, proceden a la misma, casuística enumeración de los supuestos en los que la víctima consiguió la indemnización. Éste es el caso, por ejemplo, de la SAP de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003), SAP de Madrid de 22-03-2009 (AC 2009, 917) y SAP de Valencia de 29-02-2008 (JUR 2008, 153496).

En lo que se refiere a la remisión a la omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles que el Supremo hace a lo largo de la tercera etapa, se puede señalar que su jurisprudencia, más que establecer una nueva tendencia, vuelve a sentar tal doctrina de nuevo, profundizando en su desarrollo. A pesar, pues, de la común tendencia a la sistemática aplicación de la responsabilidad por riesgo, marcada por la primera etapa en la evolución de la jurisprudencia en la materia objeto de este estudio¹³¹⁰, muchas de las decisiones de este periodo, especialmente las de la última década del siglo XX, reconocen ya que la responsabilidad de los dueños de tales establecimientos deriva de una conducta omisiva¹³¹¹. En la segunda etapa, como hemos mencionado anteriormente esta doctrina se vio algo abandonada a favor del enfoque de acuerdo con el cual la responsabilidad de los dueños de los establecimientos en los que se producen desafortunados resbalones deriva de la actividad llevada a cabo por éstos, es decir de una conducta activa.

A este efecto, parece interesante señalar la SAP de Vizcaya de 21 de febrero 2001, como un ejemplo de la “decisión pasajera” que, conteniendo elementos de la segunda fase jurisprudencial, introduce ya la doctrina de omisiones con plenitud establecida finalmente en la STS de 22 de febrero de 2007¹³¹². Se trata de un caso de caída sufrida por la parte demandante en un centro comercial con resultado de una fisura en la rótula. La víctima alegó que el accidente se produjo a causa del suelo húmedo, resbaladizo, encontrándose sobre éste diversas sustancias provenientes de la venta en la galería comercial. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, e interpuesto el recurso en grado de apelación, la SAP de Vizcaya declara, por una parte, que:

“Los usuarios han de ir atentos y eludir el peligro si está a su alcance, lo que no es óbice para que opere la conocida tendencia de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la objetivación de la responsabilidad civil, sobre todo en lo que se refiere al requisito de la culpa, sobre expedientes tales

¹³¹⁰ Véase la introducción a este capítulo.

¹³¹¹ Véase, a modo de ejemplo, las SSTS de 30-12-1992 (RJ 1992, 10559), de 25-09-1996 (RJ 1996, 6655), de 21-11-1997 (RJ 1997, 8093), así como las SSAP de Asturias 4-11-1993 (AC 1993, 2309), de Sevilla de 21-12-1994 (RJ 1994, 2134), de Sevilla de 9-07-1997 (AC 1997, 1558), de Zaragoza de 4-05-1998 (AC 1998, 5804), de Badajoz de 6-07-1998 (AC 1998, 1367), de Asturias de 22-12-1998 (AC 1998, 8562), de Lleida de 16-03-1999 (AC 1999, 574) y de Pontevedra 7-03-2000 (AC 2000, 728).

¹³¹² (RJ 2007, 1520).

como la inversión de la carga de la prueba o de la presunción de culpa del agente causante del daño. Y ello es así porque la objetivización no es absoluta y en términos tales que permita achacar responsabilidades a quien no incurrió en culpa alguna que, por otra parte, supondría automatizar el Derecho, del mismo modo que tampoco puede el avance en la interpretación dejar totalmente arrinconado y sin virtualidad el concepto culpabilístico que inspira los preceptos del CC y que mantienen plenamente su vigencia; *el tránsito por un establecimiento comercial no es en sí una actividad peligrosa* por lo que la imputación de responsabilidad ha de realizarse al menos «ex levissima culpa venit». [...] ¹³¹³

Para observar, por otra parte, que:

“Ha fijado el Tribunal Supremo que en caídas en establecimientos abiertos al público es necesario que el estado resbaladizo del suelo ha de ser acreditado inequívocamente, y ha de aparecer patente *la omisión de la consecuente y necesaria actividad de limpieza.*” ^{1314,}

En la misma sentencia se puede leer también que:

“Podemos sistematizar el estado de la cuestión en los siguientes puntos:
1. No basta con que se cause un daño en el ámbito de un establecimiento para que directamente, sin necesidad de mayores consideraciones, haya de responder el titular de la explotación por el argumento de que obtiene el lucro o beneficio y ha de estar también a lo incómodo, sino que es preciso un elemento culpabilístico en su actuación. 2. La prueba de la existencia de un factor causante del daño (suelo mojado, sustancias deslizantes, grasa, etc.) corre a cargo de la parte demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 1214 del CC en cuanto hecho constitutivo básico. 3. La existencia de un suelo resbaladizo no es tampoco suficiente para imputar el daño al

¹³¹³ Cursiva añadida, F.1 de la SAP de Vizcaya (AC 2001, 285).

¹³¹⁴ F.1 de la SAP de Vizcaya (AC 2001, 285).

titular de la explotación, si no responde a un estado permanente o consentido o dejación de éste, o cuando puede racionalmente, con un criterio lógico o humano, apreciarse *que ha hecho lo posible que estaba al alcance de su mano para evitarlo*. El principio expresado no es de automática observancia en cualquier suceso que haya generado daño a tercero y, por consiguiente, susceptible de culpa aquiliana; existen *actividades* que consideradas en sí mismas no producen un riesgo capaz de objetivar la responsabilidad, manteniéndose para ellas el criterio general que establece el art. 1214 del CC (derogado por la LECiv [RCL 2000, 34 y 962] actual pero aplicable a este supuesto aunque se ha mantenido en la nueva ley procesal en parecidos términos) regulador de la distribución de la carga de la prueba e impositivo de la presunción de culpa o negligencia. Recuerda el Tribunal Supremo que en estos casos es exigible una normal diligencia que si se diese en el supuesto concreto enjuiciado, impediría que pudiera llegar a entenderse subsistente un mínimo de culpabilidad, indispensable en nuestro ordenamiento positivo para sustentar la realidad de una culpa civilmente reprochable, ya que la conocida tendencia a objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido en nuestro sistema normativo caracteres absolutos que excluyan el principio básico de responsabilidad por culpa.¹³¹⁵”

De ahí que, en este caso concreto, la Audiencia Provincial, a pesar de incurrir en varios errores interpretativos, típicos de la doctrina de su época, como el de relacionar la no aplicación de la carga de la prueba al caso enjuiciado con la *actividad desarrollada* por el centro comercial¹³¹⁶; identificar tal actividad con “el tránsito por un establecimiento comercial”, es decir, con la conducta llevada a cabo por la víctima en vez de por el eventual causante del daño; y de admitir que basar un supuesto de responsabilidad civil en la omisión de un deber jurídico relevante no es óbice para que, en consiguiente, opere la “objetivación” de tal responsabilidad, incluya también signos de la posterior doctrina moderna en la materia. Así, según lo expuesto, la eventual

¹³¹⁵ F. 2 de la SAP de Vizcaya de 21-02-2001 (AC 2001, 285).

¹³¹⁶ Aunque más adelante en su F. 3 la misma sentencia admitía que “*es precisa prueba de, o bien circunstancias que debían haber puesto en marcha mecanismos de protección para los usuarios y fueron omitidos, o bien una continuada desidia en la limpieza y mantenimiento de las instalaciones que avale un estado de riesgo, no por la actividad en sí, sino por la forma de desenvolverla.*” *Cursiva añadida.*

responsabilidad de los propietarios del centro comercial derivaría de la omisión de un deber de mantener a éste en condiciones adecuadas de limpieza y seguridad. Dicho deber, aunque la sentencia no lo establezca explícitamente, podría tener varias fuentes alternativas, siendo éstas, primero, el Real Decreto 381/1984, de 25 enero por el que se aprobó la Reglamentación Técnico- Sanitaria del Comercio Minorista de Alimentación¹³¹⁷, que así lo establece en su art. 10.16¹³¹⁸; o, segundo, una especial relación de confianza mutua que vincula al dueño del centro comercial con su cliente o potencial cliente, o, finalmente, la manutención de una fuente de peligro en cuyo manejo están los propietarios de tal centro comercial¹³¹⁹. La actividad probatoria, aparte de la prueba de la existencia de un deber jurídico de actuar¹³²⁰ debería alcanzar la prueba de la causa material del daño¹³²¹, lo que en el caso enjuiciado se traduciría en la necesaria prueba del estado resbaladizo del suelo (humedad, sustancias deslizantes, grasa, etc.); prueba que, según las reglas de distribución de la carga de la prueba establecidas en el antiguo art. 1214 del CC, y actualmente en el art. 217 de la nueva LEC 1/2000, corre de cargo de la parte demandante¹³²². Junto con *la existencia de un deber jurídico de actuar que pesa sobre el titular de nuestro centro comercial y de la*

¹³¹⁷(RCL 1984\571, 1118 y ApNDL 2447); disponible en «http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd381-1984.html» (fc: 08.11.2010). Véase el art. 4 del Decreto que establece que “esta reglamentación también obliga a los titulares de los recintos comerciales colectivos donde estén integrados comercios minoristas de alimentación”, normativa que, por tanto, aplicaría indudablemente al caso de una caída en un centro comercial.

¹³¹⁸ En virtud del cual “tanto las paredes como los techos y pavimentos se mantendrán en correcto estado de conservación y limpieza.”

¹³¹⁹ Es precisamente con este último fundamento que la SAP de Vizcaya justifica la existencia del deber de mantener el local en condiciones adecuadas para su uso la comentada SAP de Vizcaya de 21-02-2001 cuando declara en su F.3 que Pues bien, en nuestro caso está a salvo la circunstancia de la caída, pero no así consideramos probados dos datos importantes: Cómo se encontraba el suelo y qué alcance tienen las heridas de la señora S. G., llegando la Sala a la misma conclusión que el Juzgado de Primera Instancia desde el momento en que no encontramos un punto de apoyo en el ámbito de la culpabilidad para sobre él construir la responsabilidad de la entidad demandada, pues es difícil definir su culpa con dos declaraciones testificales que se limitan a contestar en términos equívocos; la testigo señora G. M. al contestar a la pregunta tercera dice que no sabe si había agua, pero que desde luego el suelo brillaba mucho, y la testigo señora G. G. dice a la misma pregunta sobre si había en el momento de la caída agua acumulada siendo ésta la causa del patinazo que se imagina que sí, *teniendo que concluir que es precisa prueba de*, o bien circunstancias que debían haber puesto en marcha mecanismos de protección para los usuarios y fueron omitidos, o *bien una continuada desidia en la limpieza y mantenimiento de las instalaciones que avale un estado de riesgo, no por la actividad en sí, sino por la forma de desenvolverla*. No habiendo ocurrido así (o al menos, no habiéndolo probado la parte actora), no puede responder de este suceso la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial [...].” *Cursiva añadida.*

¹³²⁰ Véase Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad.*, *op. cit.*, pp. 479-450 y Reinhard ZIMMERMANN/Jens KLEINSCHMIDT „Germany 2/2“, *op. cit.*, pág. 105.

¹³²¹ A modo de ejemplo, desestima recurso de casación por la falta de acreditación de la causa material del daño la STS de 17-12-2007 (RJ 2007, 8934).

¹³²² En este mismo sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Tiendas, bares... y caídas”, *op. cit.*, pág. 62. Así también la SAP de Vizcaya de 30-03-2009 (JUR 2009, 322003) F. 3 y la STS de 17-12-2009 (RJ 2010, 862) en su F.6.

causa material del daño sufrido por la víctima, ha de aparecer patente además la *conducta omisiva*. Así las cosas, los propietarios del centro comercial incumplirán el deber de mantener su establecimiento en condiciones adecuadas de seguridad y limpieza si la existencia del suelo resbaladizo responde a una estado permanente o consentido de dejación, pues, sólo en estos casos, normalmente, se podrá constatar que la acción debida y no llevada a cabo por ellos, les hubiera sido posible¹³²³. Y finalmente, el demandante habrá de probar dos elementos más, requisitos comunes para todos los supuestos de la responsabilidad civil, aquí la existencia *del nexa causal entre la acción debida y omitida y el daño mismo*¹³²⁴. Por tanto, después de la libre valoración de la prueba el Juez dará por probado el nexa causal si de haberse realizado la consecuente y necesaria limpieza del suelo se hubiera evitado o aminorado de forma apreciable la posibilidad de acaecimiento del daño (*teoría de la condición sine qua non o causalidad hipotética*)¹³²⁵. Dicho de otra manera, difícilmente podrá sostenerse la existencia de éste, si el daño se hubiera producido igualmente pese a que los dueños del centro comercial hubieran procedido a limpiar el suelo una vez dicha acción les era exigible.

Como medidas, cuya implementación con más frecuencia se exige de parte de los titulares de los establecimientos, se podría mencionar, por ejemplo, la instalación de las bandas antideslizantes en el suelo del local de que se trate; la instalación de barandillas en las escaleras que se hallan dentro de tal local; la instalación de una iluminación adecuada o señalización del peligro de caerse en el caso de que el suelo del local se encuentre mojado debido a la precedente limpieza etc. El hecho de que la parte demandada implemente tales medidas con posterioridad al accidente y, a veces también, con posterioridad a la imposición de la demanda, está siendo utilizado en algunas ocasiones por la parte demandante como un argumento, que esgrimido en contra del demandado, va dirigido a incidir en la libre valoración de la prueba indicando

¹³²³ De forma parecida, F.3 de la SAP de Sevilla 29-09-2005, así como, las SSAP de Madrid 07-04-2005 (JUR 2005, 106656) y de Madrid 12-06-2006 (AC 2006, 1996) y de Barcelona 03-04-2009 (JUR 2009, 394853) en su F.4.

¹³²⁴ Así TRAËGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf-und Zivilrecht*, *op. cit.*, pág. 13.

¹³²⁵ Así, entre otros, Fernando REGLERO CAMPOS, “El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), 2ª ed., Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pág. 328 y Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1902”, en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 2047 y las SSTs de 8-05-2001 (RJ 2001, 7379) y de 29-12-1997 (RJ 1997, 9602). Esta última, aunque aborda un supuesto de la responsabilidad por omisión no tiene como objeto de *litis* caso de caída sensu estricto. Se trata con la reclamación por daños y perjuicios sufridos por un futbolista en un estadio de fútbol a causa de la existencia de una pequeña zanja o reguera, en la que la víctima tropezó en un lance de juego cuando participaba en el partido de fútbol, y que del impulso consecuente fue a topar con una valla metálica de separación del público.

culpa del eventual causante del daño¹³²⁶. En la mayoría de los casos, si no en todos, tal argumentación decae, declarando el tribunal que modificaciones operadas con posterioridad nada demuestran por sí solos¹³²⁷, carecen de relevancia en lo que intentan demostrar que el local se hallara en unas u otras condiciones de uso en el momento de tener lugar el accidente¹³²⁸, señalándose también, que la parte recurrente en la casación, invocando tal precepto, pretende sustituir de esta manera la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, pretensión que es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación¹³²⁹.

Dicho esto, la tercera etapa y la más reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público se acerca a la doctrina jurisprudencial en la misma materia desarrollada hace tiempo en otros países de nuestro entorno, como Alemania, Francia o Gran Bretaña. El trayecto por el que pasaron los Ordenamientos mencionados con anterioridad en materia de la responsabilidad civil por omisión coincide en varios puntos con aquella por la que pasó el Ordenamiento español. A principios del siglo XX los tribunales de los tres países mencionados con anterioridad se mostraron reacios a imponer la responsabilidad por un simple abstenerse del demandado en casos en los que no existía un deber específico de actuar que pesaba sobre éste. Así, la jurisprudencia de estos tres países pasó a reconocer dichos deberes, caso por caso, y solamente en supuestos determinados. Después de la segunda guerra mundial, sin embargo, el sistema francés optó por apartarse de aquella práctica. La introducción en el Código Penal francés de un deber general de socorro incidió en que los tribunales franceses rápidamente han reconocido tal deber también en el Derecho privado, hecho éste que, por su parte, llevó, a partir del citado “Caso Branly”, a la práctica desaparición de la distinción entre acción y omisión en este Ordenamiento. En Alemania, a pesar de que el Derecho penal introduce el mismo deber de socorro en su

¹³²⁶ Así SSTS de 30-03-2006 (RJ 2006, 1869), reparaciones en el suelo del local efectuadas con posterioridad a un accidente mortal sufrido por la víctima, 17-12-2009 (RJ 2010, 862), demandada introduce modificaciones operadas en la escalera posteriores al accidente que se explican por el hecho de haberse imputado en vía penal y civil a los responsables de la escalera 30-05-2007 (RJ 2007, 4338), 25-03-2010 (JUR 2010, 103602), la parte demandada colocó un cartel después del accidente avisando de escalón sobre el que resbaló la víctima. En la sentencia no consta si la remisión a las posteriores modificaciones fue uno de los motivos en que fundó su decisión la Audiencia Provincial al condenar a la demandada, o si fue, más bien, uno de los argumentos enumerados por la demandante en contra del causante del daño en el recurso de casación; y SAP de Vizcaya de 2-07-2009 (AC 2009, 2188) instalación con posterioridad al accidente de bandas antideslizantes en el suelo sobre el que cayó la víctima.

¹³²⁷ F.2 de la STS 25-03-2010 (JUR 2010, 103602).

¹³²⁸ F.4 de la STS 17-12-2009 (RJ 2010, 862).

¹³²⁹ F.2 de la STS 30-03-2006 (RJ 2006, 1869).

correspondiente código, la jurisprudencia de dicho país rechaza su implementación en el Derecho civil, procediendo, en consecuencia, con la continua creación de los deberes de actuar sobre la base incremental. El *Common Law* británico coincide, en este sentido, con el sistema alemán con una sólo diferencia: el primero se muestra más restrictivo en lo que respecta a la imposición de tales deberes¹³³⁰. Así las cosas, en Alemania, los tribunales han introducido y desarrollado el concepto de los llamados *Verkehrspflichten*, siendo éste un amplio abanico de los afirmativos deberes de actuar, dentro de los que primeros fueron los relativos a carreteras, terrenos y edificios. De ahí que el *Verkehrspflichtige*, el equivalente del *gardien* francés o del *occupier* inglés, esté obligado a mantener sus premisas en condiciones adecuadas de seguridad¹³³¹ y responde en base de la § 823 I del BGB por el eventual daño corporal y material causado por la omisión de las medidas de seguridad correspondientes¹³³². Hoy en día los *Verkehrspflichten* aplican a los contratistas, farmacéuticos, químicos, arquitectos, médicos, a los túneles de lavado de coche, piscinas, ferrocarriles, organizadores de demostraciones, hoteles, bares, pensiones, cazadores, tiendas, operadores deportivos, centros deportivos, pistas para esquiar, esquiadores y constructoras de carreteras hacia cualquier tipo de víctima¹³³³. En consecuencia, muchos de los casos fundados en la infracción de los mencionados deberes de seguridad, oídos ante el BGH (*Bundesgerichtshof*¹³³⁴) coinciden con los enjuiciados por el Tribunal Supremo de España. A modo de ejemplo, el titular de un restaurante situado en Alemania tiene deber de prever que algunos de sus clientes pueden tener dificultades de paso y debe cumplir con las medidas de seguridad adecuadas dirigidas a protegerlos de la materialización de los riesgos dimanantes del hecho que el suelo del restaurante esté resbaladizo¹³³⁵; el organizador de un espectáculo de masas en Alemania tiene deber de garantizar al público un seguro camino de entrada y salida al y del área de la celebración del evento¹³³⁶. A veces tales supuestos encuentran sus equivalentes también en el *Common Law*, a pesar de que este último, por razones históricas y a base de los fundamentos

¹³³⁰ Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *op. cit.*, texto después de la n. 378.

¹³³¹ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 208, n° 808-2.

¹³³² Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 414, n° 1503-1.

¹³³³ Cees VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 210, n° 808-3.

¹³³⁴ Tribunal Supremo de Alemania.

¹³³⁵ *BGH NJW 1991, 921*, citado por Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 1997 (reimpreso del año 1994), pág. 76.

¹³³⁶ *BGH NJW 1990, 905*, citado por Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, *op. cit.*, pág. 76.

filosóficos, en principio se mostró opuesto a otorgar la protección jurídica en cualquier supuesto de responsabilidad civil por omisión pura¹³³⁷. A modo de ejemplo, una tienda de autoservicio es responsable por los daños y perjuicios causados a su cliente (o potencial cliente) que resbala sobre una hoja de una verdura o sobre otra sustancia resbaladiza¹³³⁸; o los dueños de una casa particular son responsables por las lesiones ocasionadas por el defectuoso pasamanos de la escalera frente a los que vienen de visita¹³³⁹. En Francia, el propietario de un terreno o de un edificio tiene el deber frente a los que le visitan, sus vecinos y otros transeúntes de prevenir, por ejemplo, que la nieve se caiga del techo a la carretera¹³⁴⁰.

2.6 Líneas jurisprudenciales minoritarias. Aplicación de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Frente a la línea descrita con anterioridad la jurisprudencia minoritaria sigue aplicando a los supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público la teoría del riesgo, invirtiendo la carga de la prueba de la culpa de los dueños de dichos locales¹³⁴¹. En ocasiones se menciona también, de forma complementaria, aplicación a

¹³³⁷ Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *op. cit.*, texto después de la n. 235. Fue *Smith v Littlewoods [1987] AC 241* en el que Lord GOFF se refirió a la llamada doctrina de exclusión de la responsabilidad por omisión (*doctrine of no liability for nonfeasance*) al declarar: “Porque el Derecho no reconoce un general deber de actuar con el fin de prevenir a los demás de la producción del daño o lesión causados por la intencional conducta antijurídica de un tercero? La razón fundamental es que el *Common Law* no impone responsabilidad por las denominadas omisiones puras” (trad. propia). *Smith v Littlewoods [1987] AC 241* en 271. Tal regla fue confirmada en consiguiente en *Stovin v Wise [1996] 3 All ER 801* por Lord HOFFMANN, Lord GOFF y Lord JAUNCEY; el precedente que confirmó el principio que no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones seguía en vigor a no ser que sobre el demandado recaía un deber específico de actuar. Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *op. cit.*, texto después de la n. 244.

¹³³⁸ En la jurisprudencia alemana BGH NJW 1976, 712, en el Derecho Anglo-Sajón *Ward v. Tesco [1976] I WLR 810*; véase un supuesto parecido en la SAP de Lleida 6-04-1995 (AC 1995, 1125).

¹³³⁹ BGHZ 5, 378; *Wheat v. Lacon [1966] I QB 355*, en España el famoso “Caso Juguetes”.

¹³⁴⁰ Civ. 2e 23 December 1969, JCP 1970. IV. 242; Civ. 2e 26 November 1980, D. 1981. IR. 276; Civ. 2e 4 May 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 261, obs. Chabas; Civ. 2e 18 January 1963, JCP 1963. II.13316, comm. Blaevöet; Civ. 2e 9 July 1975, D. 1975. IR. 215, JCP 1977. II. 18544, comm.. Mourgeon (1 re esp.), citados por Cees VAN DAM, *European Tort Law, op. cit.*, pág. 208.

¹³⁴¹ Así SSTS 31-03-2003 (RJ 2003,2839), 17-06-2003 (RJ 2003,5646), 25-07-2002 (RJ 2002,7864) aunque en el resumen de esta última consta que la sentencia no invierte la carga de la prueba, en realidad constatación ésta se refiere a la no inversión de la carga de la prueba de la causalidad, y no de la culpa, que según el TS procedería en este caso, 29-06-2002 (RJ 2002,1470), 7-05-2001 (RJ 2001,7376), en este último caso la argumentación del TS no deja claro la procedencia o no de la” inversión de la carga de la prueba”. El TS deja sin posicionamiento alguno la alegación de la parte recurrente sobre la presunta aplicación al caso de la teoría del riesgo que “prescinde del elemento culpa”, convirtiendo la responsabilidad del art. 1902 en la responsabilidad objetiva, declarando la decaída del planteamiento citado con anterioridad por falta de acreditación del nexo causal; 14-09-1998 (RJ 1998,6741), invierte la carga de la prueba pero con el fundamento en el principio de facilidad probatoria, 28-04-1997 (RJ 1997,3408), 21-11-1997 (RJ 1997,8093), así como la jurisprudencia en grado de apelación SSAP de A

tales casos de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹³⁴². Así lo hacen, por ejemplo, la STS de 30-05-2007¹³⁴³ o las SSAP de Pontevedra de 18-06-2009¹³⁴⁴, de Valencia de 29-02-2008¹³⁴⁵, de Ourense de 28-06-2007¹³⁴⁶, de Madrid de 7-04-2005¹³⁴⁷, de Islas Baleares de 25-06-2001¹³⁴⁸, de Jaén de 9-07-2001¹³⁴⁹ y de 31-01-2001¹³⁵⁰, de Asturias de 29-06-1998¹³⁵¹ así como la SAP de Zaragoza de 4-05-1998¹³⁵². En algunos casos, incluso, Audiencias Provinciales, en virtud del principio *iura novit curia*¹³⁵³, traen a colación la Ley 26/1984 sin que ésta fuera ni tan siquiera alegada en la demanda¹³⁵⁴. Así, por ejemplo, la SAP de Asturias, que trata con un caso de caída sufrida por la víctima en el interior del establecimiento perteneciente al demandado cuyo pavimento se hallaba mojado “recién pasada la fregona”, después de remitirse a la doctrina del riesgo y sus correspondientes criterios interpretativos, establece que

“ [éstos¹³⁵⁵] criterios interpretativos [...] se refuerzan como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero 1990 (RJ 1990\69), 29 mayo y 23 junio 1993 (RJ 1993\4052 y RJ 1993\5380), en los supuestos en

Coruña 14-07-2009 (JUR 2009,351402), de Huelva 8-02-2002 (AC 2002,866), de Jaén 9-07-2001 (JUR 2001,268756), de Barcelona 29-05-2001 (AC 2001,1363), de Sevilla 9-07-1997 (AC 1997, 1558).

¹³⁴² (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943). Dicha Ley ha sido derogada por el [Real Decreto Legislativo 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 (BOE núm. 287, de 30-11-2007, pp.49181-49215). Todas las sentencias citadas, sin embargo, siguen fundamentando sus decisiones en la Ley antigua. Mencionada tendencia de acudir complementariamente en casos de caídas a la aplicación de la LGDCU fue apuntada en su día también por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ en “Tiendas, bares... y caídas”, *op. cit.*, pág. 52 y por Marta CARBALLO FIDALGO en “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público.”, *Dereito:Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.12, núm.1, 2003, pp. 267-268.

¹³⁴³ (RJ 2007, 4338).

¹³⁴⁴ (RJ 2009, 309756).

¹³⁴⁵ (RJ 2008, 153496).

¹³⁴⁶ (RJ 2007, 1974).

¹³⁴⁷ (RJ 2005, 106656).

¹³⁴⁸ (RJ 2001, 249565).

¹³⁴⁹ (RJ 2001, 268756).

¹³⁵⁰ (AC 2001, 199).

¹³⁵¹ F.2 de la SAP de Asturias 29-06-1998 (AC 1998, 1202).

¹³⁵² F.2 de la SAP de Zaragoza 04-05-2004 (RJ 2004, 4262). La sentencia sienta la responsabilidad del demandado (dueños de un restaurante) en la omisión de la limpieza del suelo del establecimiento de los restos de un vómito, declarando, en consecuencia, innecesaria aplicación de la Ley 1984\1906.

¹³⁵³ F.2 de la SAP de Valencia de 29-02-2008 (JUR 2008, 153496). Sobre la aplicación del principio *iura novit curia* a los supuestos de caídas en los locales abiertos al público en lo que respecta yuxtaposición de responsabilidades y el concepto de la unidad de la culpa civil véase la STS de 23-12-2004 (RJ 2005, 82) con el comentario de Fernando REGLERO CAMPOS, “Comentario a la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82)”, *CCJC* núm. 70, enero-abril 2006, pp. 50-55.

¹³⁵⁴ A este efecto, véase las SAP de Valencia 29-02-2008 (JUR 2008, 153496) y SAP de Asturias 29-06-1998 (AC 1998, 1202).

¹³⁵⁵ Añadido por la autora.

los que el tema controvertido pueda incardinarse en la **Ley 26/1984**, de 19 julio (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943) **General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**, *Texto Legal ciertamente no invocado en los fundamentos de derecho del escrito de demanda* y que, como declara la Sentencia de 22 julio 1994 (RJ 1994\6581, constituye una **especie de ley marco** que tiene carácter de principio general informador del ordenamiento, cuya aplicación ha de estar en íntima relación con los preceptos contenidos en los textos legales sustantivos llamados a regular el caso sometido a enjuiciamiento, configurando su aplicación como concurrente y condicionada, en cierta manera, a la primacía de los mencionados preceptos sustantivos.¹³⁵⁶”

La eventual aplicación de la normativa mencionada con anterioridad a los supuestos objeto de este estudio encontraría su fundamento en los arts. 1.2 y 2.1 del dicho cuerpo legal, que reconocen como derecho básico de los consumidores y usuarios “la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad”, y que ha de conectarse con lo dispuesto en el art. 3.1, según el cual “los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarían riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización”¹³⁵⁷. Otra vez se trata de jurisprudencia minoritaria dentro de la que las primeras sentencias, situando la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios más que en la existencia de una relación contractual¹³⁵⁸ entre el responsable del establecimiento y la víctima, en relaciones de consumo, prescinden en la práctica del juicio de culpabilidad a la hora de sancionar la responsabilidad de su titular¹³⁵⁹. Basta con citar cuatro ejemplos que en materia de caídas se sitúan dentro de dicha corriente, siendo éstos las SSAP de Asturias de 29-06-1998¹³⁶⁰, de Islas Baleares de 25-06-2001¹³⁶¹, así

¹³⁵⁶ F. 2 de la SAP de Asturias 29-06-1998 (AC 1998, 1202), la negrita proviene del original; cursiva fue añadida por la autora.

¹³⁵⁷ Así F. 3 de la STS de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338).

¹³⁵⁸ Así F.1 de la SAP de Jaén (RJ 2001, 268756).

¹³⁵⁹ Véase Marta CARBALLO FIDALGO, “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público”, *op. cit.*, pág. 268.

¹³⁶⁰ (AC 1998, 1202).

¹³⁶¹ (JUR 2001, 249565).

como las SSAP de Jaén de 31-01-2001¹³⁶² y 9-07-2001¹³⁶³. En todos estos casos, la aplicación de los arts. 25 a 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de difícil interpretación en cuanto al tipo de la responsabilidad con la que se trate, coincide con la aplicación a los casos de la teoría del riesgo. En consecuencia, la SAP de Islas Baleares de 25-06-2001¹³⁶⁴ define el régimen de la responsabilidad dimanante de los arts. 25 y 28 de la LGDCU 26/1984 como un sistema de la responsabilidad objetiva (F. 2), mientras la SAP de Jaén de 09-07-2001¹³⁶⁵ declara que los arts. 25 y 26 de la misma Ley consagran criterios de la responsabilidad objetiva (sic) con inversión de la carga de la prueba. La mayoría de la doctrina, sin embargo, parece entender que los arts. 25 a 28 de la antigua LGDCU se basaban en dos sistemas distintos de la responsabilidad, siendo éstos a) un régimen general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (arts. 25-27) y b) para determinados servicios, que incluían garantías de eficacia o seguridad, un régimen de responsabilidad objetiva (art. 28)¹³⁶⁶. En lo que se refiere a la aplicación paralela a los casos enjuiciados de ambos regímenes, el especial dimanante de la Ley 26/1984, y el general del art. 1902 en la versión “teoría del riesgo”, se afirma, por ejemplo, que

“en el presente caso *también*¹³⁶⁷ son aplicables los arts. 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecen un sistema de responsabilidad objetiva, según ha admitido el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de mayo de 1991), y ello porque la actora lesionada debe ser considerada como usuaria dada su condición de persona física destinataria final de los servicios prestados por la empresa titular del negocio que tiene encomendado su mantenimiento (art. 1.2 de la Ley 26/1984)¹³⁶⁸”.

El cambio de la tendencia inicial de aplicar sistemáticamente la teoría del riesgo

¹³⁶² (AC 2001, 199).

¹³⁶³ (RJ 2001, 268756).

¹³⁶⁴ F.2 de la SAP de Islas Baleares 25-06-2001 (JUR 2001, 249565).

¹³⁶⁵ F.1 de la SAP de Jaén de 09-07-2001 (JUR\2001\268756).

¹³⁶⁶ Así, entre otros, M^a Ángeles PARRA LUCAN, “Daños causados por otros bienes y servicios”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 1733.

¹³⁶⁷ Cursiva añadida.

¹³⁶⁸ F.2 de la SAP de Islas Baleares 25-06-2001 (JUR 2001, 249565) y F.1 de la SAP de Jaén 9-07-2001 (JUR 2001, 268756).

a los supuestos de caídas, experimentado paulatinamente en la doctrina del Tribunal Supremo a partir de los mediados de los años noventa del siglo XX y, en la de Audiencias Provinciales, unos años más tarde, afectó también pronunciamientos jurisprudenciales referentes a la aplicación a los casos analizados de la Ley 26/1984. A este efecto, la más reciente jurisprudencia en la materia declara que

“No obstan a la anterior doctrina¹³⁶⁹ los arts. 25 y 26 de la Ley 26/1984 de 19 de julio (RCL 1984, 1906) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios puesto que, como indica la STS antes mencionada de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338), el riesgo de sufrir una caída no proviene de la utilización de los productos o servicios puestos en el mercado a través de una actividad propia sino a condiciones normales y previsibles de utilización, como es el tránsito por una zona al aire libre, mojada por efecto de la lluvia y con material constructivo exigido y adecuado para el usuario.^{1370,}”

2.7 Creación y control de una situación de peligro como una de las fuentes de los deberes jurídicos de actuar en casos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público.

Según lo expuesto con anterioridad, la creación o control de una situación de riesgo como indicio de la existencia de un deber jurídico de actuar fue paulatinamente reconocida, de forma más o menos consciente, también por la reciente jurisprudencia, especialmente en grado de apelación. Omisión, en este contexto, tendrá consideración de antijurídica no con la creación de una situación de peligro como tal, sino en el momento de materialización previsible del riesgo que no se evita con las medidas adecuadas¹³⁷¹.

En este sentido, la SAP de Lleida de 8 de febrero de 2001 declaró que “... el deficiente estado que presentaba el lavabo por falta de la necesaria actividad de limpieza

¹³⁶⁹ La que declara que en casos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público se prescinde de la aplicación de la teoría del riesgo en general, y de la inversión de la carga de la prueba en especial, situando la eventual responsabilidad de los propietarios de tales locales en la omisión de las medidas de seguridad, control, señalización etc.

¹³⁷⁰ Así la STS de 30-05-2007 (RJ 2007, 4338) F. 4 y la SAP de Ourense de 28-06-2007 (AC 2007, 1974) F.3.

¹³⁷¹ Com. 3 nº4 al art. 4:103 de los PETL.

genera un situación de *riesgo evidente para los clientes*, y si esta situación es conocida y consentida por el titular del establecimiento- reconoce que es normal que suceda y sin embargo no se procede a la limpieza de los lavabos con cierta asiduidad- resulta patente su negligente actuación al estar incumpliendo la obligación de mantener el local en las debidas condiciones de seguridad e higiene, omitiendo la diligencia exigible para prevenir un suceso dañoso como el que se produjo, que era perfectamente previsible y evitable si se hubieran adoptado los más elementales cuidados y prevenciones para evitar que de normal utilización de las instalaciones puedan derivarse daños para quienes a ellos acuden.¹³⁷² En otra ocasión, la Audiencia Provincial de Alicante señaló que incumbe a la empresa restauradora el deber de “mantener las dependencias de servicios de su establecimiento de restauración en estado adecuado de uso y sin generar por ello *riesgos* a sus numerosos clientes¹³⁷³”, materializándose éstos en el caso enjuiciado en el hecho de que las dependencias de tal establecimiento “se hallaban a la sazón sucios, por existir papeles por el suelo” y hallándose su pavimento “mojado y encharcado por la continuada utilización, quizás no del todo correcta desde el inicio de la celebración, por las usuarias, las comensales asistentes al banquete.¹³⁷⁴ En idéntico sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en la STS de 20 de junio de 2003 al afirmar que los dueños de la cafetería de un hospital infringieron el deber de implementar medidas de seguridad y señalización al no haber colocado un rótulo, o no haber dedicado a un empleado a advertir del *peligro creado* por el suelo húmedo y resbaladizo, después de haber sido fregado por sus empleados tras caerse un vaso a otro cliente¹³⁷⁵. Podría ser *generador de riesgo* de cuya materialización surgiría también un deber jurídico de actuar “la falta de limpieza de la pista de baile y alrededores debido a la presencia de vasos de cristal rotos¹³⁷⁶”. En el concreto caso de la SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2009, sin embargo, recurso de apelación basado en la vulneración del art. 1902 por omisión del deber de seguridad exigible al titular de la discoteca, en la que tuvo lugar el fatal accidente, pereció por la falta de suficiente actividad probatoria. Por su parte, la STS de 17 de julio de 2007 estima que“ [...] en términos de normalidad, los anfitriones de una casa asumen la posición de garantes de la seguridad de sus invitados,

¹³⁷² F.4 de la SAP de Lleida 08-02-2001 (AC 2001, 450). Obsérvese, no obstante, que la sentencia invierte la carga de la prueba con el fundamento en el principio de facilidad probatoria.

¹³⁷³ F. 3 de la SAP de Alicante de 8-04-2008 (AC\2008\1355).

¹³⁷⁴ F. 2 SAP de Alicante de 8-04-2008 (AC\2008\1355).

¹³⁷⁵ F. 1 y 2 de la STS de 20-06-2003 (RJ 2003, 4250). A este efecto, el TS consideró como insuficiente, ausencia de otra indicación del peligro que unas sillas cruzadas impidiendo el paso a las potenciales víctimas.

¹³⁷⁶ F.2 de la SAP de Vizcaya de 27-03-2009 (AC 2009, 985).

y, por tanto, les corresponde evitar que éstos corran riesgos que comprometan su integridad. Desde esta posición, no resulta discutible que la norma social de cuidado obligaba al matrimonio demandado a iluminar suficientemente el camino que iba a recorrer la actora, o retirar de este camino cualquier objeto peligroso que no pudiera detectarse. [...] El principio de confianza en la seguridad del hogar que le acoge le permite al invitado, sobre todo cuando va acompañado por un anfitrión, desplazarse con seguridad de que, con la iluminación que ésta haya dispuesto, en el trayecto no encontrará ‘trampa’ ninguna que sorpresivamente ponga en peligro su estado físico.¹³⁷⁷”, estableciendo más en adelante que “en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista.¹³⁷⁸” En cambio, no supone un riesgo para los clientes, de cuya existencia dimana la responsabilidad de la parte demandada fundada en el deber de garantizar la seguridad de sus instalaciones, la existencia de una barra metálica para colocar los carros de compra en un supermercado¹³⁷⁹.

Finalmente, generó un riesgo que excede “de lo que podríamos calificar como riesgo general de la vida¹³⁸⁰” la existencia de unos taburetes o banquetas, mal colocados al lado derecho de la escalera que con posterioridad cayeron por encima de la víctima motivando su caída; riesgo cuya materialización da lugar a omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución¹³⁸¹. Esta última sentencia evidencia una frecuente práctica entre los tribunales de la última década que, por llamar tal fenómeno de alguna manera, hace uso de un “atajo lógico”¹³⁸². Según aquella si determinado suceso se califica dentro de los riesgos generales de la vida, los titulares de los locales abiertos al público sobre cuyos suelos resbalan víctimas no pueden ser declarados responsables por prosperar uno de los criterios de la exclusión de la imputación objetiva. Conclusión que en sí no es errónea, si no fuera por la consiguiente constatación de que, tratarse de caso contrario, se da el riesgo cuya materialización

¹³⁷⁷ F. 2 de la STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895).

¹³⁷⁸ F.3 de la STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895).

¹³⁷⁹ F.2 de la SAP de Valencia 03-06-2008 (JUR 2008, 274344). La sentencia calificó la existencia de tal barra dentro de los riesgos generales de la vida, inimputables objetivamente a la parte demandada.

¹³⁸⁰ F. 2 de la SAP de Girona de 2-04-2009 (JUR 2009, 394946).

¹³⁸¹ F. 2 de la SAP de Girona de 2-04-2009 (JUR 2009, 394946).

¹³⁸² En este mismo sentido se han pronunciado también la STS de 25-01-2007 (RJ 2007, 1699) en su F. 2, STS de 17-07-2007 (RJ 2007, 4895) F. 3 pt. 6, STS de 30-01-2008 (RJ 2008, 174645) F. 3 *in fine*.

genera un deber jurídico de actuar que pesa sobre el demandado. Dicha argumentación padece de varios errores. Primero, crea abstracción de que entre ambos criterios existe un *continuum*, en el sentido de que lo que excede los riesgos generales de la vida constituye riesgo cuya creación o control da lugar a un deber afirmativo jurídicamente relevante, confundiéndose de esta manera criterios totalmente distintos: el de la imputación objetiva (riesgos generales de la vida) con el de la imputación subjetiva (control de una situación de peligro que da lugar a un deber de actuar)¹³⁸³. Segundo, el examen de si determinada conducta es o no objetivamente imputable al demandado constituye, en caso de omisión, un escalón posterior a la prueba de la imputación subjetiva, es decir, un test final de si, probada la conducta negligente del demandado y la causalidad física entre ésta y el daño producido, aquella es o no generadora de la responsabilidad. Dicho esto, se puede afirmar que mal congenia con tal constatación la práctica que acude primero a los riesgos generales de la vida para concluir con las cuestiones en torno a la imputación subjetiva.

“El riesgo general de la vida (*allgemeines Lebensrisiko*) es el criterio del TS para negar la imputación de aquellos daños que sean derivados de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado, tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de las cosas, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, están ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente.”¹³⁸⁴

Para propiciar otro ejemplo del “atajo lógico” descrito con anterioridad, la SAP de Madrid de 16 de julio de 2008 declaró que

“[...] es claro que la existencia ocasional de un vómito en una estación de metro que además cuenta con un permanente servicio de limpieza, es algo que entra dentro de la normalidad, y por ello es previsible y evitable

¹³⁸³ En los mismos términos sobre otro criterio de la imputación objetiva, aquí la culpa de la víctima, tratado a veces por la jurisprudencia como un elemento del juicio de imputación subjetiva Jordi RIBOT IGUALADA, en “Culpa «relevante» como culpa «adicional»: la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. IV, Thompson Civitas, Madrid, 2003, pág. 2879.

¹³⁸⁴ F. 3 de la STS de 30-01-2008 (JUR 2008, 174645). Más sobre el concepto de los riesgos generales de la vida en Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, vol.II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1566-1577 y Francisco INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: Nexos de causalidad y “causas hipotéticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 163-164.

pues afecta a una concreta superficie del solado y supone en consecuencia un riesgo general de la vida inherente al comportamiento humano. Pues como sostiene el juzgador de Instancia en una estación de metro el tránsito de viajeros es constante y no se puede controlar de modo continuado las conductas de todos ellos, ni accidentes como es el vómito por uno de ellos. A lo que debe añadirse por la Sala que el accidente como hecho posible, pudo ser fácilmente evitable en la deambulación por dicho espacio, pues no se acredite que se encontrara en una zona de difícil acceso o visibilidad.”

No cabe tampoco estimar error en la apreciación de la prueba, respecto del deber de vigilancia o cuidado por la entidad demandada, pues el único testimonio al respecto, prestado por la Jefe de Sector D^a M^a B.A.G.G., según constata la Sala tras auditar la grabación, confirmó que recibido el aviso en taquilla, se le avisa a ella y cuando acude con bípode para cubrir la zona, es cuando ve como resbala la demandante, por lo cual se entiende que se adoptaron con premura las medidas de advertencias pertinentes, pues según pudo apreciar el testigo el vómito era reciente, por lo cual es evidente que se adoptaron con toda urgencia, las medidas necesarias. Sin que se acredite por la ahora apelante que el vestíbulo de la estación presentara un estado de abandono que propiciara la caída de la demandante.

En base a lo expuesto no se puede estimar la responsabilidad atribuida a Metro en la caída que haga de aplicación el artículo 1902 del Código Civil, a los efectos pretendidos, al no existir prueba alguna que justifique la existencia de un riesgo especial en el vestíbulo del que deba responder la demandada, al no merecer tal consideración la existencia de un vómito [...]¹³⁸⁵”

Pues bien, las conclusiones de la Audiencia Provincial de Madrid parecen erróneas por lo menos en un doble sentido. Primero, el material probatorio producido en el caso evidencia imposibilidad de que la limpieza del suelo encharcado por un vomito se produjese a tiempo. Es decir, el vómito era reciente y era físicamente imposible que

¹³⁸⁵ F.2 de la SAP de Madrid 16-07-2008 (JUR 2008, 376932).

la limpiadora acudiese con el bípode antes de la producción del fatal accidente. Tal constatación equivale a que no se aprecia en el caso por parte del demandado omisión alguna por faltar uno de sus elementos ontológicos básicos, siendo éste posibilidad de acción; consideración esa que bastaría para desestimar en su totalidad el recurso de apelación, sin tener que realizar otras apreciaciones adicionales. No obstante eso, la Audiencia Provincial se empeñó en un análisis exhaustivo de casi todos los presupuestos de la responsabilidad por culpa, llegando a declarar que el vómito en el vestíbulo de una estación de Metro no excede los riesgos generales de la vida por lo que no tiene consideración de riesgo (especial) cuya materialización daría lugar a un deber jurídico de actuar a cumplir por el demandado. Así nos encontramos ante un típico ejemplo del llamado “atajo lógico”, con tanta frecuencia utilizado por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y algunas de las Audiencias Provinciales. Independientemente de la mencionada imposibilidad de cumplir con el eventual deber afirmativo, más correcto parece admitir que el suelo resbaladizo a causa de un vómito crease un riesgo evidente de producción del daño que amenazó la seguridad y, por tanto, la integridad física de los que deambulan por el vestíbulo; riesgo en cuyo control efectivo se encontraba la empresa Metro de Madrid, dando lugar, por consiguiente, a un deber jurídico de implementar adecuadas medidas de seguridad y señalización que recaía sobre el demandado. El examen de si el daño acaecido es o no es imputable objetivamente a la compañía Metro, y más concretamente si puede o no catalogarse dentro de los riesgos generales de la vida, en caso de omisiones pertenece a una valoración posterior que como objetivo tiene acotar los resultados lesivos imputables a eventual causante del daño.

Y finalmente, existen también sentencias que o bien pecan de una confusa redacción que hace que no sea posible detectar con precisión si ésta se refiere al riesgo como fuente de un deber específico de actuar, o al riesgo de grado mayor cuya existencia da lugar a la inversión de la carga de la prueba de la culpa, o bien confunden ambos criterios. Así por ejemplo, la SAP de Madrid de 7 de abril de 2005 entendió que

“[...] aún estimando acreditada la existencia de agua de lluvia en el suelo del rellano plano entre dos tramos de escalones, no puede deducirse, sin más, una responsabilidad de la entidad que explota la estación por una caída producida por un resbalón o traspie, ya que no constan indicios de

suelo en mal estado o carente de las medidas de seguridad exigibles en el lugar en que se produce u otras hipotéticas circunstancias que hagan suponer un riesgo especial para quien accede a dicha estación, pues no se puede olvidar que una caída o un resbalón es un acontecimiento que puede ser causal o fortuito¹³⁸⁶.”

Existen también decisiones, típicas de la segunda etapa jurisprudencial aquí comentada que, en vez de situar la creación de un riesgo en el desarrollo de una actividad no peligrosa en si en la generación de un deber afirmativo de actuar, y a pesar de la remisión que se hace a las medidas de seguridad exigibles en el lugar en el que se produce el fatal accidente, siguen estimando su magnitud con tal de desestimar la aplicación al caso de la teoría del riesgo¹³⁸⁷; caso de la SAP de Barcelona de 29 de mayo de 2001 en la que el tribunal declaró que

“una escalera es, ciertamente, una instalación arquitectónica que comporta un determinado riesgo: el de caer por ella. Eso, como hemos dicho, no es algo insólito y ocurre en las casas o fuera de ellas. Pero no se trata de una instalación que produzca un peligro o riesgo especial o anormal, en relación con lo que sucede ordinariamente. El terreno no es completamente plano y en las edificaciones no se construyen sólo plantas bajas. Para salvar los desniveles en el terreno o entre las plantas de los edificios se instalan ordinariamente escaleras y eso forma parte de la más absoluta normalidad. No hay ningún riesgo especial en ello, más que el que es consecuencia de la propia existencia de los desniveles: cualquiera puede caerse. Por eso se instalan pasamanos y, en los lugares públicos, se ponen bandas rugosas o se construyen las escaleras con materiales que eviten resbalones. Una escalera sita en lugar público que carezca de estos elementos sí comporta un peligro especial, superior al que comporta una escalera normal y corriente. Por eso, si la escalera adolece de falta de esos elementos, nacerá la responsabilidad de su dueño, porque habrá creado una

¹³⁸⁶ F. 4 de la SAP de Madrid de 7-04-2005 (JUR\2005\106656).

¹³⁸⁷ Véase el F. 4 de la SAP de Madrid de 7-04-2005 (JUR 2005, 106656). De forma parecida, SSAP de Barcelona de 15-10-2009, de Jaén de 9 de julio de 2001 (JUR 2001, 268756) y de Madrid de 07-04- 2005 (JUR 2005, 106656).

situación de peligro potencial superior al normal o habitual que representa una escalera; supuesto en el que, además de la creación de un riesgo especial, el propietario habrá incurrido en una omisión constitutiva de negligencia^{1388.}»

Dicho esto, si la existencia de un deber jurídico de actuar depende de la creación y control de una situación de peligro, la extensión precisa de tal deber dependerá siempre de las circunstancias concretas del caso, y en particular, de la extensión del riesgo creado¹³⁸⁹. Como se señaló en su tiempo en la doctrina española, entre los elementos fundamentales en la imputación por omisión se encuentra la exigibilidad, entendiendo por tal la *conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar las situaciones de riesgo* en el marco de las relaciones sociales o de la actividad económica¹³⁹⁰. Constituye, pues, un precepto común tanto para acción como para la omisión, la llamada “regla del peligro (*Gefahrensatz*)” de acuerdo con la que el estándar de diligencia se incrementa con el peligro de que se trate¹³⁹¹. Así las cosas, el peligro en el contexto del riesgo cuya creación origina un deber jurídico de actuar dirigido a neutralizarlo, no es necesariamente un peligro cualificado, que da lugar a la “inversión de la carga de la prueba”, ni mucho menos un peligro anormal que podría justificar la aplicación de la responsabilidad objetiva¹³⁹².

En Finlandia, por ejemplo, el tema de mayor estándar de diligencia exigible de parte del demandado en los supuestos de omisión de un deber jurídicamente relevante ha sido debatido en ocasión de los casos de mantenimiento de autopistas y otros terrenos abiertos durante la época de invierno. El punto neurálgico en la discusión versaba sobre qué tipo de medidas de prevención habría que implementar para evitar resbaladuras sobre los suelos en cuestión. A este efecto, se declaró exigible en tal materia un estándar más alto que el normal, siendo la negligencia evidente tanto en caso del incumplimiento de las medidas de mantenimiento como en el de cumplimiento inadecuado. Incluso así, se subrayó que, en lo que se refiere al nivel de expectativas relativas a tal mantenimiento, habrán veces que hasta medidas más rigurosas no

¹³⁸⁸ F. 4 de la SAP de Barcelona de 29-05-2001 (AC\2001\1363).

¹³⁸⁹ Ulrich MAGNUS, “Causation by Omission”, *op. cit.*, pág. 104.

¹³⁹⁰ Fernando REGLERO CAMPOS, “El nexa causal. las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la...”, *op. cit.*, pág. 328.

¹³⁹¹ PETL, com. al art. 4:102, pág. 117.

¹³⁹² p. 3, nm. 3 del art. 4:103 del PETL.

eliminarían por completo el riesgo de producción del daño si la nevada continuase¹³⁹³. En cambio, en los Estados Unidos en casos de agresiones de los terceros, sufridas por los que se encuentran en los establecimientos abiertos al público, incluso si los riesgos son totalmente previsibles, el titular del establecimiento o el empresario no es necesariamente responsable por los crímenes contra los invitados o terceros, puesto que el único deber que le incumbe es el del cuidado razonable y no el de garantizar la seguridad de éstos. Si el riesgo de agresión ejercitada sobre los clientes es mínimo o pequeño (y no está generado por el mismo negocio) una adecuada iluminación puede satisfacer dicho deber. En otras ocasiones tal deber se puede traducir en la adecuada señalización de peligro, o en la eliminación de los sitios inseguros en los que agresiones pueden ser más frecuentes, o incluso en que se empleen los guardas de seguridad. Hasta cierto punto, la cuestión de si un deber jurídico de actuar ha sido vulnerado o no depende del fallo del jurado cuya decisión se basa en lo que una persona razonable haría en el lugar del causante del daño¹³⁹⁴. De forma parecida, en el *Common Law* británico la responsabilidad en caso de abstención por parte del demandado requiere la remisión al *Tort of Negligence* y, aparte del hecho de que la omisión pura requiere además la existencia de un deber afirmativo de actuar, la existencia del reproche culpabilístico en ambos tipos de conducta depende del estándar de un hombre razonable (*reasonable man standard*)¹³⁹⁵.

Llagado el debate a este punto, parece de nota obligatoria una breve referencia a los llamados obligaciones de seguridad (*obligation de sécurité*), desarrollados a los principios del siglo XX por el Derecho civil francés. Concepto este, que por primera vez fue introducido por la sentencia de 21 de noviembre de 1911¹³⁹⁶ como una obligación contractual accesoria al contrato de transporte, se extendió posteriormente con rapidez a otras, numerosas relaciones contractuales, entre ellas a la existente entre un comerciante y sus clientes, víctimas de accidentes sufridos en los establecimientos abiertos al público¹³⁹⁷. Adicionalmente, se registró su aplicación también en la materia de actividades deportivas y lúdicas, como parques zoológicos, pistas de patinaje, piscinas, clubs hípicas, estaciones de esquí etc., así como en aquellas que implican cierta labor de

¹³⁹³ Jaana NORIO- TIMONEN/ Mika HEMMO/ Lena SISULA-TULOKAS, “Finland 2/18”, *Digest of European Tort Law. Vol.I, Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, pp. 145-146.

¹³⁹⁴ Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 879.

¹³⁹⁵ Jeroen KORTMANN, “Liability for Nonfeasance; a comparative study”, *op. cit.*, texto después de la nota 229.

¹³⁹⁶ Vid. *Dalloz*, 1913, 1, pág. 249.

¹³⁹⁷ Geneviève VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3ª ed. L.G.D.J., Paris, 2008, pág. 429.

custodia, como pueden existir en centros de enseñanza de menores y campamentos. Inicialmente dicha obligación de seguridad se concibe como una obligación de resultado (*obligation de résultat*), traducándose, de esta manera, en una suerte de responsabilidad objetiva¹³⁹⁸. Los años ochenta ven, sin embargo, disminución de la protección otorgada a las víctimas de las lesiones sufridas en los lugares aquí mencionados, traducándose aquella en, primero, sustitución de la obligación de resultado por la obligación de medios (*obligation de moyens*) y, segundo, la generalizada percepción de que las obligaciones de seguridad en realidad no proceden del contrato como tal, sino derivan de la norma general de prudencia existente entre los particulares, cuya vulneración está sancionada por la responsabilidad extracontractual¹³⁹⁹.

Pues bien, es en el punto en el que se discute el grado de diligencia exigible, precisamente, en que en las omisiones concurren y se entrecruzan varios elementos que tanta polémica han suscitado en los últimos años. La no realización de la conducta que hubiera evitado el daño, que constituye a la vez la conducta debida, evidencia, aparte de la negligencia, también la existencia del nexo causal entre el daño y la omisión¹⁴⁰⁰. De esta manera, la conducta esperada y omitida por el demandado se compara, con tal de establecer la existencia del nexo causal entre ésta y el daño producido, con la que impidiese o pudiese impedir la realización de éste. Por ello, sólo se consideran relevantes aquellas omisiones que se producen en contra de un deber de actuar, siempre que la realización de la conducta omitida hubiese evitado o disminuido sustancialmente el daño¹⁴⁰¹. La aplicación de esta técnica equivale, en la práctica, a que se eleve el grado de diligencia exigible hasta niveles que presuponen, por parte del demandado, la existencia de una obligación de resultado, traducándose, en consiguiente, en la conclusión según la cual si el daño se ha producido es evidente que el deber jurídico esperado del causante del daño no puede tenerse por cumplido¹⁴⁰². Dicho de otra manera, en caso de omisiones la regla del peligro, según la cual quien mantiene una situación de peligro debe adoptar todas las medidas apropiadas para evitar que tal

¹³⁹⁸ Marta CARBALLO FIDALGO, “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y de 31 de marzo de 2003), *op. cit.*, pág. 266.

¹³⁹⁹ Geneviève VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op.cit.*, pág. 429.

¹⁴⁰⁰ M^a Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pág. 139.

¹⁴⁰¹ Miquel MARTÍN CASALS/Jospe SOLÉ FELIU, “Comentario al art. 1902”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2046.

¹⁴⁰² M^a Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pág. 135.

peligro se materialice, puede evidenciar, más que en el de la responsabilidad por acción, una excesiva dogmatización en la que dicha regla no sólo se utiliza para establecer y valorar la culpa de una persona que podía y debería haber sido consciente de los riesgos en cuyo control se encontraba, sino que también se puede convertir en un elemento de causalidad y en principio general de antijuridicidad. Dicha dogmatización ha sido criticada por algunos como la que incide en la correcta valoración de la culpa, distorsionando de forma peligrosa la dialéctica relación entre la responsabilidad por culpa y la objetiva¹⁴⁰³.

Ahora bien, en lo que se refiere a omisiones en general, según observa la doctrina extranjera, los tribunales franceses y alemanes se han mostrado cautelosos en lo que respecta la exigencia de un grado de diligencia demasiado elevado en tales supuestos¹⁴⁰⁴. Siendo así, la acción esperada y omitida revestirá carácter de una obligación de medio, y no de resultado, traduciéndose en consiguiente en que tal acción no es apta para evitar el resultado acaecido por completo, pudiendo solamente aminorar el daño producido. Volviendo otra vez a casos de caídas, la jurisprudencia española en materia objeto de este estudio, a pesar de hacer inicialmente un uso frecuente de la ya descrita doctrina de agotamiento de diligencia¹⁴⁰⁵, con el tercer periodo aquí comentado identificó el grado de diligencia exigible en el desarrollo de los deberes jurídicos de actuar impuestos sobre los titulares de los establecimientos abiertos al público con un cuidado normal. Tal hecho equivale a que el riesgo en cuyo control se encuentran normalmente titulares de los establecimientos abiertos al público en los supuestos de caídas no tiene carácter de riesgo calificado que daría lugar a la llamada “inversión de la carga de la prueba”. Así las cosas, se declaró que

“[...] se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el art. 1902 CC (LEG 1889, 27), el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley (S. 3-IV-2006 [2006, 2205]; reproche que, como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745), ha de referirse a un comportamiento no conforme a

¹⁴⁰³ PETL, com. al art. 4:102, pág. 117.

¹⁴⁰⁴ Jeroen KORTMANN, *op. cit.*, después de la n. 380.

¹⁴⁰⁵ Vide la sección sobre primera etapa.

los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben, o como *una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.*^{1406,}

Ahora bien, se distingue entre dos grupos distintos de los deberes jurídicos de actuar:

1. Los que coadyuvan a la potencial víctima cuidarse a sí misma/o, y
2. Los que comprenden estos deberes jurídicos de actuar cuyo propósito es eliminar la fuente del riesgo¹⁴⁰⁷.

Así las cosas, dentro del primer grupo se encuentran deberes de información y señalización que alertan de situaciones de peligro particular, que prohíben determinadas conductas o imponen uso de determinadas herramientas. Tales medidas dependen de la situación particular y pueden revestir forma, por ejemplo, de adecuada iluminación de la escalera para que se evite que la víctima resbale sobre ella. En determinadas situaciones la señalización aparte exigirá que la persona sobre la que recae un deber de actuar avise personalmente a la potencial víctima que se encuentra en el peligro. No obstante, no se exigirá advertencia alguna si el peligro es solamente aparente. Así, por ejemplo, el organizador de un parque acuático debe avisar a los usuarios solamente de riesgos excepcionales, poco comunes, a los que aquellos posiblemente no puedan reconocer¹⁴⁰⁸.

Dentro del segundo grupo, en cambio, se hallan, por ejemplo, el deber de instalar una barandilla en la escalera. En caso de un vertedero de basura sito en algún lugar público, una adecuada señalización, dependiendo del caso particular, puede

¹⁴⁰⁶ F. 1 de la STS de 11-09-2006 (RJ 2006, 8541). Así también con anterioridad la SAP de Vizcaya de 21-02-2001 (AC 2001, 285).

¹⁴⁰⁷ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol.II, op. cit.*, pp. 230-231

¹⁴⁰⁸ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol.II, op. cit.*, pág. 230.

constituir medida insuficiente, por lo que se exigirá además la puesta del contenedor en otro sitio. Hoyos y pavimentos habrán de estar rellenos eliminándose, de esta manera, los desniveles, mientras en suelos resbaladizos se exigirá instalación de materiales antideslizantes. Pues bien, cumplimiento con el primer grupo de deberes jurídicos evidentemente contribuye menos a la seguridad de las potenciales víctimas que la implementación de los del segundo. Siendo así, en mayoría de las veces las medidas catalogadas dentro del primer grupo se considerarán insuficientes en lo que respecta el estándar de diligencia exigible en tales casos. Habrán supuestos, sin embargo, en los que éstas serán las únicas que razonablemente uno podrá exigir del demandado teniendo en cuenta las circunstancias del caso¹⁴⁰⁹.

Y finalmente, si alguien no era capaz de reconocer el riesgo, no se le puede achacar conducta ninguna¹⁴¹⁰. Si su inconsciencia, sin embargo, deriva del hecho de que intencionalmente ignora los riesgos evidentes, haciendo la vista gorda, se puede afirmar que incumple con las medidas necesarias de forma negligente¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol.II, op. cit.*, pp. 230-231.

¹⁴¹⁰ Véase el texto que acompaña las nn.

¹⁴¹¹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts. Vol.II, op. cit.*, pág. 230, n. 176.

CAPÍTULO IV. SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

I. SUPUESTOS ESPECIALES DEL CÓDIGO CIVIL.

1. Art. 1905. Responsabilidad por posesión de animales.

1.1 Ámbito de aplicación.

1.1.1 Condición del animal.

En el actual Derecho español se otorga a los animales el estatus de un bien mueble sin personalidad jurídica, reconociéndose su doble papel como objeto de apropiación que forma parte del patrimonio del hombre y como productor de daños de diferente naturaleza. A este efecto, parece novedosa la Ley Catalana 22/2003, de 4 de julio de Protección de Animales que dota al animal no solamente de sensibilidad física sino también de psíquica, concediéndole sus propios derechos y prohibiendo el sacrificio de los perros y gatos que han sufrido abandonos por falta de responsabilidad de sus propietarios¹⁴¹².

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia se han hecho eco de que el art. 1905 del CC nos habla de los perjuicios causados por animales, pero sin especificar de qué animales se trata¹⁴¹³. De ahí que el Código Civil no haga distinción alguna ni en función del empleo que se dé al animal, ni por razón de la clase del animal de que se trate¹⁴¹⁴. Por tanto, se considera irrelevante si la causa por la que determinada persona entró en la posesión de un animal tiene razón en la necesidad, o bien simplemente en el recreo o comodidad. De forma parecida, la doctrina mayoritaria entiende que la responsabilidad

¹⁴¹² Áurera RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 18-19.

¹⁴¹³ Véase la STS de 04-04-2000 citada por Rosa M. MÉNDEZ/ Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 11.

¹⁴¹⁴ Así en la jurisprudencia, por ejemplo, la SAP de Guipúzcoa, de 13-05-2005 (JUR 2005, 192314).

del art. 1905 surge independientemente de la tradicional división de los animales en fieros o salvajes, amansados o domesticados, y domésticos o mansos. En lo que a esta última se refiere, como factor determinante a la hora de distinguir unos de los otros se señalan no solamente las características particulares del animal en concreto, sino también las cualidades reconocidas como típicas para la especie a la que pertenece el animal en cuestión¹⁴¹⁵. Así las cosas, mientras determinadas especies por lo general se califican como mansas, otras, en cambio, pueden comprender tanto animales fieros como amansados, si bien entre ellos sólo ejemplares individuales adquieren esta última condición¹⁴¹⁶.

Aunque el art. 1905, según lo mencionado, no aplica en razón de la clase de animal de que se trate, esta última es relevante en lo que respecta a la duración de la posesión del animal en cuestión. La resolución de dicha cuestión requiere una analógica aplicación al supuesto del art. 465 CC, que consagra una clásica división tripartita de los semovientes en fieros, amansados y domésticos. Así, “los animales fieros sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder”. Una rigurosa aplicación de este precepto significaría, por tanto, que la posesión de un animal salvaje en cautividad cesa, en cuanto éste recobra la libertad¹⁴¹⁷, aunque sea por negligencia del poseedor. Tal constatación, sin embargo, no está acorde con el literal tenor del art. 1905 CC en cuyo virtud el poseedor de un animal seguirá siendo responsable, si se dan condiciones del art. 1905 CC, también en casos de pérdida o extravío del semoviente. Semejante solución se consideró injusta. De ahí, a efectos del art. 1905 CC se excluyó la aplicación del art. 465 CC, pasando a subsistir la relación posesoria, y lo que sigue la responsabilidad del poseedor, también en caso de que el animal salvaje quede fuera de su control¹⁴¹⁸.

En lo que respecta a los animales amansados, se requiere que subsista en ellos, en términos de posesión, el animus revertendi, es decir, que a

¹⁴¹⁵ Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 722.

¹⁴¹⁶ Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 566.

¹⁴¹⁷ Luis Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 596.

¹⁴¹⁸ En este sentido, José FERRANDIS VILELLA., en las anotaciones a *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2, v.1, Ludwig ENNECCEREUS/Heinrich LEHMANN (ed.), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966, pág. 1186.

pesar de que el semoviente se pierda o extravíe conserva la costumbre de volver a casa de quien lo cuida o críe. Por tanto, poder sobre esta clase de animales no ha de ser necesariamente inmediato y actual. La paralela aplicación del art. 612,3º CC se traduce en que la posesión del primer poseedor del mismo animal se pierde una vez éste esté ocupado por otro sujeto durante por lo menos veinte días.

Tratándose de abejas, su condición de animales domesticados se asemeja a la de los animales domésticos mientras aquellas conservan la costumbre de volver a sus colmenas. Ahora, si recuperan su natural libertad nadie será responsable de los daños que causaran. Su primer propietario será responsable hasta el momento en el que las abejas no puedan considerarse adquiridas por ocupación por el propietario de un fundo ajeno, es decir, hasta que se pierdan y el propietario de enjambre no se preocupa de perseguirlo o deja de hacerlo durante los dos días consecutivos.

En lo que se refiere a palomas, conejos y peces, excepto lo situación en la que hubieran sido extraídos por medio de algún artificio o fraude, se consideran de propiedad del sujeto al cuyo criadero se trasladen¹⁴¹⁹.

Puede afirmarse que este posicionamiento constituye la postura mayoritaria en la doctrina española. El rigor científico, sin embargo, nos obliga por lo menos a mencionar en este punto una corriente minoritaria que, no obstante lo expuesto con anterioridad, considera que la distinción en razón de la clase del animal de que se trate es relevante a la hora de aplicación del art. 1905, a pesar de que dicho artículo no la reconoce. A este efecto se ha señalado la importancia de la diferencia que media entre los animales domésticos y dañinos, argumentando que, mientras en caso de los primeros, la responsabilidad debería basarse en una presunción *iuris tantum* de culpa *in vigilando* por parte del poseedor, la responsabilidad por los daños causados por animales dañinos, siendo éstas bestias peligrosas cuya tenencia genera determinada magnitud de riesgo o peligro, debería ser estricta u objetiva¹⁴²⁰ en virtud de la máxima “responde quien

¹⁴¹⁹ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 258-260.

¹⁴²⁰ Así Jaime SANTOS BRIZ en *Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed.,

expone a la comunidad al riesgo inherente a la actividad que lleva acabo”¹⁴²¹. Así también lo entienden algunas de las Sentencias de las Audiencias Provinciales, aunque la corriente mayoritaria sigue fiel al primer de los posicionamientos.

A falta de una jurisprudencia unánime, constituye también un caso controvertido el de los animales procedentes de cotos de caza. Así las cosas, según la SAP de Toledo de 11 de julio de 1996¹⁴²² a la responsabilidad por los daños causados por los animales procedentes de un coto de caza se aplicará el art. 1905 CC, complementado con lo previsto en la Ley de Caza de 4 de junio de 1970 y en el Reglamento que la desarrolla, de 25 de 1971, mientras de acuerdo con la SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 1997¹⁴²³ los mismos supuestos están sujetos al art. 1906 CC.

En este sentido, de acuerdo con la SAP de Toledo de 11 de julio de 1996¹⁴²⁴

“carece de consistencia la reducción del ámbito de aplicación del art. 1905 CC a los animales domésticos, con exclusión de las denominadas *ferae bestiae*, pues semejante distinción no sólo es ajena a la literalidad del Código sino que, además, se encuentra rotundamente desmentida por una copiosa jurisprudencia, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo que, en los casos de daños ocasionados por animales procedentes de cotos de caza, aplica el art. 1905 CC y la legislación sobre caza para condenar por daños causados por animales que en modo alguno merecen la consideración de domésticos (por ejemplo, conejos, jabalíes, corzos, etc.), lo que hace decaer por su base el infundado intento de restringir el ámbito de aplicación del mencionado precepto del Código a los animales domésticos o domesticados.”

Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 960-961 siguiendo el Derecho y la doctrina alemana.

¹⁴²¹ José FERRANDIS VILELLA, en *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, por Ludwig ENNECCERUS/ Heinrich LEHMANN, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1966, pág. 1178. Véase con más detención la sección referente al régimen de la responsabilidad en caso de la responsabilidad dimanante del art. 1905 CC.

¹⁴²² F. 3 (AC 1996, 1516).

¹⁴²³ Citada por Rosa M. MÉNDEZ/A. Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 13.

¹⁴²⁴ (AC 1996, 1516).

En cambio, según el F. 3 de la SAP de Toledo de 24 de julio de 1996¹⁴²⁵ en la que el Tribunal declaró haber lugar al recurso de apelación revocando la sentencia de la Primera Instancia que había estimado la demanda del actor; en un caso de responsabilidad del titular del coto privado y de la Administración por los daños ocasionados a un vehículo por un jabalí que irrumpió en la calzada.

“resulta un tanto forzado incardinar en el supuesto de hecho de la norma [art. 1905 CC] los daños producidos por animales silvestres como lo es un jabalí, ya que la responsabilidad que proclama tal precepto “es inherente a la utilización del animal” “y viene anudada a la posesión del semoviente” (STS de 28 de enero de 1986), y difícilmente puede hablarse de posesión de un animal salvaje en libertad cuando por esta misma razón no se halla bajo la acción de la voluntad de persona alguna ni, en principio, nadie “se sirve de él”, salvo del interés general en la preservación de la fauna como corolario del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE)”.

Dicho esto, no es la condición del animal la que infiere en la aplicación del art. 1905 o 1906, abarcando el último supuesto los daños causados por los animales vinculados con el ejercicio de caza, sino el hecho de que el animal agente del daño sea o no poseído por el hombre. Visto el problema de otra manera, puesto que el art. 1905 no hace distinción alguna entre el animal de que se trate y el uso que se le dé, lo determinante a la hora de aplicarlo es el hecho de que el hombre se sirva de tal animal¹⁴²⁶.

A este efecto, al contrario de lo sucede en el Derecho español, la *Restatement of the Law Third* norteamericana distingue entre animales salvajes y los demás. Así las cosas, la responsabilidad objetiva aplica solamente a casos de la intrusión de ganado y otros animales en la tierra del otro (§ 21), así como a daños causados por animales salvajes (§22) y anormalmente peligrosos (§23), sujetándose los demás supuestos al *tort of negligence*.

¹⁴²⁵ Ar. Civ. 1529, pp. 1110-1114.

¹⁴²⁶ José María PÉREZ MONGUIÓ/ M^a Paz SANCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág.18.

En lo que a la § 21 se refiere, ésta establece que “... el dueño o poseedor del ganado u otros animales, excepto perros y gatos, que entran en la tierra del otro está sujeto a la responsabilidad objetiva por daño físico¹⁴²⁷ causado por dicha intromisión.” Por tanto, el *tort* requiere que el animal se meta en la propiedad de otro, excluyéndose de su aplicación accidentes en autopistas por irrupción de animales en la calzada. En este sentido, en la extensa definición de animales de la §21 se incluyen aves, pájaros, reptiles y mamíferos, aunque la vasta mayoría de los casos abarca supuestos de la intromisión de reses y caballos. De acuerdo con el tenor de la §21, quedan excluidos de su ámbito de aplicación perros y gatos¹⁴²⁸.

En cambio, a propósito de la §22 bajo el término animal se entiende no solamente los mamíferos, sino también pájaros, peces, reptiles e insectos. Un animal es salvaje si vive en el estado libre, sin ser domesticado. Ahora bien, se considera domesticación un proceso en el que el ser humano modifica especies de animales, criando y manteniéndolos en, o cerca de sus hábitats. Aparte de vivir en el estado libre, un animal salvaje, por lo general, ha de ser además fiero o peligroso, siendo la satisfacción de ambos requisitos indispensable. De ahí que de determinadas categorías de bestias se exija que, primero, no sean domesticadas y, segundo, si no están retenidas, que causen daño con facilidad. La estimación de la primera condición depende del país en el que habita el animal. Así, se señala, un elefante puede tener la consideración de salvaje en los Estados Unidos, y no ser tratado como tal en Myanmar, donde su uso con fines domésticos es muy frecuente. Asimismo, existen especies de animales que, aunque mantenidas fuera de libertad, no son aptas de convertirse en amansadas, como es el caso de tigres poseídos por los zoos. Por el contrario, existen especies de semovientes, que aunque en el estado de libertad, no se consideran salvajes en cuanto no crean ningún riesgo sustancial de causar daños. Y finalmente, la §22 se centra más en la categoría del semoviente en cuestión que en un animal en particular, equivaliendo normalmente la primera a una especie. No obstante, habrá veces en las que tal definición requerirá de más especificación, permitiendo distinción entre diferentes subespecies de animales. La §22 no exige que el demandado tenga conocimiento de la condición peligrosa de la bestia¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷ Sobre el alcance del daño físico véase la §4, de la *Restatement of the Law Third*, de THE AMERICAN LAW INSTITUTE, St. Paul, Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pp.55-67.

¹⁴²⁸ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Liability for Physical and Emotional Harm*, “§21”, vol. I, St. Paul Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pp. 274-275.

¹⁴²⁹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Liability for Physical and Emotional*

Y finalmente, de acuerdo con la §23, el dueño o poseedor de un animal que sabe o tiene razón para saber que su animal tiende a ser peligroso de forma anormal para la categoría a la que pertenece, está sujeto a la responsabilidad objetiva por los daños físicos¹⁴³⁰ causados por este animal si dichas lesiones dimanaran de su tendencia a ser peligroso. Según los *Restatements*, es un dato generalmente sabido que los animales en sí no son lo suficientemente peligrosos como para atraer la responsabilidad objetiva. Sin embargo, existen algunas especies de semovientes que demuestran mayor peligrosidad comparada con las demás. Así, por ejemplo, el ganado, dejando aparte el supuesto de su intromisión en la propiedad de otro, no presenta peligrosidad igual a la que manifiestan los toros. De forma parecida, algunas de las razas de perros son más peligrosas que otras. Un caso ejemplar de los últimos constituyen los Pitbulls. En ambos casos, de toros y de los Pitbulls, tanto la probabilidad de que causen daños es alta, como la severidad de daños producidos tiende a ser sustancial. Se ha de admitir, sin embargo, en lo que a los toros se refiere, que el hecho de que en las comunidades rurales la posesión de estos animales es bastante frecuente convierte la imposición de la responsabilidad objetiva a los supuestos de daños provocados por dichos semovientes en menos justificable. El precepto de la §23 no requiere que el animal sea vicioso o agresivo. Es suficiente que sea anormalmente peligroso. Ahora, el hecho de que un animal tiende a ser juguetón, que ladra o refriega no es suficiente para declarar su anormal peligrosidad. En cambio, un perro que suele saltar a la gente de modo que les hace caer y lesionarse puede considerarse anormalmente peligroso. Entre otras circunstancias que, en caso de perros, hablan a favor de su condición de anormalmente peligrosos se sitúa también “la primera mordedura”. Esta última, sin embargo, no sin controversias. Mientras, por lo general, el hecho de que un perro muerda por primera vez justifica la imposición de la responsabilidad objetiva, pueden darse situaciones que mostrarán tanto una insuficiencia como extensiva delimitación de tal supuesto. Así las cosas, el requisito de la primera mordedura puede parecer excesivo en situaciones en las que determinadas circunstancias, sin llegar a ser primera mordedura, constituyen un fuerte y suficiente argumento a favor de la imposición de la responsabilidad objetiva. Éste podría ser el caso de un perro que, sin provocación, sacude a una persona con tal de morderla sin llegar a hacerlo porque ésta se aparta a tiempo. A la inversa, exigir primera mordedura

Harm, “§22”, vol. I, St. Paul Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pp. 294-295.

¹⁴³⁰ Sobre el alcance del daño físico véase la §4, de la *Restatement of the Law Third*, de THE AMERICAN LAW INSTITUTE, St. Paul, Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pp.55.

para otorgar a un perro la condición de anormalmente peligroso puede resultar engañoso en dos casos por lo menos. Así, el dueño o poseedor puede ser inconsciente del episodio porque, por ejemplo, el incidente se produjo fuera del alcance de su vista y nadie le informó de tal suceso. Y, segundo, a pesar de que el dueño o poseedor sabe que la bestia mordió con anterioridad, dicho incidente podría haber sido provocado¹⁴³¹ por la víctima, hecho que impedirá que éste fuese considerado como indicador de la anormal peligrosidad del perro¹⁴³². En España la condición de anormalmente peligroso no implica que la responsabilidad por daños causados por el animal de estas características esté sujeto a otro diferente que el dimanante del art. 1905 CC régimen de la responsabilidad. Sin embargo, la tenencia de dichos animales está condicionada adicionalmente al cumplimiento de varios requisitos de carácter administrativo, introducidos por la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre Régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos¹⁴³³.

Ahora bien, entre todos los casos de la jurisprudencia española aquí analizados el primer lugar lo ocupan las caídas de jinetes de caballos por daños producidos durante equitación¹⁴³⁴. Las demandas fueron también impuestas en supuestos de mordeduras o ataques de perros¹⁴³⁵, de coces o golpes de caballos¹⁴³⁶ y yeguas¹⁴³⁷, así como en casos de daños provocados por tigre de bengala¹⁴³⁸. De la misma forma, no son infrecuentes accidentes provocados por la irrupción en la calzada de diferentes tipos de

¹⁴³¹ Sobre la provocación como el criterio que excluye la aplicación de la responsabilidad objetiva de la § 23 véase com. h) de la §23 de la *Restatement of the Law Third, op. cit.*, pp. 307-308.

¹⁴³² THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third*, St Paul Mn, §23, vol. I, American Law Institute Publishers, 2010, pp. 303-325.

¹⁴³³ BOE núm. 307 de 24-12-1999, pp.45306- 45310 disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/24/pdfs/A45306-45310.pdf> (fc: 20.04.2012) ,desarrollado reglamentariamente por el RD 287/2002, de 22 de marzo, BOE núm. 74 de 27-03-2002 pp. 12290- 12292, disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/03/27/pdfs/A12290-12292.pdf> (fc: 20.04.2012). A este efecto, véase también el apartado sobre tenencia de los animales potencialmente peligrosos.

¹⁴³⁴ SSTs de 24.11.2004 (RJ 2004, 7248), 16.10.1998 (RJ 1998, 8070), así como las SSAP de Segovia de 29.11.2000 (JUR 2001, 32727) de 18.04.1994 (AC 1994, 579), SSAP SAP de Santa Cruz de Tenerife de 23.10.2010 (JUR 2010, 79006), de Madrid 29.04.2002 (AC 2003, 126), SAP de Murcia de 23.02.2005 (JUR 2005, 76527), de Lleida de 09.06.1999 (AC 1999, 1078), de León de 21.09.2005 (JUR 2005, 223847), de Huelva de 28.10.2005 (JUR 2005, 58138), de Granada de 02.03.2005 (JUR 2005, 135000), de Girona de 18.07.2002 (AC 2002, 1425), de Cantabria de 19.03.2004 (JUR 2004, 121177), de Cantabria de 08.03.2001 (JUR 2001, 185119), de Cantabria de 11.02.1999 (AC 1999, 3324), de Asturias de 26.03.2001 (AC 2001, 641), de Albacete de 08.07.2008 (JUR 2008, 354304).

¹⁴³⁵ STS de 12.04.2000 (RJ 2000, 2972), STS de 10.07.1995 (RJ 1995, 5556), SAP de Teruel de 04.02.1992 (AC 1992, 219), SAP de Álava de 28.12.1994 (AC 1994, 2268), SAP de Toledo de 21.09.1992 (AC 1992, 1173).

¹⁴³⁶ STS de 18.07.1991 (RJ 1991, 5398).

¹⁴³⁷ SAP de Badajoz de 05.02.1999 (AC 1999\3175).

¹⁴³⁸ STS de 20.12.2007 (RJ 2007, 9054) y de 20.12.2007 (RJ 2007, 9054).

semovientes¹⁴³⁹, como podrían ser, por ejemplo, jabalíes¹⁴⁴⁰, ciervos¹⁴⁴¹, vacas¹⁴⁴², caballos¹⁴⁴³ o, sin especificar el tipo de bestia de que se trate, simplemente de animales¹⁴⁴⁴. En un caso particular incluso, el daño fue provocado por un rebaño de ovejas sin pastor que había descarrilado un tren¹⁴⁴⁵.

1.1.2 Comportamiento del animal.

Se ha señalado también en la doctrina que para que prospere el supuesto del art. 1905 CC es imprescindible que sea el comportamiento del animal la causa del daño¹⁴⁴⁶. En consecuencia, la bestia ha de actuar por sí misma y no a impulso de otra persona¹⁴⁴⁷. Por tanto, todos estos casos en los que el animal está sujeto a instrucciones de la persona que lo guía se quedan fuera de la aplicación del art. 1905 cuando, por ejemplo, un jinete monta un caballo por la carretera en la oscuridad, con poca visibilidad en cuya consecuencia una moto choca contra ellos, o cuando un animal está utilizado por su poseedor para defenderse, siendo azuzado por este contra el agresor¹⁴⁴⁸. De forma parecida, quedan fuera del alcance del art.1905 situaciones en las que el animal está bajo el efecto de las fuerzas físicas externas que mueven su cuerpo produciendo, por ejemplo, su desviación lateral o su caída y causando por ello daños. El poseedor del animal responderá, sin embargo, cuando el semoviente causa daños porque se encabrita o desboca por el influjo externo (el pito de la locomotora o el flamear de la ropa tendida) dado que precisamente en estos supuestos se determina el peligro específico que presentan los animales en general¹⁴⁴⁹, y tal actuar constituye una manifestación de su naturaleza inconsciente. La responsabilidad del poseedor tampoco prosperará cuando

¹⁴³⁹ SAP de Sevilla de 04.07.1995 (AC 1995, 1324).

¹⁴⁴⁰ SAP de Lugo de 25.02.98 (AC 1998\3220).

¹⁴⁴¹ SAP de Toledo de 11.07.1996 (AC 1996, 1516).

¹⁴⁴² STS de 28.01.1986 (RJ 1986, 336).

¹⁴⁴³ STS de 21.11.1998 (RJ 1998, 8751), STS de 21.11.1998 (RJ 1998, 8751), STS de 21.11.1998 (RJ 1998, 8751), SAP de Segovia de 28.02.2003 (AC 2003, 337), SAP de Guipúzcoa de 13.05.2005 (JUR 2005, 192314)

¹⁴⁴⁴ (AC 1993, 2307). La sentencia emplea el término ganado.

¹⁴⁴⁵ STS de 10.10.2002 (RJ 2002, 9978).

¹⁴⁴⁶ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 961.

¹⁴⁴⁷ En palabras de Ricardo DE ÁNGEL DE YAGÜEZ: “el animal del art. 1905 no es el que ataca incitado por su dueño, sino el que lo hace en el marco de su natural libertad”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 546.

¹⁴⁴⁸ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1905”, op. cit., pág. 1484.

¹⁴⁴⁹ Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER/ José CASTÁN TOBEÑAS/ Román M^a ROCA SASTRE/ José PUIG BRUTAU/ José FERRANDIS VILELLA, en Ludvig ENNCCERUS/ Heinrich LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II-2, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 1179.

el animal tenga consideración de objeto inanimado u obstáculo que obró mecánicamente causando el accidente de esta manera¹⁴⁵⁰.

Y finalmente, el art. 1905 es aplicable solamente a los daños causados por los animales vivos, sin que sea posible inferir la responsabilidad de tal precepto en caso de los animales muertos, como fue, por ejemplo, el caso de una vaca muerta que se extravió, penetrando una finca colindante y causando muerte de un hombre, sin que se supiera la causa de ésta. Involucrados en el accidente sospecharon que la vaca, mientras su cadáver estaba transportado por unos hombres, infectó a quien posteriormente fue la víctima de hidrofobia, en cuya consecuencia el supuesto perjudicado, siguiendo consejos técnicos, se sometió a tratamiento antirrábico que, en consiguiente, le causó una incapacidad para todo tipo de trabajos. De acuerdo con el mencionado autor, la Sentencia de 10 de febrero de 1959¹⁴⁵¹ impuso, incorrectamente, la responsabilidad del propietario de la vaca, llegándose a aplicar el art. 1905¹⁴⁵². Por lo contrario, el contagio de infecciones o enfermedades por parte de animales generará la responsabilidad del art. 1905 CC en caso de que tal contagio resulte de un “hecho animal”, es decir, de una manifestación típica de un comportamiento animal, como, por ejemplo, una mordedura de perro¹⁴⁵³¹⁴⁵⁴.

1.2 Sujeto responsable.

De acuerdo con al art. 1905 del CC “el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de perjuicios que causare, aunque se escape o extravíe...”. De ahí que de la interpretación literal del mencionado artículo se infiera claramente que la responsabilidad a la que se refiere, más que a título de propiedad, esté anudada a la

¹⁴⁵⁰ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 961-962.

¹⁴⁵¹ *JC*, 1959, núm. 75, pp. 916 y ss.

¹⁴⁵² Mariano IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 309. Así también José Luis LACRUZ BERDEJO (dir.), *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, vol.II, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 505 y Ignacio GALLEGRO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José Maria Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 40 y Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1905”, en *Comentario del Código Civil*, (ed. Andres DOMINGUEZ LUELMO), pág.2064.

¹⁴⁵³ Así la STS de 10.02.1922, *JC*, núm. 46, pág. 242 (contagio con la rabia a través de una mordedura de perro). Véase también el comentario a dicha Sentencia en Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, “Culpa y responsabilidad en la vieja jurisprudencia: la falacia de la responsabilidad objetiva”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goltisolo*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pp.294-297.

¹⁴⁵⁴ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 186.

posesión de un animal¹⁴⁵⁵. La atribución de los daños en tal supuesto no causará problemas especiales, en lo que al sujeto responsable se refiere, si el poder efectivo sobre el animal pertenece, con exclusión, a una única persona. La situación se complicará, sin embargo, en el momento en el que quien ostenta algún título sobre la bestia son varias personas, pudiendo hacerlo éstas tanto de forma simultánea, como sucesiva. Ahora bien, si los poderes sobre el semoviente son de igual naturaleza, como en casos de copropiedad o coarriendo, acaecido el daño provocado por el animal y probados los demás componentes de la responsabilidad, los titulares de tales poderes se convertirán en responsables solidarios¹⁴⁵⁶. Por el contrario, si mencionados dominios no son de igual carácter, se excluirán mutuamente¹⁴⁵⁷.

El complejo problema de a quién imputar la responsabilidad por daños con fundamento en el art. 1905 CC en caso de varios sujetos con diversos derechos sobre el semoviente exige tener en cuenta distintos factores y radica en la correcta distinción entre la posesión mediata e inmediata, por una parte, y entre derecho de posesión y servicio sobre el animal, por otra. En lo que se refiere a esta última diferenciación, la clasificación dentro de una u otra categoría se hará en función de si se trata con posesión en nombre propio (poseedor) o ajeno (servidor)¹⁴⁵⁸ y del alcance que se quiera dar a la expresión “posesión de un animal”. Pero vayamos parte por parte.

En estos supuestos en los que la Jurisprudencia responsabiliza de pago de la indemnización al propietario del animal es porque éste último, siendo el único con poderes sobre la bestia, es a la vez el poseedor del semoviente¹⁴⁵⁹. La carga de la prueba

¹⁴⁵⁵ Así en la doctrina Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 46. Luis Díez PICAZO/Antonio GULLIÓN, *Sistema de Derecho Civil. Contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 628, Encarna ROCA, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 319. Así también Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 728. En la Jurisprudencia, entre otras, STS de 10.07.1995 (RJ 1995, 5556) y 28.01.1986 (RJ 1986, 336).

¹⁴⁵⁶ Así entre otros, José Luis LACRUZ BERDEJO (ed.), *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Delitos y cuasi delitos*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 505 y Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 66.

¹⁴⁵⁷ Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 725.

¹⁴⁵⁸ Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 729.

¹⁴⁵⁹ Así también, Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág.728 así como, Thomas GUI MORI, en “Daños causados por animales, Responsabilidad civil y penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* núm. 2963, 1992, pág. 1060. A favor de la identificación del poseedor con el propietario se pronuncia Santiago CAVANILLAS MÚGICA, remitiéndose,

de la cesión de posesión de hecho efectuada a un tercero corre de parte del propietario¹⁴⁶⁰.

El Derecho estadounidense, en los tres supuestos de la responsabilidad objetiva por los daños causados por animales expuestos con anterioridad, difiere un poco en este sentido de la regulación española. A este efecto, las §§ de 21 a 23 de la *Restatement of the Law Third* imponen la responsabilidad sobre ambos, tanto el propietario como el poseedor del semoviente, en caso de la responsabilidad por los animales anormalmente peligrosos (§23) reforzado adicionalmente por el requisito en forma del llamado *scienter*. En caso de este último, además del título jurídico sobre la bestia, se exige que el dueño o poseedor del semoviente sepa que el animal es anormalmente peligroso, o conozca con precisión determinados hechos que le permiten deducir que tal semoviente tiene condición de anormalmente peligroso. Así las cosas, los tres preceptos responsabilizan ante todo al propietario. Es decir, siendo tanto el propietario como el poseedor suficientemente aptos para que en ambos casos aplique la responsabilidad objetiva, y oscilando los dos poderes de carácter diferente sobre la bestia, el dueño respondería antes que el poseedor si entre ambos sujetos media un acuerdo contractual. Asimismo, las dos partes están facultadas a regular de forma libre el reparto de la responsabilidad entre ellas.

Una vez dicho esto, los supuestos problemáticos serán, primero, aquel en el que en el dueño del animal concurre la posesión mediata sobre éste, mientras la posesión inmediata ostenta otra persona; lo que llevará a la difícil distinción entre sujeto “que se sirve de” y “el que posee” el animal, siendo esta última diferenciación no siempre vinculada, como sostienen algunos autores¹⁴⁶¹, al hecho de tratarse con una posesión en nombre propio o ajeno, sino también a la cuestión de que dentro del término posesión se

para justificar su postura, al Derecho romano, las Partidas y al carácter noxal de la acción que ofrecía a la víctima la facultad de escoger, a título de indemnización por los daños, la entrega del animal, hecho que se traducía en el necesario poder de disponer del mismo, del que carecería quien no fuera propietario. Véase Santiago CAVANILLAS MÚGICA, en “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva (obras, filtraciones, animales ...)”, *Responsabilidad civil, CDJ*, Madrid, 1993, pág. 159. En la Jurisprudencia, entre otras, las STS de 3-04-1957, J. C. núm. 110, pág. 1304, así como la STS de 15.03.1982 (RJ 1982, 1379) y la SAP de Badajoz de 5.02.1999 (AC 1999, 3175).

¹⁴⁶⁰ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 47. ROGEL VIDE admite en mencionado supuesto, con tal de facilitar la identificación del poseedor, una presunción de que el propietario es en la realidad la persona que se sirve del animal. Así Carlos ROGEL VIDE en *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid, 1977, pág. 169 y STS de 28.04.1983, (RJ 1983, 2195).

¹⁴⁶¹ Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 729.

otorgue mayor o menor trascendencia a la obtención de un beneficio del animal o a la posesión de hecho¹⁴⁶².

Así las cosas, por lo general, en aquellos casos en los que la posesión de hecho del animal ha sido cedida a un tercero, el propietario del animal no responde del art. 1905 en cuanto el poseedor mediato¹⁴⁶³. En este sentido, la STS de 26 de enero de 1972 declaró que la Ley no se refiere al propietario, “debiendo entenderse así que el mismo es responsable salvo que exista algún estado de posesión o servicio del animal, en cuyo caso cesará su responsabilidad [la del dueño] para pasar a quien de hecho sea el encargado de la custodia del animal”¹⁴⁶⁴. Dicha conclusión puede variar, no obstante, en función del alcance que se da al término posesión como tal y de la importancia que se da a los factores que lo determinan. En este sentido, la doctrina no se muestra unánime, siendo las conclusiones presentadas por cada autor muchas veces contradictorias.

Así, hay quien distingue tres criterios de atribución de la responsabilidad en caso de los daños causados por animales, siendo éstos la utilización del animal que habrá de hacerse en beneficio propio, el deber de cuidado y vigilancia o, de otra manera, custodia del animal y “señorío de hecho”, entendido este último como la facultad del gobierno o control sobre el animal y, en consecuencia, la posibilidad de adoptar las medidas para evitar la producción del evento dañoso¹⁴⁶⁵. Se ha de señalar tal vez que marcar una tajante y clara distinción entre la “utilización”, “custodia” y “señorío de hecho” será una tarea difícil, puesto que las prácticas diferencias entre los resultados de su aplicación muchas veces se verán reducidas a lo mínimo. Como veremos más adelante también, entre las diversas posturas doctrinales predomina la tendencia de emplear dichos términos de forma indistinta; hecho que confirmaría la constatación mencionada con anterioridad.

Para otros autores el factor determinante para que se pueda establecer la responsabilidad del sujeto del artículo 1905 debería ser más intenso que la mera tenencia. Por tanto, el poder que dicho sujeto ejerce sobre el animal no puede ser

¹⁴⁶² Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 52-55 y 66.

¹⁴⁶³ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 52-55 y 66.

¹⁴⁶⁴ STS de 26 de enero de 1972, citada por Rosa M. MÉNDEZ/ A. Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 15. Así también la SSAP de Toledo de 11.07.1996 (AC 1996, 1516) y de Murcia de 23.02.2005 (JUR 2005, 76527).

¹⁴⁶⁵ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 247-253.

transitorio ni fugaz¹⁴⁶⁶. En este sentido, según la jurisprudencia quedan también excluidos de la responsabilidad del art. 1905 detentadores de animales quienes ostentan este título por la imposición o ruego de quien habitualmente lo posee¹⁴⁶⁷. Así entendido, el concepto de posesión equivale en realidad a que el hipotético responsable sea únicamente el poseedor en concepto de dueño¹⁴⁶⁸. De ahí que cualquier otro tipo de tenedor se catalogase dentro de la categoría del mero *servidor de la posesión o el poseedor de la posesión ajena*.

El término o la figura del poseedor de la posesión ajena fueron supuestamente implementados en España del BGB alemán, y más precisamente de su parágrafo 855. Según un sector doctrinal, el Código Civil español ignora existencia de aquella, aunque los hay quienes argumentan que dicha figura está comprendida en el art. 431 del CC que regula el estatus jurídico de la persona que ejerce la posesión en nombre de otro. Tal persona, en este caso, sería el comentado servidor de la posesión ajena¹⁴⁶⁹. Por lo general, la doctrina española se muestra conforme con que el servidor de la posesión ajena (el criado que saca del paseo al perro, el trabajador de un empresario agrícola, el cochero que guía un coche de caballos de su patrón) no responderá de los daños que causen los animales ex art. 1905¹⁴⁷⁰. En lo que respecta al contrato de depósito la solución

¹⁴⁶⁶ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva y cuasi objetiva (obras, filtraciones, animales ...)”, *op. cit.*, pág. 159. Véase también Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 728. En la jurisprudencia así SSAP de las Palmas de Gran Canarias de 07-03-1998, de Barcelona de 14-06-1996 y, finalmente, la SAP de Córdoba de 24-11-1995 que habla de “la mera detentación pasajera y efímera si podría excluir la aplicación del precepto respecto de la demandada”, citadas por Rosa M. MÉNDEZ/ A. Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 15-16.

¹⁴⁶⁷ SSAP de las Palmas de Gran Canarias de 07-03-1998 y Barcelona de 14-06-1996, citadas por Rosa M. MÉNDEZ/ A. Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 15.

¹⁴⁶⁸ Miguel COCA PAYERAS, *Comentario del Código civil*, (dir. C. PAZ ARES/Luis Díez PICAZO/Rodrigo BERCOVITZ CANO/ Pablo SALVADOR CODERCH), “art. 432”, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1168.

¹⁴⁶⁹ Así, Meister WOLF/ Ludwig RAISER, *Derecho de Cosas*, vol.I, traducción española y anotaciones por Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER, el cuidado de José PUIG BRUTAU de la décima edición revisada por Bosch, Barcelona, 1971, pág. 46- 52. En contra Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 127-129.

¹⁴⁷⁰ Así Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil*, tomo II, vol.2, *op. cit.*, pág. 522, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 563, Luis Díez PICAZO/ Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed. Tecnos, Madrid, 2005. pág., 570. En este mismo sentido, la STS de 18.07.1991 (RJ 1991, 5398) en un supuesto de muerte de un menor por coz de un caballo y SAP de Segovia de 18.04.1994 (AC 1994, 579) en un caso de lesiones por caída de un caballo

variará en función de si el depósito tiene carácter remunerable o no, así como de si el depositario goza de la autorización para usar o utilizar el animal en beneficio propio¹⁴⁷¹.

Hay quien afirma que no siempre la posesión mediata del dueño del animal le va a liberar de la responsabilidad, ya que a pesar de que la interpretación literal del precepto del art. 1905 apunta más bien a la responsabilidad por control de la cosa, una extensión de dicha interpretación será posible dada la reciente tendencia a la asunción del riesgo por quien se beneficia de él.

Finalmente, de acuerdo con cierto sector de la doctrina¹⁴⁷² la falta de ejercicio efectivo del deber o posibilidad de vigilancia sobre el animal, es decir, la desposesión física del dueño de su bestia imposibilita la sentencia condenatoria de la responsabilidad de aquel del art. 1905 CC. De ahí que el elemento de vigilancia y de control constituya principalmente uno de los factores determinantes de la responsabilidad del dueño del animal. El propietario en posesión mediata será responsable de todos modos en cuanto el poseedor inmediato sea solamente servidor de la posesión. En este último caso, el servidor posee en nombre y beneficio de un tercero (art. 431 CC¹⁴⁷³), aquí del dueño del animal, por lo que, teniendo en cuenta que es éste quien ostenta la utilidad o beneficio del animal, daño acaecido se considerará de su responsabilidad¹⁴⁷⁴. Así las cosas, basta la explotación en propio beneficio para que surja la obligación de resarcir¹⁴⁷⁵. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos donde la existencia de una relación contractual entre ambos sujetos implica responsabilidad del dueño del animal, la Jurisprudencia que se muestra partidaria de la posición que señala, que mencionada desposesión del propietario y la consiguiente cesión de la posesión efectiva a favor de un tercero se da, por ejemplo, en “los supuestos de arriendo del animal, es decir, cuando

alquilado. Así también parecen STS de 15.03.1982 (RJ 1982, 1379), la SAP de Cantabria de 5.11.1993 (AC 1993, 2307) o la SAP de Sevilla de 04.07.1995 (AC 1995, 1324).

¹⁴⁷¹ Para más detalles véase Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 69-72.

¹⁴⁷² Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1905”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2042.

¹⁴⁷³ Rosa M. MÉNDEZ/ A. Esther VILALTA, *Responsabilidad por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 2001, pp.14-15.

¹⁴⁷⁴ De forma parecida, Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales.*, 8ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 1989, pág. 550.

¹⁴⁷⁵ Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código Civil*, “art. 1905”, Ministerio de Justicia, 2ª ed., 1993, pág. 2042.

éste se entrega por el dueño en arriendo a otro para que lo use y lo posea para su propia utilidad y beneficio obteniendo de él las utilidades y usos de los que sea susceptible, la posesión inmediata y efectiva, esto es la detentación directa y real correspondiente al arrendatario que lo disfruta, según el art. 432 CC.¹⁴⁷⁶ Puede considerarse responsable también al depositario si utiliza al animal¹⁴⁷⁷. Tendrá la consideración de responsable por daños causados por un animal el herrador u operador de quienes se dice que, en virtud del contrato firmado, “asumen el riesgo” de hacerse cargo del animal con el fin que constituye causa de aquel contrato¹⁴⁷⁸. De forma parecida, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de octubre de 1998 atribuyó la responsabilidad por unos daños al jinete de monta de caballo y no al propietario o titular de hipódromo o del centro de equitación donde se encontraba aquel que explotaba el caballo puesto que “cuando éste [el que explota el animal] lo cede a su vez, también mediante contrato, a otra persona para que lo monte, esta persona será entonces la poseedora, con los efectos previstos en el citado art. 1905 CC respecto a terceros, independientemente de la duración temporal de la posesión [...]”¹⁴⁷⁹. Por tanto, “... la práctica de la equitación a través del alquiler de caballo supone la aceptación por el jinete de los riesgos que pueden sobrevenir, siempre y cuando dicho caballo se haya entregado al efecto en condiciones que no intensifiquen el riesgo¹⁴⁸⁰”.

Según la sentencia d 24 de noviembre de 2004

“El precepto del art. 1905 del CC, que recoge el supuesto de la responsabilidad objetiva (Sentencia, entre otras, de 21 de noviembre de 1998, 12 de abril de 2000, 10 de octubre de 2002, 29 de mayo de 2003) no

¹⁴⁷⁶ SAP de Segovia de 18.04.1994 (AC 1994, 579). En la doctrina así también Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 61 y Mariano IZQUIERDO TOLSADA, en *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 307.

¹⁴⁷⁷ Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER/ José CASTÁN TOBEÑAS/ Román M^a ROCA SASTRE/ José PUIG BRUTAU/ José FERRANDIS VILELLA, en Ludvig ENCCERUS/ Heinrich LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II.2, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1996, pág.1186.

¹⁴⁷⁸ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. II, 7^a ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág.965.

¹⁴⁷⁹ STS de 16.10.1998 (RJ 1998, 8070) y la SAP de las Palmas de Gran Canaria de 7.03.1998. En la doctrina en el mismo sentido Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 63. En contra de dicho planteamiento la mencionada SAP de Barcelona de 10.05.1993.

¹⁴⁸⁰ STS de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8070). En el mismo sentido, la SAP de Huelva de 28.10.2004 (JUR 2005, 58138), de Cantabria de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003, 203261), de Cantabria de 19 de marzo de 2004 (JUR 2004, 121177), de Santa Cruz de Tenerife de 23.10.2009 (JUR 2010, 79006), de León de 21.09.2005 (JUR 2005, 223847), de Granada de 02.03.2005 (JUR 2005, 135000), de Asturias de 25.03.2001 (AC 2001, 641), de Cantabria de 11.02.1999 (AC 1999, 3324), de Alicante de 07.04.1999 (AC 1998\4494) y de Lleida de 09.06.1999 (AC 1999, 1078).

es aplicable cuando media una relación jurídica en cuya virtud el tercero se sirve del animal, como ocurre con la ocasión de la clase de equitación. Dice para un supuesto similar la Sentencia de 16 de octubre de 1998 que “estamos pura y simplemente ante un alquiler de un caballo para la práctica de la equitación, y no ante un supuesto de daño ocasionado a un tercero por un animal sin que medie relación jurídica alguna entre aquel y el propietario o el que se sirve del mismo. No se sirve de él, en el sentido de art. 1905, quien lo arrendó, sino lo hace objeto de negocio jurídico. La responsabilidad por riesgo que establece el art. 1905 no beneficia al jinete que lo alquila, pues el animal deja de estar bajo la custodia o cuidado del arrendador, sometido entonces a su posesión real y efectiva, es, en suma, el poseedor que se sirve de él. Tampoco es aplicable el art. 1902 CC que se refiere a la responsabilidad [extra¹⁴⁸¹]contractual, porque el supuesto fáctico es subsumible en la figura contractual del arrendamiento de servicios (del art. 1544 CC), por lo que aquel precepto no pudo ser infringido por no aplicación. Pero, además, “ad omnem eventum”, el motivo hace supuesto de la cuestión, que está vedado en casación (SS de 22 de febrero de 2000, 22 de mayo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 11 de marzo y 23 de septiembre de 2004, entre otras), porque parte de hechos que carecen de soporte fáctico o contradicen notoriamente los declarados probados en la instancia, como las referencias al aprendizaje a montar, cambio del caballo por otro más nervioso y peligroso, sin tan siquiera la protección de un casco protector, la falta de pericia del monitor y la previsibilidad del riesgo que se corría al seguir montando un caballo al que la accidentada no estaba acostumbrada y que la había tirado en la clase anterior, cuya versión fáctica no es verificable en casación al no plantearse en vía única posible del error en la valoración probatoria.¹⁴⁸²”

De ahí que si fueran los medios de monta, como, por ejemplo, la silla o el bocado, los que no cumplieran con los estándares exigibles¹⁴⁸³, o era la ineptitud del

¹⁴⁸¹ Añadido por la autora.

¹⁴⁸² STS de 24.11.2004 (RJ 2004, 7248).

¹⁴⁸³ En la SAP de Albacete de 08.07.2008 (JUR 2008, 354304) el Tribunal atribuyó 10% de la responsabilidad al demandado por falta de aportación de elementos de seguridad. La SAP de Girona de

caballo la causa de los daños producidos¹⁴⁸⁴, surgirá la responsabilidad contractual del arrendador por los defectos de lo alquilado¹⁴⁸⁵.

Citadas sentencias que abordan casos de la responsabilidad del art. 1905 o 1902 en supuestos de daños producidos durante la práctica de equitación incurren en un error cardinal, al que en su tiempo apuntó un sector de la doctrina en un difícil intento de delimitación de los perfiles borrosos de la asunción del riesgo. Esta última, que tanto en la doctrina española como extranjera causó graves problemas de naturaleza interpretativa, fue asociada durante mucho tiempo con la exclusión de la antijuridicidad, de la culpa como requisito de responsabilidad o con la ruptura del nexo de causalidad, o simplemente se la englobaba en otras figuras jurídicas tales como concurrencia de la culpa de la víctima¹⁴⁸⁶. La asunción del riesgo, utilizada en los supuestos analizados como un mecanismo de exoneración de la responsabilidad, constituye nada más que un típico ejemplo de la asunción del riesgo en sentido impropio. Así es que, se ha dicho, la alusión al expediente de la aceptación del riesgo que efectúan las sentencias comentadas no constituye causa de exoneración en sentido técnico que libere de la responsabilidad al demandado, sino significa más bien que es a la víctima a quien corresponde soportar los daños que derivan de riesgos por cuya producción no responde el demandado¹⁴⁸⁷. Los PETL que incluyen la asunción de riesgo entre las causas de justificación (art. 7:101).

En otro orden de cosas, el que ha sido despojado de la posesión no responderá en virtud del art. 1905 incluso cuando después recupere la posesión y en virtud de la ficción de la posesión civilísima del art. 466 se considere que ha sido el poseedor sin irrupción¹⁴⁸⁸. Por lo contrario, los dependientes del propietario, que ostentan la posesión

18.07.2002 (AC 2002, 1425) declaró inexistente la culpa del demandado por falta de acreditación de que las cinchas de sujeción de la silla no estuvieran bien atadas. En cambio, la SAP de Madrid de 29.04.2002 (AC 2003, 126) a base del art. 1902 condena al demandado por mala colocación de la silla debida a insuficiente ajuste de la cincha que éste realizó.

¹⁴⁸⁴ Véase, por ejemplo, la SAP de Cantabria de 08.03.2001 (JUR 2001, 185119) en la que no se acredita que el equino entregado fuese especialmente peligroso o nervioso. En el mismo sentido, SAP de Segovia de 29.11.2000 (JUR 2001, 32727).

¹⁴⁸⁵ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 64. En la Jurisprudencia así también las SSAP de Segovia de 18.04.1994 (AC 1994, 579) y de Girona de 1 de junio de 1994.

¹⁴⁸⁶ Josep SOLÉ FELIÚ, “Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el Derecho comparado”, en a Antonio Cabanilas Sánchez et al., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson.Civitas, 2003, pág. 3098.

¹⁴⁸⁷ Josep SOLÉ FELIÚ, “Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el Derecho comparado”, en a Antonio Cabanilas Sánchez et al., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 3100-3101.

¹⁴⁸⁸ Mariano IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, op. cit., pág. 307.

del animal, la mayoría de las veces lo hacen en forma de unos simples servidores de posesión ajena. Por tanto, será el dueño quien responderá por sus hechos del art. 1905, dado que es él quien conserva jurídicamente la posesión de hecho del animal, que está ejercida, en este caso, vía mediación de un tercero¹⁴⁸⁹. En esta misma línea, se imputará la responsabilidad por los daños causados por animales al propietario, como poseedor en beneficio propio, si a una persona se le entrega las llaves del lugar, que constituye un almacén en donde están guardados unos perros, y si a dicha persona nadie le encomendó la guarda y custodia de los mismos¹⁴⁹⁰. Igual regla aplicará en el supuesto de los pastores, mayorales etc. en cuanto que, aunque conducen a los animales, lo hacen en calidad de empleados y, por tanto, en nombre y beneficio del propietario¹⁴⁹¹. En aras del art. 1905 tampoco responderá cochero o mozo de cuadra, en cuanto que éstos utilizan los animales al servicio del otro¹⁴⁹². La *Restatement of the Law Third* norteamericana sigue la misma línea cuando establece que la responsabilidad por los daños ocasionados se imputará al propietario del semoviente en caso en el que la posesión temporal de un perro anormalmente peligroso está en manos de una niñera, sin que su conocimiento de tal condición impidiera tal imputación. La cuestión de si una persona o empresa, como un veterinario o una residencia canina, debe responder por los daños causados por un animal que le fue confiado de forma temporal sigue siendo objeto del debate en los Estados Unidos. Y finalmente, los dueños o poseedores de los terrenos en los que se encuentra temporalmente el animal que pertenece al otro sujeto no son responsables por los daños que aquel causare¹⁴⁹³.

Volviendo otra vez al Derecho español, como se señaló con anterioridad, la responsabilidad también en este caso puede tener un doble fundamento y dos sujetos como responsables. Ahora, si bien el propietario responderá con mucha probabilidad en virtud del art. 1905, dado el carácter objetivo de la responsabilidad de la que se trata, los

¹⁴⁸⁹ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 59.

¹⁴⁹⁰ SAP de Teruel de 04.02.1992 (AC 1992, 219). Así también la SAP de Segovia de 28.02.2003 (AC 2003\337) en la que se imputó la responsabilidad al dueño de un caballo, considerándose que el lesionado por cox de dicho caballo era mero depositario a título gratuito y por razón de amistad, sin que pueda predicarse que el dueño del animal haya transferido la posesión de manera exclusiva y excluyente al luego lesionado, y guardando el propietario la guarda jurídica.

¹⁴⁹¹ Así, la SSTS de 15.03.1982 (RJ 1982, 1379), de 28.04.1983 (RJ 1983, 2195) y de 10.10.2002 (RJ 2002, 9978), así como las SSAP de Cantabria de 05.11.1993 (AC 1993, 2307) y de Sevilla de 4 de julio de 1995 (AC 1995, 1324).

¹⁴⁹² Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER/ José CASTÁN TOBEÑAS/ Román M^a ROCA SASTRE/ José PUIG BRUTAU/ José FERRANDIS VILELLA, en Ludvig ENNCCERUS/ Heinrich LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II-2, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1996, pág.1186.

¹⁴⁹³ §23 com. c en THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Liability for Physical and Emotional Harm*, vol. I §§1 to 36, St Paul, Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pág. 306.

pastores y mayores están sujetos al régimen del art. 1902, si se dan las condiciones de juego de la responsabilidad en él regulada. Y finalmente, ambas responsabilidades se configuran como solidarias por lo que el propietario guarda el derecho de repetición en la vía interna si pagó la totalidad de la indemnización, y puede ejercitarlo contra el servidor en posesión por la analógica aplicación del art. 1904 CC, si éste actuó con negligencia¹⁴⁹⁴.

El criterio de control efectivo o de posesión de hecho como el principal elemento determinante de la responsabilidad por daños causados por los animales, sin embargo, ha sido cuestionado por algunos autores quienes señalan que este criterio de imputación no puede entenderse en el sentido de que sea necesaria la presencia física del responsable en el momento de producción de los daños, pues a tenor del art. 1905 del Código civil la responsabilidad persiste aunque el animal se haya escapado o extraviado. Es más, aceptar el dominio físico sobre el semoviente como el único criterio aplicable sería de dudosa justicia en cuanto que, por ejemplo, se condene por los daños causados por los animales a la persona que ocasionalmente y de forma gratuita tenía su custodia¹⁴⁹⁵.

Finalmente, para muchos autores, ambos elementos, tanto el *control efectivo* o elemento de *utilización o señorío de hecho* sobre el animal como el *beneficio* que trae el animal constituyen factores de igual peso. Así, lo importante es que se trate de quien tenga la dominación del animal y la ejerza en interés propio, de manera no transitoria o fugaz¹⁴⁹⁶. Se señala además que hoy en día el término *beneficio o provecho* no tiene matiz estrictamente económico, sino puede revestir también carácter afectivo en cuanto se trate de animales de compañía¹⁴⁹⁷. Una parte de la doctrina considera también que del

¹⁴⁹⁴ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 68.

¹⁴⁹⁵ Áurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 727.

¹⁴⁹⁶ José PUIG BRUTAU, “Responsabilidad por daños causados por animales”, *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2, v.1, Ludwig ENNECCEREUS/Heinrich LEHMANN (ed.), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966. De forma parecida Fernando PEÑA LÓPEZ, “art.1905”, *Comentarios al Código Civil*, dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 2163. Véase también Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales ...), *Responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 160 y Carlos ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual, op. cit.*, pág. 169. Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, ed. 9ª, 2005, pág. 570. En la jurisprudencia así, por ejemplo, la STS de 12-04-2000 (RJ 2000, 2972), SSAP de Segovia de 18-04-1994 (AC 1994, 579) y Toledo de 11-07-1996 (AC 1996, 1516); esta última con cita de las SSTS de 28 de enero de 1986 (RJ 1986, 336) y 30 de abril de 1984 (RJ 1984\1974).

¹⁴⁹⁷ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 248.

precepto del art. 1905 deriva la presunción de que el poseedor es el que se sirve del animal, siendo, en consecuencia, el primer responsable¹⁴⁹⁸. Tal tesis encuentra también apoyo entre otro sector doctrinal que subraya, no obstante, que su aceptación dependerá en gran medida del alcance que se atribuya a la expresión “servirse”, empleada por el Código Civil en la materia de la que se trata. Así las cosas, según al sentido estricto de la palabra, el uso presupone el cumplimiento del trabajo o la obtención directa de un provecho. Por lo contrario, de acuerdo con el sentido amplio, es suficiente que los hipotéticos responsables obtengan un beneficio indirecto del animal vinculado al ejercicio de su profesión¹⁴⁹⁹.

A modo de conclusión, la falta de unos criterios unánimes y de líneas tajantes de demarcación entre ellos, así como el consiguiente difícil encaje de los supuestos prácticos dentro de cada categoría, hace, que la elección de un criterio sólo resulta tan imposible como insatisfactoria¹⁵⁰⁰. Es por ello que, según lo expuesto con anterioridad, la doctrina suele acudir a la combinación de varios elementos que dan lugar al nacimiento de una obligación de indemnizar. Quizá un ejemplo más destacable de dicho planteamiento es aquel que señala que, en el hipotético caso de que haya dos sujetos que ostentan título sobre el mismo animal, la responsabilidad se imputará a la persona que se sirva de él, es decir, que tenga el *control* de la bestia a pesar de que el propietario, desposeído de la posesión de hecho y del efectivo poder de control, se *beneficia* de algún modo del semoviente¹⁵⁰¹. Ahora bien, si el poseedor de hecho lo es a título de depósito y lo hace de forma gratuita, la responsabilidad del art. 1905 corresponde al propietario depositante sin que el factor determinante de la imputación sea la posesión mediata. Se tratará en este caso más bien con el hecho de ser el propietario beneficiario único del animal debido a que el cuidador presta sus servicios en nombre ajeno¹⁵⁰². Por lo contrario, hay quien en vez de combinar el criterio de custodia, entendido éste como

¹⁴⁹⁸ Carlos ROGER VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pág. 169.

¹⁴⁹⁹ Áurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 725. EL MISMO, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, op. cit., pág. 249.

¹⁵⁰⁰ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 252. EL MISMO, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 726-727.

¹⁵⁰¹ En este sentido también Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 306. Fíjese en la confusión que puede acarrear siguiente empleo de terminología. Si quisiéramos mantener la coherencia con lo expuesto con anterioridad servidor sería el poseedor de la posesión ajena y no, como parece indicar supuesto comentado, poseedor inmediato.

¹⁵⁰² Ignacio GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 52-55.

el deber de control y vigilancia que se tiene sobre el animal con el servicio o beneficio que el poseedor obtiene del semoviente, compagina este último con el *señorío de hecho*, con el poder del gobierno de la bestia y la posibilidad de adoptar las medidas para evitar la producción del daño. De ahí que entienda, que en el mismo caso de tratarse con dos sujetos distintos el que responda del art. 1905 será el *perceptor de los beneficios* y no el *poseedor de hecho del animal*¹⁵⁰³.

Se ha de subrayar también una cuestión más. La responsabilidad del propietario del animal no se limita solamente a la derivada del art. 1905. A este efecto, es posible exigirle la responsabilidad directa por los daños causados por el semoviente en vigor del art. 1902 o 1903 del CC si éste cedió el animal de forma negligente a la persona respecto de la cuál podía prever que no cumpliría de modo adecuado con la obligación del control y vigilancia de la bestia¹⁵⁰⁴. De ahí que, en un caso hipotético en el que son varias personas que ostentan diferentes dominios sobre el animal, el dueño del semoviente pueda responder de la siguiente manera:

- 1.- En virtud del art. 1905 CC cuando el poseedor es el servidor de la posesión ajena.
- 2.- Con fundamento en el art. 1903 CC- cuando el poseedor inmediato no es el servidor de la posesión ajena y hubo negligencia en la cesión del animal, es decir se podía prever claramente su incompetencia en el manejo del animal (el poseedor en este caso sigue respondiendo del art. 1905, mientras el propietario está responsable por *culpa in vigilando* o *in eligendo*; la responsabilidad de ambos es de carácter solidaria)¹⁵⁰⁵.
- 3.- A base del art. 1902 CC- si el daño se debe a vicios o defectos del animal no advertidos debidamente por el propietario; nos encontramos junto a la responsabilidad ex art. 1905 del sujeto que obtiene algún servicio del animal una responsabilidad solidaria del propietario ex art. 1902¹⁵⁰⁶. En relación interna entre ambos sujetos responsables, en última instancia será el propietario quien deba pechar con todos los perjuicios¹⁵⁰⁷. Una situación similar se generará en caso del robo u hurto del animal que se encontraba bajo la custodia del propietario original cuando éste a través de su acto u

¹⁵⁰³ Fernando PEÑA LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “art.1905”, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 2163.

¹⁵⁰⁴ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 55.

¹⁵⁰⁵ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 55, 58 y 61-62 y 66.

¹⁵⁰⁶ A este propósito véase, por ejemplo, el F. 4 de la SAP de Cantabria de 19-03-2004 (JUR 2004, 121177).

¹⁵⁰⁷ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 55 y 61.

omisión negligente facilitó robo o expropiación a quien lo ostentó. En dicho supuesto la persona que se apropió de la posesión inmediata del animal responderá por daños causados por el semoviente durante el tiempo que lo tuviere del art. 1905 CC de forma solidaria con el propietario negligente cuya obligación de indemnizar derivará del art. 1902 CC¹⁵⁰⁸.

En los dos últimos casos, y en el primero si el daño lo causan dos personas, el supuesto base es el mismo, aquí la cooperación de una u otra forma de diversos sujetos en la producción de unos daños derivados de la actuación de un animal. Ahora bien, puesto que tal participación y responsabilidad son indeterminables y debido a que no existe norma alguna que regulase mencionada responsabilidad como solidaria, ambos casos han sido denominados en la doctrina como “solidaridad jurisprudencial” o “solidaridad impropia”¹⁵⁰⁹.

Y finalmente, como hemos señalado con anterioridad el poseedor del animal responde aunque éste se le escape o extravíe el poseedor pero se liberará de la responsabilidad establecida en el art. 1905 si el animal, que originalmente se encontraba bajo su custodia o del que originalmente sacaba algún provecho, le ha sido hurtado o robado¹⁵¹⁰. En tal caso, dado que la posesión inmediata pasará a corresponder a la persona que se apropió de ella, la responsabilidad se podrá imputar a quien ostentó el robo o la expropiación durante el tiempo que tuviere al animal¹⁵¹¹, si bien atendiendo a las circunstancias particulares del caso el sujeto a quien se arrebató la posesión puede responder ex art. 1902. En dicho caso, se considerará como un dato relevante a efectos de la prueba el hecho de si el robo o hurto ha sido denunciado previamente¹⁵¹².

En lo que hace referencia a la doctrina jurisprudencial en dicha materia, embebe caso de escape o extravío del perro del poder de sus poseedores la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2005¹⁵¹³ que establece a este efecto lo que sigue:

¹⁵⁰⁸ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 66.

¹⁵⁰⁹ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 72.

¹⁵¹⁰ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 263.

¹⁵¹¹ Así Juan LATOUR BROTONS, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales en los accidentes de tráfico”, *Rev. Der. Circ.*, núm. 2, marzo- abril, 1979, pág. 116.

¹⁵¹² Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 66. Véase también la SAP de Sevilla de 04-07-1995 (AC 1995, 1324), pág. 696 en la que el Tribunal libera de la responsabilidad al demandado considerando acreditado que éste había denunciado el robo de los animales antes de la producción del daño.

¹⁵¹³ SAP de Barcelona de 26-01-2005 (JUR 2005, 60104). Véase también un supuesto similar en la STS

“Asimismo también resulta indiscutido y/o acredita del Informe elaborado por el Ayuntamiento de Sentmenat (vid. Fol.47) del cual no existe ninguna duda de imparcialidad ni falta de objetividad, que la familia integrada por el D. Pedro Jesús, D^a Lucía y el menor Gustavo, con domicilio en Sentmenat, era propietaria de un perro, pues fueron requeridos los servicios municipales días antes del siniestro al haberse perdido, coincidiendo la descripción que del perro había dado con el del atropello de autos ocurrido en fecha de 1 de marzo de 2001. Por tanto deben los padres del menor, quien cuidaba por lo general de pasear al perro y el cual se extravió o escapó, responder de daños y perjuicios que generó el animal al atravesar la calzada estando suelto, y por ello constituyendo una fuente de peligro u obstáculo a la normal circulación, al amparo del art. 1903 en su número segundo del Código Civil, así como del art. 1905 del Código Civil, en base a la denominada “culpa in[]vigilando”. La presencia del perro, propiedad de los consortes demandados, atravesando la calzada, lo que supuso un elemento extraño y peligroso que alteraba la seguridad y normalidad de la circulación viaria, conlleva la responsabilidad de aquellos, al ser los encargados de su custodia y por ello de su vigilancia para la evitación de siniestros caso el que nos ocupa, derivando el accidente por choque de su falta de cuidado, atención, control y vigilancia, si bien debe ser absuelto el menor Sergio dada precisamente su minoría de edad.”

1.3 Régimen de la responsabilidad.

El precepto que deriva del art. 1905 CC constituye en el Derecho civil español uno de los supuestos más antiguos de la responsabilidad objetiva¹⁵¹⁴, siendo a la vez el

de 12-04-2000 (RJ 2000, 2972).

¹⁵¹⁴ En este sentido, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, t. II, Edisofer, Barcelona, 2002, pág. 967; Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales...)”, en *Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 158; Herminia CAMPUZANO TOMÉ, *Nociones generales sobre responsabilidad civil (doctrina. jurisprudencia y legislación)*, Forum, Oviedo, 1997, pág. 68; Diego ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1983, pág. 528; Fernando FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, *AAMN*, t. XIII; 1962, pág. 30; Federico

artículo más riguroso y duro del todo el cuerpo legal, encarnado en el viejo Código Civil¹⁵¹⁵. Ahora bien, “la mayoría de las declaraciones del Tribunal Supremo atribuyen a la responsabilidad nacida del art. 1905 CC el carácter de “totalmente” o “plenamente” objetiva¹⁵¹⁶.” Así, la abundante y copiosa jurisprudencia viene declarando que “... el art. 1905 del CC contempla una responsabilidad de carácter no culpabilista o por riesgo, inherente a la utilización del animal, que procede en principio por la mera causación del daño y con exoneración en los singulares casos de fuerza mayor, lo que significa la exclusión del caso fortuito, y culpa del perjudicado [...]”¹⁵¹⁷[...] o de la concurrencia de culpa evidente y exclusiva del que hubiere sufrido el daño¹⁵¹⁸”. O “con carácter general, hemos visto cómo la Jurisprudencia ha venido entendiendo que la responsabilidad dimanante del art. 1905 CC es de naturaleza objetiva o por riesgo, en el sentido de que es exigible aunque no exista culpa del propietario o poseedor del animal¹⁵¹⁹”. Es decir, “la Ley no exige en el dueño, poseedor o usuario del animal, ninguna culpa o falta de diligencia que embargue su responsabilidad, puesto que la Ley dice claramente ‘aunque se escape o extravíe’, es un caso de la responsabilidad totalmente ‘objetiva’ [...] La Ley igualmente se refiere a ‘los perjuicios que causare el animal’ sin precisar el índole de los mismos, ni exigir que estos sean una consecuencia del estado de peligrosidad del semoviente, productor del daño. [...]”¹⁵²⁰.” Con eso se quiere decir que el Código civil

PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, Pirámide, Madrid, 1976, pág. 440; Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. II, Trivium, Madrid, 2000, pág. 401, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 308; Carlos ROGEL VIDE, C. *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 168 y 170; Elena VICENTE DOMÍNGO, “Los daños causados por animales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Fernando REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 1342, MORALES Y SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995, pág. 757; Antoni BORRELL MACIÀ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 280 quien de esta manera parece verificar su anterior posicionamiento, pues unos años atrás en su publicación “Hacia la responsabilidad sin culpa”, *RDP*, 1951, el autor se pronunciaba todavía a favor de la responsabilidad basada en una presunción *iuris et de iure* de la culpa; María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, 2003.

¹⁵¹⁵ Aurea RAMOS MAESTRE, “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pág. 724. Así también SAP de Albacete de 8 de octubre de 1993, Ar. C., núm. 24, 1994, pp. 211-212.

¹⁵¹⁶ Respectivamente, STS de 26 de enero de 1972 (JC, 1972, núm. 22, pág. 180) y sentencia de 21 de noviembre de 1998 (RAJ, 1998, 8751, pág. 12913).

¹⁵¹⁷ SAP de Toledo de 11.07.1996 y STS (AC 1996, 1516).

¹⁵¹⁸ SAP de Cantabria de 05.11.1993 (AC 1993, 2307).

¹⁵¹⁹ SSTS de 21.11.1998 (RJ 1998, 8751) y de 4.04.2000 y SSAP de Toledo de 26.01.1998, de Girona de 25.01.1999, de Zaragoza de 10.12.1999 y de Barcelona de 14.06.1999.

¹⁵²⁰ SAP de Toledo de 11.07.1996 (AC 1996, 1516).

no establece presunción alguna que admitiese prueba que respaldase el actuar del poseedor del animal como un buen padre de la familia¹⁵²¹.

Dicha opinión comparte también una parte de la doctrina, al señalar que a favor de dicho posicionamiento habla el hecho de que la responsabilidad del poseedor de un animal subsiste en casos en los que el animal se escapa o extravía, por lo que en dichos supuestos el semoviente se encuentra en la libertad, es decir, fuera del control y cuidado del poseedor del animal, sin que aquel pueda de alguna manera influir en la actuación de éste. De acuerdo con la misma línea de argumentación, dada la incontrolable e imprevisible naturaleza de la bestia, aunque ésta sea la más dócil, prueba, que incluso prestando la diligencia más minuciosa el poseedor podría ser incapaz de evitar la producción del daño¹⁵²². Asimismo, sería injusto que en tales supuestos se cargara con la lesión acaecida a un tercero inocente¹⁵²³.

Sin embargo, antes de entrar en detalles en cuanto a las consecuencias procesales de tal regulación y divagaciones en torno a las causas de exoneración procedentes, se ha de señalar que la elección del expuesto criterio subjetivo de imputación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no es de carácter unánime. A la diversidad de dicho criterio, en lo que a la doctrina científica se refiere, parece contribuir sobre todo la doctrina más antigua. Por más que nos retrocedamos en el tiempo, pues, emerge una menor observancia de la tendencia unitaria. Se puede afirmar que en el actual panorama doctrinal posicionamientos que se alejan de la general corriente objetivista constituyen casos bien aislados.

En este sentido, se ha dicho que si comparamos la responsabilidad que deriva del art. 1905 con la responsabilidad por actos ajenos, la diversa de criterio en el caso de la primera es incluso mayor que en el caso de la segunda, lo que evidencia que en la doctrina mantenida por algunos tratadistas falta una base jurídica¹⁵²⁴.

A pesar de que dichos pronunciamientos no convergen con el literal tenor del art. 1905 CC y que una referencia a ellos con el paso de tiempo se convierta supuestamente en algo escaso tanto el escrutinio de un investigador científico, como el carácter y extensión de este trabajo nos imponen una breve descripción de aquellos.

¹⁵²¹ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág.120.

¹⁵²² A este efecto, véase el sección sobre la cláusula general de la responsabilidad objetiva (capítulo IV.III).

¹⁵²³ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág.120.

¹⁵²⁴ José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid, 1973, pág. 888.

Pues algo tan incuestionable hoy en día como la responsabilidad objetiva del poseedor del animal, mañana, armonizados los Derechos y ejercida la influencia del Derecho Comparado, puede “pasar la página” y “volver a sus orígenes” a través de las formas más subjetivas de la responsabilidad.

Un sector de la doctrina se muestra reacio a abandonar el principio de la culpa, acogiendo posturas que oscilan entre la presunción *iuris tantum* y la *iuris et de iure*, sin más causas de exclusión que la fuerza mayor. Según los primeros, el art. 1905 se basa en una falta de vigilancia del poseedor, presunta o supuesta por la Ley, que admite la prueba en contrario¹⁵²⁵. Otros autores, en cambio, declaran que no basta con la prueba de la diligencia debida. Es necesario acreditar además la existencia de la fuerza mayor o de culpa de un extraño¹⁵²⁶. Tales declaraciones conducen en realidad a otro tipo de presunción, *iuris et de iure*, puesto que es naturaleza de la última impedir al poseedor del semoviente la prueba de que, a pesar de haberse producido el daño, no se aprecia su culpa, permitiendo la modificación de dicho estado solamente a través de acreditación de alguna de las causas de exclusión enumeradas en el precepto¹⁵²⁷. Y de ahí ya sólo un paso más hacia las formas más objetivas de la responsabilidad¹⁵²⁸ en cuanto que, a pesar de pertenecer la presunción *iuris et de iure* a la órbita de culpa¹⁵²⁹, la imposibilidad de liberarse de la responsabilidad a través de la prueba en contrario acerca dicho instrumento a la responsabilidad, y no culpa, como señalan algunos autores¹⁵³⁰, objetiva¹⁵³¹.

Finalmente existen posturas mixtas que vinculan la atribución del criterio de imputación de la responsabilidad a la clase del animal de que se trata. Así, siguiendo la división alemana en animales domésticos y dañinos, se asigna a la responsabilidad por primeros la presunción *iuris tantum* de culpa *in vigilando* por parte del poseedor,

¹⁵²⁵ *Instituciones de Derecho civil español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de COSSIO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, t. II, Civitas, Madrid 1959, pág. 403

¹⁵²⁶ Así, Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1926, pág. 668. Parecidamente José Luis ALBACAR LÓPEZ /Jaime SANTOS BRIZ, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, “Comentario al art. 1905”, t. VI, vol.2, Editorial Trivium, Madrid, 1995, pág. 1734, aunque los últimos difieren de Valverde en que la permitida prueba en contrario abarca caso fortuito, culpa del perjudicado y culpa del tercero, lo que, si nos fijamos bien en el precepto del art. 1905, no concuerda con su tenor.

¹⁵²⁷ Así también la STS de 12-04-2000 (RJ 2000, 2972).

¹⁵²⁸ Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ, “Responsabilidad sin culpa”, *RCDI*, 1931, núm.80, pág. 625.

¹⁵²⁹ Véase Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contrato en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, pág. 474.

¹⁵³⁰ Áurora RAMOS MAESTRE, La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal, Dykinson, Madrid, pág.116-117.

¹⁵³¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, Madrid, 1988, pág. 971. En el mismo sentido, SANTAMARÍA J., *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1958, pág. 961.

basando la responsabilidad por los segundos en peligro o riesgo que para los demás entraña tenencia de un animal peligroso, abandonando de esta manera el marco de cualquier actuación por culpa. Tal distinción estaría hasta cierto punto en línea con la marcada por la *Restatement of the Law Third* en cuanto que dentro de la categoría de los animales dañinos cabrían tanto los animales salvajes como los anormalmente peligrosos¹⁵³². La posición descrita con anterioridad se califica dentro de las minoritarias y no encontró más ecos que los que se pronuncian en suya contra. Así las cosas, los hay quienes afirman que la imposición de la responsabilidad subjetiva con la presunción *iuris tantum* y la consiguiente posibilidad del poseedor de acreditar su diligencia en el cuidado del animal iría en contra del tenor y del espíritu del art. 1905 CC. Admitir tal eventualidad, en su opinión, significaría otorgar a éste mejor trato que a la responsabilidad de los padres y tutores respecto a los daños de sus hijos o tutelados. Así, se señala, un animal cualquiera es lo suficientemente irracional como para concederle el estatus de peligroso y, lo que sigue, sujetarle a la responsabilidad objetiva. Asimismo, se advierte la existencia de mayor peligro en los animales salvajes; hecho que se propone resolver a través de las circunstancias atenuantes, es decir, vía apreciación más rigurosa que respecto a los animales domésticos de culpa de la víctima y fuerza mayor¹⁵³³.

1.4 Causas de exoneración.

“[p]ara que el poseedor del animal pueda quedar exonerado de la responsabilidad derivada de los perjuicios que se causan, es requisito indispensable la existencia constatada de una fuerza mayor, o de la culpa de la víctima” (art. 1905 del CC...) ¹⁵³⁴,

De esta manera, el precepto del art.1905 constituye uno de estos supuestos del Código Civil en el que la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito cobra una gran importancia. En lo que a aquella se refiere, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1983 en un juicio especial de Propiedad Industrial declaró:

¹⁵³² Sobre dicha distinción en el Derecho norteamericano véase THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Liability for Physical and Emotional Harm*, “§21, 22, 23”, vol. I, St. Paul Mn, American Law Institute Publishers, 2010, pp. 274-325. Véase también el comentario que acompaña el punto I.1.1.1 del capítulo IV.

¹⁵³³ María Asunción LINACERO DE LA FUENTE, “Responsabilidad civil por daños causados por animales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996, *RDP*, 1997, pp. 652-653.

¹⁵³⁴ STS de 31.12.1992 (RJ 1992, 10662).

“que en orden a la apreciación de la fuerza mayor en el ámbito jurídico, es de tener en cuenta que, aunque en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que existen diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (*vis cui resisti non potest*), manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando en la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura al caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, no está expresamente recogida en nuestro C. Civ., y concretamente en su art. 1105, no obstante esa distinción es necesaria en determinados casos, como sucede en los supuestos de los arts. 1784 y 1905 de dicho Cuerpo legal, por tratarse de tipos cualificados ...¹⁵³⁵”

Así las cosas, parece situarse en la segunda línea de argumentación la opinión según la cual el efecto liberatorio de la fuerza mayor resulta del hecho de que, en realidad, interviniendo ésta la causa del daño se encuentra en esa fuerza y no en el animal¹⁵³⁶. Es decir, constituye fuerza mayor un suceso ajeno al ámbito en el que se

¹⁵³⁵ STS de 30.09.1983 (RJ 1983, 4688).

¹⁵³⁶ Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil*, “art. 1905”, dir. Candido PAZ-ARES; Luis. DIEZ-PICAZO; Rodrigo BERCOVITZ, CANO y Pablo SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, pág. 2041.

desarrolla la actividad de la que dimana la responsabilidad del agente¹⁵³⁷.

Escasa jurisprudencia en la materia comentada impide una profundización en el tema, aunque ésta sea generalizada, así como una enumeración exhaustiva de supuestos concretos que permitiesen en base de causas de exoneración liberarse de la responsabilidad al poseedor del animal. En este sentido, el Tribunal estimó que concurrió negligencia, imprudencia y abandono en la conducta del padre que llevó a su hijo a una era donde las caballerías, máquinas y faenas a realizar constituían un evidente peligro para los niños¹⁵³⁸.

1.5 Fundamento de la responsabilidad.

La imposición de la responsabilidad objetiva, tanto en España como en los Estados Unidos, encuentra su *rationale*, en el peligro que supone tenencia de animales para la sociedad en general. Los *Restatement* americanos distinguen además entre distinta gravedad del riesgo, sujetando a la responsabilidad objetiva solamente estos semovientes cuya conducta es creadora de riesgos poco comunes, caso de la intrusión de animales en el terreno de otro, o que son peligrosos o anormalmente peligrosos, es decir, que son capaces de causar daño con facilidad. La imposición de la responsabilidad al poseedor o dueño del animal, al igual que en caso de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas¹⁵³⁹, se justifica también por el llamado principio de la reciprocidad, en su tiempo tratado por el Profesor George FLETCHER¹⁵⁴⁰. Así, la responsabilidad objetiva como criterio de imputación subjetiva tiene razón de ser cuando un grupo impone riesgos sobre el público, sin que este grupo esté en cambio sujeto a riesgos similares¹⁵⁴¹. En España la diversificación de riesgos inherentes en la tenencia de determinadas clases de animales fue intentada por un sector minoritario de la doctrina, a favor de la llamada posición mixta en la

¹⁵³⁷ SAP de Toledo de 21-09-1992 (AC 1992, 1173).

¹⁵³⁸ STS de 23-02-1956 citada por Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER/ José CASTÁN TOBEÑAS/ Román M^a ROCA SASTRE/ José PUIG BRUTAU/ José FERRANDIS VILELLA, en Ludvig ENNCCERUS/ Heinrich LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II-2, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 1186.

¹⁵³⁹ Véase la §20 en THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Torts. Liability for Physical and Emotional Harm*, vol. I, §§1 to 36, St. Paul, Mn., American Law Institute Publishers, 2010, pp. 228-273.

¹⁵⁴⁰ George P. FLETCHER, "Fairness and Utility in Tort Theory", *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 537-573.

¹⁵⁴¹ George P. FLETCHER, "Fairness and Utility in Tort Theory", *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 544-545.

imposición de la responsabilidad. Según ésta los animales domésticos estarían sujetos al régimen de la responsabilidad subjetiva con la presunción *iuris tantum* de la culpa del demandado, mientras el poseedor del animal dañino respondería de los daños causados por éste de forma objetiva, en consecuencia del resultado del peligro o riesgo que para los demás conlleva la tenencia de animales peligrosos¹⁵⁴². Tal posicionamiento, sin embargo, no ganó un mayor reconocimiento entre los estudios de la materia. De hecho, en contra de dicha opinión se hicieron escuchar voces que señalaron, que el peligro que implica la tenencia de un animal, por el mero hecho de su naturaleza irracional, justifica sobradamente una responsabilidad objetiva. Un mayor peligro que presentan para la sociedad animales salvajes se traduciría, según este sector de la doctrina, en la imposición de las circunstancias atenuantes, como, por ejemplo, la apreciación con más rigor que respecto a los animales domésticos de culpa de la víctima y de fuerza mayor¹⁵⁴³.

1.6 Responsabilidad por la tenencia de animales peligrosos.

Como se ha señalado con anterioridad el régimen de la responsabilidad civil del art. 1905 CC no distingue entre la clase de animal de que se trate. No obstante, existen determinadas razas de animales domésticos que a pesar de la peligrosidad que comportan y un característico adiestramiento, representan para determinados lugares y ciertas personas un irremplazable atractivo. Pero un animal que para unos se convierte en un deseable compañero de la vida, para otros, sin embargo, puede representar una especial amenaza potenciada por su fiera e impredecible naturaleza. No son poco frecuentes agresiones de dichas bestias que causan lesiones e incluso muertes de los que fueron objeto de ellos. Perros criados y adaptados para la lucha, como los Pitbulls, una vez muerden no suelen soltar a su víctima. Con estos y otros problemas provocados por animales de compañía de razas peligrosas y adiestradas para la lucha viene a enfrentarse la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre Régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos¹⁵⁴⁴, introduciendo un número considerable de los requisitos

¹⁵⁴² En este sentido, Jaime SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, “art. 1905”, dir. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, t. XXIV, Madrid, 1984, pág. 605.

¹⁵⁴³ María Asunción LINACERO DE LA FUENTE, “Responsabilidad civil por daños causados por animales: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996”, *RDP*, 1997, pp. 652-653.

¹⁵⁴⁴ BOE núm. 307 de 24-12-1999, pp.45306- 45310 disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/24/pdfs/A45306-45310.pdf> (fc: 20.04.2012) ,desarrollado reglamentariamente por el RD

cuyo incumplimiento puede resultar en la imposición de sanciones administrativas e indemnizaciones por la responsabilidad civil inclusivo. Entre dichos requisitos se señala la mayoría de edad, el certificado de aptitud psicológica, así como la obtención de una licencia para su tenencia, previa acreditación de haber formalizado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros; seguro que ha de cumplir con la cuantía mínima reglamentariamente establecida¹⁵⁴⁵.

2. Responsabilidad por humos excesivos (art. 1908,2º CC).

2.1 Ámbito de aplicación.

Según una extendida opinión, el art. 1908,2º CC, redactado a finales del siglo XIX y, por tanto, algo anacrónico, aparte de aplicarse al supuesto de humos, es extensible de forma analógica a otras inmisiones como olores, gases, ruidos, vibraciones etc¹⁵⁴⁶. La jurisprudencia española ha reconocido como subsumibles dentro del precepto citado: la contaminación que afectó a una cabaña ganadera y las fincas en las que ésta pastaba por el flúor emanado desde unas instalaciones¹⁵⁴⁷; los daños provocados al salir por la ventana de un restaurante al patio grasas, humos, olores, aire caliente o enrarecido, detritus y otros elementos polucionadores¹⁵⁴⁸; polvo procedente de explotaciones mineras o industriales¹⁵⁴⁹; emanaciones tóxicas de una fábrica¹⁵⁵⁰; daños en arbolado por polvo contaminante, emanado de una fábrica de cemento¹⁵⁵¹; contaminación por humos sulfurosos emitidos por una central térmica¹⁵⁵²; emisión de polvo por hornos de cal¹⁵⁵³; daños producidos por humos excesivos del carbón mineral

287/2002, de 22 de marzo, BOE núm. 74 de 27-03-2002 pp. 12290- 12292, disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/03/27/pdfs/A12290-12292.pdf> (fc: 20.04.2012).

¹⁵⁴⁵ Art. 5 y 6 del RD 287/2002, de 22 de marzo.

¹⁵⁴⁶ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1501, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13040 y Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2072, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *op. cit.*, pág. 254.

¹⁵⁴⁷ SAP de Cantabria de 24.12.1997 (AC 1997, 2410). De forma parecida, SAP de Lugo de 11.09.1998 (AC 1998, 1838).

¹⁵⁴⁸ SAP de Murcia de 19.09.2002 (AC 2002, 1577)

¹⁵⁴⁹ STS de 15.03.1993 (RJ 1993, 2284).

¹⁵⁵⁰ STS de 07.04.1997 (RJ 1997, 2743).

¹⁵⁵¹ STS de 17.03.1981 (RJ 1981, 1009).

¹⁵⁵² STS de 27.10.1983 (RJ 1983, 5346)

¹⁵⁵³ STS de 16.01.1989 (RJ 1989, 101).

empleado por el propietario de unos hornos¹⁵⁵⁴; emanaciones de tetraóxido de nitrógeno, anhídrido sulfuroso y arsénico procedentes de un fábrica de abonos químicos¹⁵⁵⁵; malos olores procedentes de las aguas nocivas vertidas por una empresa azucarera en unas balsas construidas en terreno de su propiedad¹⁵⁵⁶; e incluso humedades¹⁵⁵⁷. Los hay quienes califican de inmisión, a efectos del art. 1908,2 CC, también a las astillas; chispas; destellos de luz; radiaciones y ondas electromagnéticas; los gérmenes de hongos y los vertidos tóxicos en el agua, dejando “puerta abierta” para nuevos supuestos similares¹⁵⁵⁸. En la jurisprudencia existen ejemplos aislados de las sentencias que admiten una *generalización analógica* de los arts. 590 CC y 1908,2° CC¹⁵⁵⁹ o que declaran que el art. 1908 CC en sus apartados 2° y 4° introduce supuestos de la responsabilidad solamente *ad exemplum*¹⁵⁶⁰. Esta última es la solución adoptada por el legislador alemán e italiano. El primero permitió la incorporación al ámbito de aplicación de la §906 BGB, que otorga derecho a la compensación en caso de que no se pueda reaccionar contra la inmisión a pesar de que ésta reúna todos los requisitos legales que la caracterizan como intolerables¹⁵⁶¹ y que incluye una enumeración meramente ejemplificativa de estas inmisiones, de supuestos similares a los gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruido y trepidaciones. A este efecto, la doctrina y la jurisprudencia alemana han señalado como sujetos a la regulación mencionada con anterioridad las corrientes eléctricas y otras energías, las chispas, la penetración de abejas, moscas y otros pequeños insectos, el polvo, la ceniza, la arena, el vapor de agua, el frío producido artificialmente, el germen de hongos u otro tipo de bacterias, pequeños

¹⁵⁵⁴ STS de 23.06.1913.

¹⁵⁵⁵ STS de 30.10.1963 (RAJ, vol. XXX, 1963, núm. 4231).

¹⁵⁵⁶ STS de 23.09.1988 (RJ 1988, 6853). En este caso, sin embargo, la decisión basó su resolución en el art. 590 CC.

¹⁵⁵⁷ SAP de Islas Baleares de 21.02.2005 (JUR 118262).

¹⁵⁵⁸ Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 75.

¹⁵⁵⁹ STS de 12.12.1980 (RJ 1980, 4747). Sentencia esta ha sido señalado por algunos como la que es de “especialísimo interés”. Véase Mariano ALONSO PÉREZ, “La relaciones de vecindad”, *ADC*, 1983, pp. 357-396, pág. 392.

¹⁵⁶⁰ STS de 29.04.2003 (RJ 2003, 3041).

¹⁵⁶¹ Dicho precepto no constituye fundamento de una acción de responsabilidad civil *sensu stricto*, sino de una compensación para el que está obligado a soportar una inmisión que se asemeja a una compensación por expropiación de un derecho. En la práctica, sin embargo, el contenido de esta pretensión se ha ido aproximando cada vez más a una indemnización por daños. Dicha compensación es compatible con la indemnización por daños derivados de una vulneración de derecho de propiedad o de la posesión (§823 I o 823 II BGB en relación con §858 I BGB) que en Alemania precisa la prueba de la culpa del causante del daño (mientras que el §906 BGB no exige culpa del perturbador). María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y Alemania*, *op. cit.*, pp. 54-56.

fragmentos de piedra o gravilla sin que se trate de cuerpos sólidos de proporciones considerables, los proyectiles de armas de fuego y las luces deslumbradoras¹⁵⁶².

El legislador italiano optó por una solución similar. Los supuestos enumerados por el art. 844 CC italiano que contempla el humo, el calor, las exhalaciones, los ruidos y las sacudidas, constituyen *numerus apertus* y, por lo tanto, pueden ser completados por supuestos similares. Entre estos últimos la doctrina italiana ha incluido la filtración de agua, el vertido de sustancias y vertidos contaminantes en el agua (aquí agua no se considera como inmisión sino como medio conductor de la misma), la humedad, las corrientes eléctricas, las ondas electromagnéticas, el polvo, la proyección de luz, el frío y el olor¹⁵⁶³.

De esta manera, a base de los arts. 1908,2º CC y 590 CC ha sido construida la llamada doctrina de las inmisiones¹⁵⁶⁴ La inmisión fue definida como la invasión de una finca vecina, que se produce por medio de penetración de sustancias molestas, como pueden ser ruidos, vibraciones, humos, gases, olores, polvo, calor, cenizas y cualesquiera otro agentes que sean nocivos para las actividades que se desarrollan en el predio vecino y perjudiciales para la salud de las personas o peligrosas por razón de los

¹⁵⁶² Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, op. cit., pp. 289-290 y bibliografía allí citada.

¹⁵⁶³ Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, op. cit., pp. 291-292 y bibliografía allí citada.

¹⁵⁶⁴ Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER, Traducción, estudios de comparación y adaptación a la obra de Ludwig ENNECERUS/Theodor KIPP/Martín WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol.1, 2ª ed. a cargo de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951, pp. 320-321, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por inmisiones industriales”, *ADC*, núm. 4, 1993, pp. 1963-1964, José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, 14ª ed., Reus, Madrid, 1992, pág. 228, Miguel CERDÁ OLMEDO, “Responsabilidad civil por daños futuros”, *ADC*, 1985, pág. 637, Miguel COCA PAYERAS, “art. 590”, *Comentarios del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1498, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 2046-2047, Francisco DÍAZ BRITO, *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Aranzadi, Cizur menor, 1999, pág. 55, Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 71 y ss., Raquel EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de relaciones de vecindad*, Comares, Granada, 2001, pp. 52-53, Manuel GONZÁLEZ ALEGRE/Manuel GONZÁLEZ ALEGRE-BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, pág. 232, Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985, pág. 130, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 270, Eulalia MORENO TRUJILLO, *La protección jurídica privada del medioambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 136, Iñigo Alfonso NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones y molestias medioambientales: tutela preventiva civil*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 399, José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 279, Juan ROCA JUAN, “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, *ADC*, 1986, pp. 777 y ss., Mª del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil del empresario por el deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 48, Jaime SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Manuel ALBALADEJO (dir.), t. XXIV, Editorial de Derecho Reunidas, 1986, pág. 636 y ss.

riesgos que comportan¹⁵⁶⁵. La cuestión de la responsabilidad por inmisiones ha sido regulada también por la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad (LANISRV, en adelante). La falta de una definición legal de inmisión en mencionada regulación ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCat). De acuerdo con la STSJCat de 21 de diciembre de 1994¹⁵⁶⁶, por ejemplo, “inmisión es una injerencia físicamente apreciable en el predio vecino de sustancias, partículas u ondas, que se propagan sin intervención de la voluntad humana, como consecuencia de la actuación de principios físicos, ya sea por medio del aire (olores), del sol o las paredes (vibraciones) y que tiene en su origen en la actividad del propietario o del poseedor del inmueble como consecuencia del disfrute de la finca, y que interfieren en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad o de posesión de un predio vecino que no es necesariamente necesario que sea limítrofe”. En otra ocasión¹⁵⁶⁷ el TSJCat enumeró de forma exhaustiva los rasgos característicos de una inmisión, siendo estos: 1. Condición física o material de la intromisión, sin que ésta se refiera a su carácter corpóreo sino medible, 2. Carácter indirecto de la intromisión (se excluyen, por tanto, todas las actividades que tengan como fin la perturbación directa de una finca), 3. Permanencia de la perturbación (sin que ésta equivalga a continuidad; se considera permanente una actuación intermitente pero regular), 4. Causa no natural de la perturbación, 5. Vecindad de las fincas (no es imprescindible que sean colindantes, es suficiente que se hallen en el radio de la fuente generadora de molestia).

Se ha dicho también que la inmisión es de carácter positivo por tratarse de una forma de penetración en la propiedad ajena de sustancias u ondas capaces de causar perturbaciones en el disfrute pacífico de la finca por su propietario o poseedor¹⁵⁶⁸. La inmisión subsumible en el art. 1908,2 CC, de acuerdo con su tenor literal, ha de ser excesiva, lo que, en virtud de la teoría del uso normal, significa que ha de corresponderse con la entidad o nivel que supera lo “normal”¹⁵⁶⁹. La teoría de la tolerancia normal, en cambio, desplaza el punto de gravedad de la actividad productora

¹⁵⁶⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.), *op. cit.*, pp. 254.

¹⁵⁶⁶ (RJ 1995, 1498).

¹⁵⁶⁷ STSJCat de 19.03.2001 (RJ 2002, 1399), F.2.

¹⁵⁶⁸ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.), *op. cit.*, pág. 254.

¹⁵⁶⁹ Así Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13040. Sobre la teoría del uso normal véase Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pp. 385- 412.

de las inmisiones hacia el perjuicio que causa la inmisión al sujeto que la sufre. De ahí que el término “excesivo” se refiera al perjuicio que excede lo que se considera normal socialmente¹⁵⁷⁰. Dicho esto, existen opiniones que argumentan que lo ideal para mejorar la protección de la propiedad y de las personas sería propagar el uso complementario de ambas teorías¹⁵⁷¹. El hecho de que la inmisión no supere los máximos fijados por la Administración no significa necesariamente que no sea excesiva, a efectos del Derecho de la responsabilidad civil. La autorización administrativa o el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no son suficientes para eximir de la responsabilidad al supuesto responsable, tanto para la jurisprudencia española¹⁵⁷², como para la extranjera¹⁵⁷³.

Según la doctrina, el art. 1908,2 CC puede aplicarse a ambos tipos de inmisiones, tanto materiales como inmateriales¹⁵⁷⁴. Y finalmente, entre la finca origen de la inmisión y la que se encuentra por ella afectada no es necesario que exista contigüidad¹⁵⁷⁵.

En cuanto a los ruidos, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵⁷⁶, remitiéndose a la doctrina del TEDH¹⁵⁷⁷, declaró que “la referencia a los ‘humos excesivos’ en el ordinal 2º del art. 1908,2 CC es fácilmente trasmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el art. 590 CC”¹⁵⁷⁸. El mencionado artículo aplicará a los “ruidos desaforados y persistentes, aunque éstos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas”, cuando dichos ruidos superen los niveles de lo que se considera

¹⁵⁷⁰ Así Miquel MARTÍN CASALS/ Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2072 y, parece, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio GIL DE LA CUESTA (dir.), *op. cit.*, pág. 255. Con más detalles sobre la teoría de la normal tolerancia Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pp. 385-412.

¹⁵⁷¹ Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 393.

¹⁵⁷² Véase, por ejemplo, la STS de 07.04.1997 (RJ 1997\2743).

¹⁵⁷³ Así Miquel MARTÍN CASALS/ Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2072 y Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 408.

¹⁵⁷⁴ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1501 y Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.), *op. cit.*, pág. 254.

¹⁵⁷⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.), *op. cit.*, pp. 254-255.

¹⁵⁷⁶ SSTS de 29.04.2003 (RJ 2003, 3041) y de 31.05.2007 (RJ 2007, 3431).

¹⁵⁷⁷ STEDH 1994/3. *López Ostra c. Reino de España* y 2004/68, *Moreno Gómez c. Reino de España*.

¹⁵⁷⁸ En la doctrina en contra de esta solución Javier LETE ARCHIRICA/José Manuel LETE DEL RÍO en *Derecho de obligaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005 pág. 686.

socialmente soportable y tolerable¹⁵⁷⁹. Se ha de mencionar aquí que son varios los cauces reconocidos por la jurisprudencia para combatir las molestias relacionadas con el ruido. El primero, admitido por el TEDH y adoptado después por el TC español¹⁵⁸⁰, permite resarcir los daños causados por el ruido (alteraciones en salud física de las personas, perturbaciones de sueño, afecciones negativas a la salud psíquica y mental, incrementos en la tensión arterial, arritmias, vasoconstricción, etc.) vía procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (intimidad familiar y personal y la inviolabilidad del domicilio)¹⁵⁸¹. Pero el ruido, como molestia y fenómeno psicológico puede tener también negativos efectos económicos. Así, el ruido repercute negativamente en el disfrute pacífico de la propiedad y, por tanto, en el precio del suelo o de la vivienda, o reduce los rendimientos vinculados a la explotación de la propiedad cuando, por ejemplo, los clientes de un hotel lo abandonan por los ruidos que en él se oyen. Los daños ocasionados de esta manera serán indemnizables vía acción de responsabilidad civil¹⁵⁸².

El art. 1908,2º CC ha servido también en algunas ocasiones a los particulares para reclamar por los llamados *daños medioambientales tradicionales*¹⁵⁸³. El uso de este precepto ha sido reclamado también por algunos autores de nuestra doctrina¹⁵⁸⁴. Así, se ha dicho que los daños mencionados son los que sufren los particulares en su persona o patrimonio a través de elementos que forman parte del medioambiente (una persona

¹⁵⁷⁹ Con más detención sobre el tema, Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001 de 24 de mayo”, *InDret* 01/2002, Agustín MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Las Rozas, 2004, Patricia CILLERO DE CABO, “La prueba del daño y de la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 2, 2004, pp. 2085-2111, María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y en Alemania*, op. cit.. Véase también, Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS, “El cumplimiento de las normas urbanísticas como requisito para la responsabilidad patrimonial por daños por ruido: comentario a la STS de 12 de enero de 2011”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, pp. 281-293, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 781-807.

¹⁵⁸⁰ SSTC de 24.05.2001 (RTC 2001, 119) y de 23.02.2004 (RTC 2004, 16).

¹⁵⁸¹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, op. cit., pág. 1504 y Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, op. cit., pág. 5. Este último autor critica esta solución porque hace ampliar de forma excesiva el alcance de los derechos fundamentales en cuestión y porque da una protección distinta a distintos casos sin justificación clara.

¹⁵⁸² Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. II, op. cit., pp. 858 y 865 y Joan Egea FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, op. cit., pág. 4.

¹⁵⁸³ Véase, por ejemplo, SSTs de 28.01.2004 (RJ 2004, 153) y de 14.03.2005 (RJ 2005, 2236).

¹⁵⁸⁴ Vide Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 2046 y ss. o EL MISMO, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pp. 578 y ss. Mariano YZQUIERDO TOLASADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pp. 313-317.

puede, por ejemplo, sufrir una enfermedad respiratoria por contaminación atmosférica¹⁵⁸⁵). Los daños medioambientales tradicionales difieren de los denominados *daños ecológicos puros* que recaen sobre los bienes de dominio público o *res nullius* y cuya protección está regulada por la Ley 26/2007 de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental (LRM)¹⁵⁸⁶. De acuerdo con dicha normativa, la protección del medio ambiente pertenece a las Administraciones públicas que la desempeñan en el desarrollo de su función de control y supervisión general de la actividad que afecta a los recursos naturales¹⁵⁸⁷. El amparo previsto por la LRM no se extiende a los daños a la persona, a los daños causados a la propiedad privada ni a ningún tipo de pérdida económica. El resarcimiento de estos daños es posible en base de la normativa que en su caso resulte de aplicación (art.5 LRM). De ahí que si se aceptase la tesis sobre la aplicación extensiva de los arts. 590 CC y 1908,2º CC, las acciones que derivan de estas normas jurídico-privadas y pertenecen al propietario de la finca son las siguientes: la negatoria (art. 590 CC) y la de responsabilidad civil (art. 1908,2º CC) las cuales podrían otorgar protección al medio ambiente, aunque solamente de forma indirecta¹⁵⁸⁸. Tales acciones son compatibles con las que tienen su fundamento en la mencionada LRM gracias a la falta de carácter sancionador de la indemnización civil (ésta no constituye una segunda sanción por los mismos hechos) y a la falta de identidad de las pretensiones: civil y administrativa (los objetivos de sus titulares no tienen por qué coincidir)¹⁵⁸⁹. De todas formas, siendo siempre adicional la protección que deriva del Derecho privado a la otorgada por el Derecho administrativo¹⁵⁹⁰, y asumiendo que las acciones jurídico-privadas desempeñan un papel de menor importancia¹⁵⁹¹, no resulta extraño que algunos autores hablen de “administrativización de la responsabilidad por daños ambientales”¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁵ STS de 16.01.1989 (RJ 1989, 101).

¹⁵⁸⁶ BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2007.

¹⁵⁸⁷ Carlos Ignacio GÓMEZ LIGÜERRE, “Los límites civiles del principio ‘quien contamina paga’”. Sentencia de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709)”, *CCJC*, núm. 92, mayo-agosto, 2013, pág. 187. Antes de la entrada en vigor de la LRM se posicionaban de esta manera MORALES/SANCHO, *Tratado práctico de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 637.

¹⁵⁸⁸ Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad, op. cit.*, pág. 19.

¹⁵⁸⁹ Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, “Autorización administrativa y daño en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental: paso adelante o paso atrás?”, *La Ley*, núm. 7078, 17 de diciembre de 2008.

¹⁵⁹⁰ Carlos Ignacio GÓMEZ LIGÜERRE, “Los límites civiles del principio ‘quien contamina paga’”. Sentencia de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709), *op. cit.*, pág. 187.

¹⁵⁹¹ Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad, op. cit.*, pág. 19.

¹⁵⁹² José ESTEVE PARDO, *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático.*, Marcial Pons, Madrid, pág. 12.

Finalmente, hay quienes opinan que, teniendo en cuenta la *ratio legis* del legislador español que añadió el art. 1908 CC pensando en los accidentes industriales más frecuentes de su época, el precepto enmarcado en dicho artículo, redactado de forma muy casuística, puede servir para la aplicación directa o por vía analógica a los daños causados por las actividades desarrolladas por toda clase de industrias peligrosas o nocivas, o instalaciones o construcciones de las que dimanase algún riesgo para las personas o propiedades ajenas¹⁵⁹³. Tal planteamiento, aunque plausible en cuanto a la idea de homogenizar el régimen de responsabilidad aplicable a los accidentes industriales o técnicos que posean una magnitud del riesgo similar, puede originar algunos problemas en la práctica. Pues bien, el artículo aquí comentado contiene cuatro apartados de los que sólo dos¹⁵⁹⁴ (el que se refiere a los humos excesivos y el que contempla la caída de árboles) introducen la responsabilidad objetiva. Los dos restantes (el que regula la explosión de máquinas y la inflamación de sustancias explosivas, por una parte, y el que rige en los supuestos de emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, por otra) dependiendo del autor que los interprete, representan casos de la responsabilidad por culpa o de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba¹⁵⁹⁵. Se trataría, por tanto, de una diversificación de regímenes que, aparte de dificultar la mencionada aplicación extensiva del art. 1908 CC, exigiría la identificación del factor que la justificase; coeficiente que no viene dada por el artículo comentado. Pues, por ejemplo, no es posible saber por qué siendo considerado el almacenamiento del material explosivo, en países como los Estados Unidos como un típico ejemplo de las actividades anormalmente peligrosas sujetas a la responsabilidad objetiva¹⁵⁹⁶, sin embargo se rige en España, de acuerdo con el artículo aquí comentado, por las formas subjetivas de la responsabilidad. En consecuencia, cabría preguntarse si no sería más deseable introducir dos cláusulas generales de la responsabilidad que catalogasen las actividades en función de la magnitud del riesgo que posean, imponiendo una la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba

¹⁵⁹³ Así, por ejemplo, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. II, *op. cit.*, pág. 848, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13038 y José Manuel MARTÍNEZ- PEREDA RODRÍGUEZ, “Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos”, *Tratado de Responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 1002. Planteó la posibilidad de basar en esta solución la resolución del TS de 14.03.2005 (RJ 2005, 2236) Albert RUDA GONZÁLEZ en su comentario a dicha sentencia en *CCJC*, núm. 71, 2006, pág. 714.

¹⁵⁹⁴ Según la doctrina mayoritaria.

¹⁵⁹⁵ Véase, más adelante, la sección referente al régimen de la responsabilidad en caso de inmisiones.

¹⁵⁹⁶ Véase la sección que concierne la §20 del *Restatement of the Law (Third)* americana.

en el caso de los daños causados por las actividades que presentan el riesgo de gravedad media, y, otra, la responsabilidad objetiva en los supuestos de los daños causados por las actividades especialmente peligrosas, habiendo sido ésta la solución propuesta por los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del Grupo Europeo de Derecho de Daños¹⁵⁹⁷.

La mencionada dualidad de regímenes (las emanaciones de cloacas y de depósitos de materias infectantes – art. 1908,4º CC- también constituyen supuestos de inmisiones¹⁵⁹⁸) fue precisamente, según algunos autores, la que dificultó la construcción de una responsabilidad objetiva por inmisiones¹⁵⁹⁹.

Podría argumentarse que cada de las mencionadas interpretaciones constituyen claro ejemplo de una extensión analógica por vía interpretativa del precepto en cuestión¹⁶⁰⁰ que, como tal, está estrechamente relacionada con el tema de la posibilidad de aplicación analógica de la responsabilidad objetiva a supuestos similares. Dicha materia es objeto de un comentario más extenso en otra parte de este trabajo¹⁶⁰¹ por lo que me limitaré solamente a puntualizar las cuestiones principales emergidas de este debate. Según el art. 5:102 de los PETL los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía con otros que originen un riesgo similar de daño. Al introducir este precepto los miembros del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW han tenido en mente seguramente los (pocos) países que, como Austria, permiten una aplicación jurisprudencial analógica de responsabilidad objetiva a los supuestos no previstos en la Ley. En España, sin embargo, un sector importante de la doctrina, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁰², es de la opinión que la regla

¹⁵⁹⁷ Véase también el capítulo que aborda el tema de la cláusula general.

¹⁵⁹⁸ Vide Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 294 y Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13039.

¹⁵⁹⁹ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13041. Problema este ha sido subrayado también por Albert RUDA GONZÁLEZ en el “Comentario a la Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236)”, *CCJC*, núm. 71, 2006, pág. 717.

¹⁶⁰⁰ Tal extensión no goza de aceptación unánime en nuestra doctrina. A modo de ejemplo, Javier LETE ARCHIRICA/José Manuel LETE DEL RÍO en *Derecho de obligaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005 pág. 686 se muestra contrario a la aplicación extensiva del art. 1908,2º CC a los supuestos de ruidos, señalando como procedente en este caso la norma del art. 1902 CC.

¹⁶⁰¹ Véase la sección referente a “Analogía”.

¹⁶⁰² Véase, en este sentido, el informe español elaborado a base del análisis de la legislación y jurisprudencia española en Miquel MARTÍN CASALS/ Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIU, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, pág. 291.

de responsabilidad objetiva no puede extenderse analógicamente¹⁶⁰³. No obstante, existen también autores¹⁶⁰⁴ que se muestran partidarios de la imposición analógica de la responsabilidad objetiva por nuestros tribunales. En cuanto al caso específico del art. 1908,2º CC, parece de transcendental importancia distinguir entre la interpretación extensiva y la aplicación analógica *sensu stricto*. Es a esta última a la que alude el art. 5:102 de los PETL y la que parece levantar tantas controversias en la literatura y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁰⁵. La inclusión de todo tipo de inmisiones en el ámbito de aplicación del art. 1908,2º CC parece proceder más bien de la interpretación extensiva de dicho precepto que de una aplicación analógica, siendo más controvertido el caso de los daños medioambientales tradicionales.

Finalmente, a modo de conclusión, se ha de señalar que la aplicación práctica del art. 1908,2º CC es escasa en la actualidad, siendo dos factores que se señalan como los que han contribuido al desuso del precepto: 1. Problemas interpretativos; y 2. La propensión del Tribunal Supremo de aplicar a los supuestos definidos en el precepto el art. 1902 CC en su vertiente “objetivizada”, es decir, la llamada doctrina del riesgo¹⁶⁰⁶.

2.2 Sujetos responsables.

En lo que al sujeto responsable del art. 1908.2 CC se refiere aplica todo el análisis desarrollado en el capítulo IV punto I.3.2, puesto que en materia del ámbito

¹⁶⁰³ Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA/Josep SOLÉ FELIU, “Compensation for Personal Injury in Spain”, Springer, Wien, 2003, pág. 251, Miquel MARTÍN CASALS, “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *InDret* 2/2005, Working Paper núm. 284, pág. 17, Y Miquel MARTÍN CASALS, “La modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *Cuestiones Actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. A Coruña 8 y 9 de abril de 2011*, Servicio de Publicaciones de Universidad de Murcia, 2011, pág. 62.

¹⁶⁰⁴ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pp. 1499-1500 basándose en la STS de 10.12.2002 (RJ 2002, 10435). El autor subraya, sin embargo, que dicha imposición debería limitarse solamente a actividades anormalmente peligrosas. Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 141-166. Véase también EL MISMO en, “Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 1992”, CCJC, núm.28, 1992, pág. 221. De acuerdo con dicho autor la resolución por él comentada aplica al caso enjuiciado la responsabilidad objetiva deducida de la legislación positiva por *analogía iuris*. A favor de la aplicación analógica también Albert RUDA GONZÁLEZ, “Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236)”, *op. cit.*, pp. 716-717.

¹⁶⁰⁵ Como ya se mencionó con anterioridad, el Tribunal Supremo, por lo general, se muestra reacio a aplicar responsabilidad objetiva cuando ésta no está impuesta por la Ley. No obstante, aislados *obiter dictas* parecen tímidamente acogerse a esta solución. Véase STS de 30.12.1980 (RJ 1980, 4815), STS de 20.01.1992 (RJ 1992, 192) y la mencionada ya STS de 10.12.2002 (RJ 2002,10435).

¹⁶⁰⁶ Una breve referencia a la interpretación extensiva y aplicación analógica, así como a las diferencias entre la una y la otra está incluida en el apartado referente a la analogía- capítulo II, 3.2.1.

subjetivo de aplicación el art. 1908 CC establece trato igualitario para todos los supuestos en él recogidos, señalándose como eventual responsable al propietario.

2.3 Régimen de la responsabilidad (art. 1908,2º CC).

La doctrina española no es unánime en lo que al régimen de la responsabilidad del art. 1908,2º CC se refiere. Los hay que tratan de forma conjunta todos los supuestos del artículo en cuestión. Hay también quienes, a los efectos aquí considerados, distinguen entre los distintos casos recogidos en el mismo. Así, algunos de los autores abogan por el carácter objetivo de las responsabilidades previstas en el art. 1908 CC¹⁶⁰⁷, mientras otros originalmente veían en ese artículo una aplicación precursora de la responsabilidad por riesgo que se materializaba en la inversión de la carga de la prueba y que podía tener consecuencia prácticas similares a las de una auténtica responsabilidad objetiva¹⁶⁰⁸. Los que comparten esta idea afirman que los supuestos del art. 1908 CC podrían englobarse dentro de la llamada doctrina de “la actividad peligrosa” que parte de la inversión de la carga de la prueba, elaborada por la doctrina italiana en base al art. 2050 CC italiano¹⁶⁰⁹. Recientemente, sin embargo, incluso los que abogaban por esta interpretación corrigen su criterio sosteniendo que no carece de sentido que no haber sido cuidadas las máquinas con la debida diligencia (inciso primero del núm.1); no estar las sustancias explosivas colocadas en lugar seguro y adecuado (inciso segundo del mismo número); ser los humos excesivos (número 2); o haber sido construidas las cloacas o los depósitos sin las precauciones adecuadas (núm.4) se interpreten como formas de describir conductas culposas, siquiera por omisión. De este régimen se excluye la responsabilidad del propietario del árbol del número 3 del artículo comentado que, según esta parte de la doctrina, se aproxima más a la fórmula utilizada por el art. 1905, siendo una instauración precursora del criterio de responsabilidad objetiva¹⁶¹⁰. Dicha interpretación corrobora la opinión de otro sector de la doctrina española que configura los preceptos de los números 1, 2 y 4 como los

¹⁶⁰⁷ Carlos ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 183-186.

¹⁶⁰⁸ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 575, EL MISMO, “art. 1908”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pág. 2046.

¹⁶⁰⁹ Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento”, *RES* núm. 55, pág. 40.

¹⁶¹⁰ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, año, pág. 151.

sujetos a la responsabilidad subjetiva y el del número 3 como el que refleja un más claro carácter de responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva atenuada¹⁶¹¹. Los que se unen a la opinión que la responsabilidad por humos excesivos es de carácter subjetivo señalan que en la doctrina se ha advertido que el hecho de que la emisión de humos sea excesiva apunta a la aplicación de un criterio de licitud/ilicitud que, como tal, es más bien característico de la responsabilidad por culpa¹⁶¹².

La doctrina mayoritaria, no obstante, afirma que el precepto del art. 1908,2º CC introduce la regla de responsabilidad objetiva, independiente de toda la culpa del supuesto responsable; eso a pesar de que el Código civil exige que los humos nocivos sean excesivos¹⁶¹³. Se señala que tal interpretación se justifica también por el hecho de que en el Ordenamiento jurídico español existe un numeroso grupo de normas que imponen la responsabilidad objetiva en los supuestos relacionadas con las inmisiones, como la Ley de Caza (art.33), la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos y sus predecesoras o la actual LRM¹⁶¹⁴.

La responsabilidad del art. 1908,2º se configura como objetiva también en opinión de la jurisprudencia española¹⁶¹⁵. No obstante, la práctica común hasta hoy día del Tribunal Supremo consistía en prescindir, en mayoría de los casos, de la aplicación del art. 1908,2º a los supuestos en él subsumibles. El Alto Tribunal español ha preferido aplicar en estos casos el art. 1902 CC haciendo uso de los criterios objetivadores basados en el riesgo creado, tales como presunción de la culpa¹⁶¹⁶ o la inversión de la carga de la prueba¹⁶¹⁷. Detrás de esta política se encuentra supuestamente el desconcierto que puede provocar la escueta y algo anacrónica formulación del art. 1908,2 CC y el hecho de que una visión muy amplia de la idea de culpa de la doctrina del riesgo que alivia la carga probatoria del perjudicado permite al juzgador llegar a los

¹⁶¹¹ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pág. 847.

¹⁶¹² Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, op. cit., pág. 1501.

¹⁶¹³ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, op. cit., pág. 2072, Luis Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*, vol. V, op.cit., pág. 395, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, op. cit., pág. 13040, Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 451-452, María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y en Alemania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 87.

¹⁶¹⁴ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, op. cit., pág. 13040.

¹⁶¹⁵ Véase, entre todas, STS 24.05.1993 (RJ 1993, 3727) y 07.04.1997 (RJ 1997, 2743).

¹⁶¹⁶ SSTS de 31.01. 1986 (RJ 1986, 444) y 07.04.1997 (RJ 1997, 2743).

¹⁶¹⁷ STS de 24.05.1993 (RJ 1993, 3727).

resultados muy parecidos a los que ofrece la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva del artículo citado¹⁶¹⁸. De hecho, dichos resultados llegarían incluso a igualar a los que resultaren de la aplicación de la responsabilidad objetiva en caso de que el Tribunal hiciera uso de la doctrina según la cual la mera producción del daño pone de manifiesto que faltaba algo por prevenir (el llamado *agotamiento de diligencia*)¹⁶¹⁹. Esta praxis que ha sido también detectada en otros países europeos, levantando severas críticas en los círculos comparativistas. A tal efecto, se ha señalado que ésta vicia la valoración de la culpa, oscureciendo de forma peligrosa la frontera y distorsionando la relación dialéctica entre la responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva¹⁶²⁰.

Existen también sentencias en las que ambos preceptos (el art. 1908,2º CC y art 1902 CC) aparecen juntos¹⁶²¹.

El art. 1908,2º CC se encuentra en relación directa con el art. 590 CC de finalidad claramente preventiva que permite al lesionado imponer al causante del daño la adopción de medidas dirigidas a eliminar o reducir la causa del daño¹⁶²².

Como ha sido mencionado con anterioridad, el problema de inmisiones ha sido regulado también por la Comunidad Autónoma de Cataluña. La Ley catalana de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad en su art. 3 ha introducido también el régimen objetivo de la responsabilidad por los daños sujetos a esta regulación. En este sentido, puede resultar algo confusa la redacción del inciso segundo de dicho artículo. La referencia que dicho precepto hace a las “inmisiones culposas o dolosas” no tiene otra finalidad que señalar que tales inmisiones quedan automáticamente prohibidas como ilegítimas¹⁶²³ y no sugiere, como lo han entendido

¹⁶¹⁸ Así, por ejemplo, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1499 y Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por daños ambientales según la jurisprudencia civil”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 204. Crítica de esta solución, Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 302.

¹⁶¹⁹ Así, por ejemplo, la STS de 24.05.1993 (RJ 1993, 3727). Véase también al Comentario de Albert RUDA GONZÁLEZ a la Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236), *op. cit.*, pág. 715.

¹⁶²⁰ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 117.

¹⁶²¹ STS de 29.10.2008 (RJ 2008, 5801).

¹⁶²² Miquel MARTÍN CASALAS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2071, Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 447.

¹⁶²³ María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y Alemania*, *op. cit.*, pág. 87.

algunos autores¹⁶²⁴, la imposición del régimen subjetivo de la responsabilidad establecida en la regulación comentada.

2.4 Causas de exoneración.

A falta de una regulación expresa, se asume que el supuesto responsable del art. 1908,2º CC puede ser exonerado de la responsabilidad probando la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. Claramente, *a maiori ad minus*, su responsabilidad se verá disminuida en caso de la concurrencia de culpas¹⁶²⁵.

2.5 Fundamento de la responsabilidad.

La doctrina española suele sentar el fundamento de la responsabilidad establecida en el art. 1908,2º CC en el riesgo creado, en el principio *ubi emolumentum ibi onus* o en ambos factores a la vez. Así, por ejemplo, existen opiniones de acuerdo con las que al tratar los supuestos regulados en el art. 1908 de forma autónoma los redactores del Código civil tenían en mente que todos ellos poseían un rasgo en común, es decir, el carácter de ser “riesgos” extraordinarios o fuera de lo normal¹⁶²⁶. Tal justificación del actuar del legislador no explica, sin embargo, la imposición de la responsabilidad objetiva en casos de la responsabilidad por humos excesivos (número 2 del art. 1908 CC) y de la responsabilidad por la caída de árboles (número 3 del art. 1908 CC) dado que los números 1 y 4 del mismo precepto legal, según la mayoría de la doctrina, introducen una simple responsabilidad basada en la culpa del perjudicado.

¹⁶²⁴ Véase, Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, *op. cit.*, pág. 166.

¹⁶²⁵ Así Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13040, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1501.

¹⁶²⁶ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio GIL DE LA CUESTA (coord.), *op. cit.*, pág. 150. De forma parecida Pedro DEL OLMO GARCÍA para quien los supuestos del art. 1908 constituyen típicos ejemplos de la responsabilidad por riesgo creado basados en el principio *cuius commoda eius incommoda*. Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1499.

En lo que al art. 1908,2 CC particularmente se refiere, la imposición de la responsabilidad objetiva suele justificarse con los argumentos basados en el riesgo creado¹⁶²⁷ o en el principio *ubi emolumentum ibi onus*¹⁶²⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele repetir copiosamente una fórmula según la cual “el núm. 2º del art. 1908 CC, ..., configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado ...¹⁶²⁹”. Algunas de las sentencias afirman también que la responsabilidad establecida en el núm. 2 del art. 1908 es de “claro matiz objetivo frente al tercero perjudicado” y que es una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica en cuestión y de cuyo funcionamiento se beneficia: *ubi emolumentum, ibi onus*¹⁶³⁰.

Y finalmente, cabe mencionar en este lugar la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de ruidos o contaminación acústica, supuestos subsumibles en el art.1908, 2º CC. Dicho Tribunal, aunque resolviendo un recurso en amparo de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el que se alegaba la vulneración de los derechos fundamentales definidos en los arts. 15 y 18 CE¹⁶³¹, declaró que dichos preceptos otorgan la protección “también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” que en el concreto caso enjuiciado dimanaban del incremento de ruidos nocturnos.

¹⁶²⁷ María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y Alemania*, op. cit, pág. 87.

¹⁶²⁸ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, op. cit., pág. 13040.

¹⁶²⁹ SSTs de 14.05.1963 (RAJ, vol. XXX, 1963, núm. 2699), de 30.10.1963 (RAJ, vol. XXX, 1963, núm. 4231), 07.04.1997 (RJ 1997, 2743), 15.03.1993 (RJ 1993, 2284), 24.05.1993 (RJ 1993, 3727).

¹⁶³⁰ Así, por ejemplo, STS de 15.03.1993 (RJ 1993, 2284).

¹⁶³¹ STC 119/2001 de 24.05.2001 (RTC 2001, 119). La sentencia declara que es posible una relación inmediata entre las inmisiones medioambientales y derechos fundamentales. Véase crítica de esta posición en Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STS 119/2001, de 24 de mayo”, *InDret* 01/2002.

3. Responsabilidad por la caída de árboles (art. 1908,3º CC).

3.1 Ámbito de aplicación.

El art. 1908,3º CC contempla la caída de árboles con lo que ésta ha de producirse para que el régimen pueda aplicarse. Otros supuestos, como aquéllos en que los daños están causados por un árbol pero sin que éste se caiga (por sus raíces, por ejemplo), o aquéllos en que el árbol se cae sin causar los daños que se producen después a causa de un desplazamiento de otros elementos (por ejemplo, los daños ocasionados por los árboles arrastrados por las aguas), o aquéllos en que ni el árbol se cae ni causa el daño (por ejemplo, los daños causados por un enjambre que se esconde en un árbol o los daños causados por un incendio que comienza en un árbol y se propaga o, comenzando en otro lugar, se propaga a través del árbol) se verán sujetos al régimen general del art. 1902 CC¹⁶³². En lo que se refiere a la responsabilidad por los daños producidos debido no a la caída del árbol, sino, una vez caído éste, a un choque contra el mismo, aquella no se regirá por el régimen del art. 1908,3º CC puesto que dicho precepto no aplica a los objetos que provocaron daños encontrándose inmóviles. No obstante, existen opiniones que señalan que tal constatación no debe ser interpretada de forma rígida porque podría llevar a extremos absurdos. De ahí que el propietario del árbol responda también por los daños causados no por la caída misma de éste, sino por un árbol que acaba de caer, si el suceso acaba de suceder (el periodo de producción del daño entre la caída y la producción del daño ha de ser escaso)¹⁶³³.

Aunque la jurisprudencia demuestra que los árboles que “protagonizan” los casos enjuiciados en la materia que nos ocupa son normalmente de grandes dimensiones, no se considera requisito que el árbol que cae causando daños fuera corpulento¹⁶³⁴.

¹⁶³² Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 102.

¹⁶³³ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁶³⁴ Así Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil*, *op.cit.*, pág. 381, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 311 y MORALES/SANCHO, *Tratado práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1993, pág. 628.

A pesar de que el art. 1908,3º se refiere a la caída del árbol en su totalidad tanto la doctrina española¹⁶³⁵, como la jurisprudencia en grado de casación¹⁶³⁶ y apelación¹⁶³⁷ admiten la responsabilidad del propietario del árbol por los daños causados por la caída de partes o componentes del mismo, como las ramas. El régimen de la responsabilidad establecido en el art. 1908,3º CC, sin embargo, no será de aplicación en caso de los daños causados por otros elementos del árbol, como, por ejemplo, hojas o frutos por tratarse de partes de proporciones no suficientemente grandes y, por ello, no susceptibles de causar daños con su caída. Estos supuestos se regirán por el régimen general del art. 1902 CC.

Para que la responsabilidad del art. 1908,3º CC prospere, el precepto exige también que el árbol causante del daño esté colocado en un sitio de tránsito. En lo que a esto último se refiere, en la literatura científica destacan varios intentos de su delimitación. Para algunos autores, los sitios de tránsito son viales, o caminos próximos al árbol, aunque no se requiere que la vía sea necesariamente pública¹⁶³⁸. No obstante, los hay quienes, en cambio, dan al concepto un sentido más amplio, entendiendo por tal no solamente lugar de paso, sino también una ubicación del árbol que le haga susceptible a causar daños¹⁶³⁹. Así, el sitio de tránsito puede ser, aparte de un lugar de paso, la ubicación del árbol cerca de una finca ajena, a la que pueda causar daño a bienes o a la persona¹⁶⁴⁰. Por lo general se excluye del ámbito de aplicación del art. 1908,3º CC los árboles situados lejos de finca ajena o vía transitable¹⁶⁴¹. Y, finalmente, una parte de la doctrina es de la opinión que lugar de tránsito significa que el árbol se encuentre en un lugar que pueda dañar a personas o cosas ajenas, no cuando se encuentra en el interior apartado de una finca¹⁶⁴².

¹⁶³⁵ Ricardo OYUELOS Y PÉREZ, *Digesto: Principios, doctrina y jurisprudencia referente al Código Civil español*, t. II, Madrid, 1917, pág. 128 y Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil, op. cit.*, 381

¹⁶³⁶ Véase, por ejemplo, STS de 28.03.1994 (RJ 1994\2526).

¹⁶³⁷ SSAP de Asturias de 18.07.2001 (JUR 2001, 282032), de Badajoz de 29.01.2002 (JUR 2002\74856), de Barcelona de 27.06.2005 (JUR 2005\180540), de Cantabria de 07.04.2000 (JUR 2000\190759), y de Madrid de 19.02.2002 (JUR 2002\149033).

¹⁶³⁸ Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil, op.cit.*, pág.381.

¹⁶³⁹ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles, op. cit.*, pág. 114.

¹⁶⁴⁰ Esther ALGARRA PRATS, *ibídem*, pág. 113.

¹⁶⁴¹ José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 277.

¹⁶⁴² MORALES/SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 639-640.

La jurisprudencia ha generado una amplia casuística en la materia, señalando como sitios de tránsito: camino público¹⁶⁴³, vías, parques, plazas, calles o cualquier otro sitio de naturaleza pública y de titularidad pública. Cumplen con dicho requisito también casos de árboles plantados en propiedad privada, pero próximos a camino público o vía pública o urbana¹⁶⁴⁴; árbol plantado en una propiedad privada próxima a una carretera¹⁶⁴⁵ o a una línea férrea¹⁶⁴⁶; recinto interior de una propiedad privada pero abierto al público¹⁶⁴⁷; propiedad privada abierta al público como una estación¹⁶⁴⁸ o un hotel¹⁶⁴⁹; árbol plantado en propiedad privada que cae en otra propiedad privada¹⁶⁵⁰; también árbol de una comunidad o urbanización que cae en una parcela privativa o de propiedad exclusiva del perjudicado¹⁶⁵¹.

Por el contrario, quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 1908,3º CC por no cumplir con el requisito de sitio de tránsito los casos de finca donde no haya paso de personas¹⁶⁵², los terrenos privados de una empresa¹⁶⁵³, aquellos lugares no destinados ni a la circulación ni al estacionamiento de automóviles¹⁶⁵⁴, y los recintos privados con prohibición de acceso¹⁶⁵⁵.

3.2 Sujetos responsables.

Según el tenor literal del art. 1908 CC el único sujeto responsable en todos los supuestos de dicho artículo es el propietario. Es por ello que, en cuanto al ámbito

¹⁶⁴³ STS de 26.03.2002(BDA JUR 2002, 91509)

¹⁶⁴⁴ SAP de Cádiz de 10.11.2000 (JUR 2001, 48567).

¹⁶⁴⁵ SSAP de Alicante de 15.01.1999 (AC 1999,2995), de Guipúzcoa de 20.06.2001 (JUR 2001, 305849), y de Álava de 11.07.2005 (JUR 2005,244238).

¹⁶⁴⁶ SSAP de Guipúzcoa de 29.07.2005 (JUR 2005, 237254) y de Guipúzcoa de 03.02.2005 (JUR 2005, 97850).

¹⁶⁴⁷ SSAP de Cantabria de 29.07.1994 (AC 1994,1187), de Barcelona de 03.03.2004 (JUR 2004, 119162), de Cáceres de 22.06.1999 (AC 1999, 7724), de Barcelona de 15.05.2002 (JUR 2002, 269210) y de Madrid de 23.06.2001 (JUR 2001, 249462).

¹⁶⁴⁸ SSAP de Cantabria de 07.04.2000 (JUR 2000, 190759) .

¹⁶⁴⁹ SAP de Las Palmas de 02.12.2004 (JUR 2005, 45927).

¹⁶⁵⁰ SSAP de Barcelona de 29.09.2000 (JUR 2001,41557), de Asturias de 17.07.2001 (JUR 2001, 309353), de Orense de 17.06.2002 (JUR 2002, 204062), de Barcelona 21.10.2002 JUR (2003, 105284), de Madrid de 03.02.2005 (JUR 2005, 110058).

¹⁶⁵¹ SAP de Zaragoza de 24.09.2001 (JUR 2001,291987).

¹⁶⁵² SAP de Cantabria de 29.06.2001 (JUR 2002, 121708).

¹⁶⁵³ SAP de Barcelona de 27.06.2005 (JUR 2005, 180540) y SAP de Vizcaya de 19.04.2002 (JUR 2002, 221496).

¹⁶⁵⁴ SAP de Zaragoza de 22.03.1993 Tol 382395.

¹⁶⁵⁵ SAP de Asturias de 18.07.2001 (JUR 2001, 282032).

subjetivo, se procederá con un análisis conjunto de los dos casos de responsabilidad objetiva establecidos en dicho precepto: La responsabilidad por la caída de los árboles (art. 1908,3º CC); y la responsabilidad por los humos excesivos (art. 1903,2º CC).

Se puede afirmar que existen dos interpretaciones de la cuestión aquí planteada, una ortodoxa y otra más flexible. De acuerdo con la primera, representada sobre todo por la jurisprudencia¹⁶⁵⁶, pero también por una parte, aunque minoritaria, de la doctrina española, el elenco de los sujetos responsables no se puede extender a otros que al propietario. El por qué de la responsabilidad del propietario por los daños causados en los supuestos descritos por el art. 1908 CC se encuentra en su derecho de propiedad¹⁶⁵⁷ o, por decirlo de otra manera, el estatuto jurídico de la propiedad constituye el fundamento de la responsabilidad del propietario en estos casos¹⁶⁵⁸. Ahora bien, en caso del art. 1908,3º CC el propietario del árbol en la mayoría de los casos coincidirá con el propietario del suelo¹⁶⁵⁹. En el caso del art. 1908,2º CC, sin embargo, es útil distinguir entre el dueño del suelo, y la propiedad (o control¹⁶⁶⁰) de sustancia. Quien responderá en este último supuesto será el propietario de la sustancia con independencia de la propiedad del bien inmueble en que se encuentre¹⁶⁶¹.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, suele otorgar la condición del sujeto responsable del art. 1908 CC a las personas que, en líneas generales, podríamos describir como las que ostentan la efectiva utilización, disfrute, control o explotación de la cosa causante del daño, puesto que son estas personas precisamente las que están encargadas de la supervisión y control de dicha cosa, pudiendo, en consecuencia,

¹⁶⁵⁶ Así, por ejemplo, SSAP de Álava de 22.09. 1993 (AC 1993, 1739), de Asturias de 17.07.2001 (JUR 2001, 309353), de Pontevedra de 13 .03. 2003 (EDJ 2003, 45419) y de Guipúzcoa de 03.02.2005 (JUR 2005, 97850).

¹⁶⁵⁷ José CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, Madrid, 1981, pág. 950.

¹⁶⁵⁸ Quintus MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXXI, Madrid. 1974, revisado y puesto al día por Pascual MARTÍN PÉREZ, pág. 616.

¹⁶⁵⁹ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales...), *op. cit.*, pág. 168 y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 312. Si los demandados son dueños del terreno, pero no de los árboles, no pueden ser responsables ex art. 1908,3º CC. Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, *op. cit.*, pág. 153. Sobre la propiedad separada del suelo y de los árboles, véase Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *RDN*, 1970, pp. 73 y ss.

¹⁶⁶⁰ Véase más adelante.

¹⁶⁶¹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *Código Civil Comentado*, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pág.1502.

adoptar las medidas necesarias para disminuir el posible riesgo de daños¹⁶⁶². En la mayoría de los casos este sujeto se corresponderá con el propietario. Así lo entienden algunos autores que parten de la posición intermedia entre las dos posiciones mencionadas con anterioridad, otorgando el papel preponderante al propietario, en cuanto sujeto responsable, y admitiendo la responsabilidad de otros sujetos sólo en determinados casos. Según este corriente, el riesgo que dimana de la posesión de las cosas mencionadas en el art. 1908 CC es disminuido cuando se trata de un instante. No obstante, adquiere relevancia si lo valoramos en un intervalo más largo de tiempo. De ahí que la mejor solución sea la de imputar la responsabilidad al propietario, puesto que el título que ostenta es de mayor duración. Esto se traduce en que el propietario tenga más influencia sobre el riesgo. Además goza de unas facultades de disposición, abandono o destrucción de la cosa que no posee el usufructuario, arrendatario o depositario. Siguiendo esta línea de interpretación, es verdad que el mero tenedor tiene el control de las condiciones generales del riesgo. No es menos cierto, sin embargo, que dicho control no es completo. El mero poseedor de la cosa no es capaz de eliminar totalmente los riesgos que de ella dimanen; cosa que sí puede hacer el propietario si decide destruir dicha cosa o simplemente no crearla¹⁶⁶³. Es por ello que, incluso en el caso de usufructo, debería seguir respondiendo el propietario o, en el peor de los casos, los dos responderán de forma solidaria. Sería deseable, sin embargo, que toda la responsabilidad se concentrase en manos de una única persona, siendo el propietario la persona que más se adecua a este propósito¹⁶⁶⁴. Otros sujetos pueden responder del art. 1908 CC a medida que lo permita la aplicación analógica de otros supuestos codiciales de la responsabilidad objetiva. Existen tendencias doctrinales que van incluso más allá, alegando que el propietario demandado que no ejerce el control sobre la cosa no puede oponer esta circunstancia frente al actor, pudiendo o bien responder solidariamente con quien ejerce dicha control, o bien primero indemnizar al perjudicado y después repetir contra el que tiene efectivo control sobre la cosa, siendo tal situación consecuencia de su condición de propietario, que le legitima pasivamente para ser demandado¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶² Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2071.

¹⁶⁶³ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

¹⁶⁶⁴ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales ...)”, *op. cit.*, pág. 166 y ss.

¹⁶⁶⁵ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, *op. cit.*, pág. 154.

Y finalmente, la doctrina mayoritaria considera que más que el propietario, es responsable del art. 1908 CC la persona que controla el riesgo dimanante de una cosa que pudiera causar daños a terceros¹⁶⁶⁶. A este efecto se señala, por ejemplo, que los supuestos del artículo comentado no pueden convertirse en mera “responsabilidad de la propiedad”, especialmente en los casos en los que el daño fue resultado de estados que estaban fuera del alcance del control del propietario dado que éste cedió el uso de la cosa a otra persona. No se puede legal o racionalmente exigir del dueño que supervise constantemente el estado de la cosa o el uso que de ella haga el cesionario. Cuestión distinta sería que, a pesar de la cesión del uso de la cosa, el dueño conservase el deber de cuidado de ésta¹⁶⁶⁷. Los hay quienes, al hablar del art. 1908,3º CC, vinculan además el control de la cosa con la máxima *cuius est commoda eius est incommoda*. En consecuencia, será responsable objetivamente quien está en mejor posición para controlar el riesgo a que se refiere la norma y quien, además, disfruta y se aprovecha de forma estable de la cosa o del lugar del que ésta procede¹⁶⁶⁸. La misma idea (el control de la cosa o actividad) se encuentra supuestamente detrás de la asignación como sujeto responsable del art. 1908 CC del poseedor inmediato, tal como usufructuario, arrendatario o comodatario¹⁶⁶⁹. En cuanto a la emanación de humos se presumirá la responsabilidad del propietario del suelo, de la máquina, instalación o sustancia que para exonerarse de la responsabilidad tendrá que demostrar que la posesión inmediata y su control pertenecen a otra persona¹⁶⁷⁰. En el marco del art. 1908,3º CC se ha dicho también que responderá por los daños causados la persona que responde de la actuación de otra. La razón para esta solución se encuentra en que es aquella la que permite o no

¹⁶⁶⁶ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2071 y Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *Código Civil Comentado*, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pág. 1502. Aunque con el matiz que, como hemos mencionado líneas más arriba, el propietario se convierte en cierto “garante procesal” del perjudicado Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, *op. cit.*, pág. 154. En cuanto a la responsabilidad dimanante del art. 1908,2º CC véase LA MISMA, *La defensa jurídico civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 448. De forma parecida, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 552.

¹⁶⁶⁷ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pág. 2039 y ss.

¹⁶⁶⁸ Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario a la sentencia de 21 de mayo de 2001”, *CCJC* núm. 57, 2001, pág. 873 y ss. Esta es también la proposición *de lege ferenda* de Albert RUDA GONZÁLEZ, “Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236)”, *CCJC*, núm. 71, 2006, pág. 721.

¹⁶⁶⁹ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pp. 311-312, José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. III, Barcelona, 1983, pág. 128 y Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. II, Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2004, pp. 381-382.

¹⁶⁷⁰ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1502.

impide, pudiendo jurídicamente hacerlo, la producción del daño¹⁶⁷¹. Así lo entendió la SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2000¹⁶⁷² en la que el Tribunal declaró responsable con fundamento en el art. 1903 CC a una empresa que encargó a otra la realización de una obra, argumentando que aquélla no vigiló suficientemente la maquinaria utilizada por la constructora en la ejecución de dicha obra. Tal maquinaria emitía ruidos excesivos contraviniendo las normas reglamentarias sobre contaminación acústica de medio ambiente.

En Alemania el resarcimiento de los daños causados a bienes jurídicos a raíz de una injerencia medioambiental generada por una instalación es posible a través de la Ley alemana sobre responsabilidad por daños al medio ambiente (*Umwelthaftungsgesetz, UmweltHG* en adelante). En virtud de la normativa la responsabilidad recae sobre el titular de la instalación. La regulación, sin embargo, guarda silencio en lo que a la definición de éste se refiere, dejando abierto el abanico de las posibilidades. La figura no tiene por qué coincidir necesariamente con el operador de la instalación, ni con la del propietario de la misma. Según la doctrina¹⁶⁷³, el sujeto responsable de la *UmweltHG* es la persona física o jurídica que utiliza por cuenta propia la instalación que provoca el daño, que tiene el poder de disposición sobre ella y que costea su mantenimiento, por tanto, quien establece y controla la fuente de peligro¹⁶⁷⁴.

3.3 Régimen de la responsabilidad.

Se puede afirmar que la calificación que la doctrina ha dado al supuesto de la responsabilidad por la caída de árboles del art. 1908,3º CC ha evolucionado con el paso de tiempo. Las opiniones más antiguas situaban el supuesto aquí comentado dentro de la categoría de responsabilidad por culpa¹⁶⁷⁵. Los hay también quienes quieren ver en el

¹⁶⁷¹ María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y en Alemania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 89-90.

¹⁶⁷² (AC 2001, 168).

¹⁶⁷³ Jürgen KOHLER, "Umwelthaftungsrecht", *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Karl-Heinz GURSKY (ed), Libro III, *Sachenrecht*, Sallier de Gruyter, Berlin, 2002, pág. 203.

¹⁶⁷⁴ María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y en Alemania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 91.

¹⁶⁷⁵ Gregorio BURON GARCÍA, *Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1898, pág. 153, Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, pág. 404, José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. III, Reus, Madrid,

precepto el precursor de la llamada responsabilidad por riesgo, es decir, de la responsabilidad por culpa con la “inversión de la carga de la prueba” que encaja en la denominada doctrina de “la actividad peligrosa” introducida por el art. 2050 CC italiano¹⁶⁷⁶. Esta misma calificación han dado al supuesto algunas decisiones aisladas en grado de apelación¹⁶⁷⁷. La doctrina dominante, sin embargo, afirma que la responsabilidad por la caída de árboles reviste un claro matiz objetivo¹⁶⁷⁸. Que el supuesto del art. 1908,3º es un evidente ejemplo de responsabilidad objetiva ha sido confirmado también en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 14 de marzo de 1968, que versaba sobre un caso de caída de un árbol, el Alto Tribunal español declaró de forma general que “no es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva haya quedado trasnochada, sino que al contrario, es una aspiración del Derecho moderno que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o estén bajo su guarda, hallándose en plena elaboración la delimitación de estos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos - teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad-, viéndose ya algunos ejemplos en

1976, pp. 455 y ss., t. XII, Reus, Madrid, 1973, pp. 912-913, Antonio MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, t. IV, Kessinger Publishing, Madrid, 1923, pág. 424, Quintus MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. VII, Madrid, 1943, pág. 206, t. XXXI, Madrid, 1974, pp. 613 y ss.

¹⁶⁷⁶ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 80 y ss., EL MISMO, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 550 y 560-561, EL MISMO, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pág. 2046 y Antonio CABANILLAS SANCHEZ, “La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento”, *RES* núm. 55, julio-septiembre 1988, pág. 40.

¹⁶⁷⁷ SAP de Barcelona de 29.09.2000 (JUR 2001, 41557), de Pontevedra de 13.03.2003 (AC 2003\448), de Tarragona de 08.11.2009 (JUR 2005, 36334).

¹⁶⁷⁸ Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. II, Madrid, 2004, pp. 968-969, Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 123, Antonio BORRELL MACIA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 35 y ss., José CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1981, pág. 950, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 143, EL MISMO, “Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva”, *op. cit.*, pp. 166-167, Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *Código Civil Comentado*, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pág. 1501, Luis Díez PICAZO/Antonio GULLÓN BALLESTRO, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 572, Carlos LASARTE, *Principios de Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 381, Miquel MARTÍN CASALS/José SOLÉ FELIU, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 2072, Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil*, Madrid, 2003, pág. 2055, Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *Comentarios al Código Civil*, Ricardo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 13041, EL MISMO, “Comentario a la Sentencia de 21 de mayo de 2001”, *op. cit.*, pp. 872 y ss., M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Jurisprudencia civil comentada*, PASQUAU LIAÑO (dir.), t. II, Granada, 2000, pág. 3359, Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 273, Carlos ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 186-187, Jaime SANTOS BRIZ, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, Manuel ALBALADEJO (dir.), t. XXIV, Madrid, 1984, pág. 636, EL MISMO, *Código civil (Doctrina y jurisprudencia)* ALBÁCAR LÓPEZ (dir.), Madrid, 1995, pág. 1755.

nuestro Código cuando dispone en el art. 1908,2º que responderán los propietarios de los daños causados por humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades, sin exigir, como en otros supuestos de daños, que éstos sobrevengan por haber construido sin las precauciones adecuadas, o por no estar las cosas en lugar seguro y adecuado, o por falta de las reparaciones necesarias; como también en los daños producidos por caída de árboles, por los daños causados por animales e incluso por la caída de una cosa de una casa, art. 1908,3º y 1910¹⁶⁷⁹. Finalmente, la más reciente jurisprudencia declara que el art. 1908,3º CC “no exige directamente la culpa del propietario” por lo que se cataloga “junto con otros casos, como ejemplos dentro del CC de responsabilidad objetiva (v.gr. no basta para excluir una prueba del demandado sobre su actuación diligente, es preciso demostrar que el accidente no lo ocasionó “la fuerza mayor”¹⁶⁸⁰).

3.4 Causas de exoneración.

Según el tenor literal del art. 1908,3º CC, el único supuesto en el que el causante del daño puede quedar exonerado de la responsabilidad es el de fuerza mayor. El precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia de doble manera. Así, existen resoluciones que hacen hincapié en la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor dado que, de acuerdo con ellas, sólo esta última tiene fuerza liberadora en lo que a la responsabilidad por los daños causados por la caída de los árboles se refiere¹⁶⁸¹. Esta tendencia, se puede afirmar, es la dominante. Comparte este posicionamiento la doctrina española que también reconoce la fuerza mayor como la única causa de exoneración del art. 1908,3º CC¹⁶⁸².

Según otra línea jurisprudencial, minoritaria, el supuesto causante del daño puede quedar liberado de la responsabilidad del art. 1908,3º CC por cualquier elemento

¹⁶⁷⁹ STS de 14.03.1968 (EDJ 1968, 212).

¹⁶⁸⁰ SAP de Baleares de 10.02.2001 (AC 2001, 2421).

¹⁶⁸¹ Véase, en este sentido, SSAP de Teruel de 04.10.1993 (AC 1993, 2020), de Madrid de 23.06.2001 (JUR 2001, 249462), de Cantabria de 08.02.2002 (JUR 2002, 135396), de las Palmas de 02.12.2004 (JUR 2005, 45927) y de Madrid de 18.03.2005 (JUR 2005, 107586).

¹⁶⁸² Luis Díez PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 572, Carlos LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, t. II, Madrid- Barcelona, 2004, pág. 381, MORALES/SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Granada, 1995, pág. 640, Encarna ROCA TRIAS, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 273, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 311.

que intervenga en el curso causal, es decir, tanto caso fortuito como fuerza mayor, la culpa de la víctima o el acto de un tercero¹⁶⁸³.

En la mayoría de los casos que enjuician supuestos de daños causados por la caída de árboles y que consideran la exoneración del supuesto responsable debido a la intervención de fuerza mayor se alega al viento como materialización de ésta. No obstante, en la doctrina se señaló que los tribunales no tienden a apreciar fácilmente su concurrencia. Para que el viento tenga la fuerza liberadora, éste ha de ser inevitable, lo que, se traduce en que dicho viento alcance los registros elevados de velocidad (alrededor de 100 km/hora), y en que sea imprevisible. La práctica judicial muestra que ambos factores están relacionados el uno con el otro, puesto que los tribunales tienden a considerar que el viento es imprevisible cuando sopla con la velocidad por encima de los parámetros de medida mencionados con anterioridad. Es precisamente cuando puede afirmarse casi con seguridad que dicho viento excede de las previsiones de las facultades normales de un hombre medio. Teóricamente, sin embargo, debería considerarse previsible y, en consecuencia evitable, también un viento fuerte o muy fuerte si es a la vez no frecuente, pero esporádicamente usual¹⁶⁸⁴.

La evitabilidad se suele valorar también en términos cuantitativos: si el número de árboles u otras cosas que se caen en las mismas circunstancias y en las proximidades es elevado, hecho éste corrobora en que el evento dañoso se considere con más facilidad como aquel en que ha intervenido la fuerza mayor, llegándose a la conclusión de que si muchas cosas se vieron afectadas por el fenómeno, es porque sus efectos eran inevitables. En cambio, si el árbol en cuestión es el único que se cayó y otros árboles y cosas no se vieron afectados se deduce de esta situación que el daño causado por el árbol era evitable, con lo que no era resultado de fuerza mayor¹⁶⁸⁵.

En cuanto a otros fenómenos, como inundaciones o terremotos, que podrían catalogarse como eventos de fuerza mayor, se puede afirmar que hasta hoy en día no se ha generado casuística ninguna en esta materia.

¹⁶⁸³ SSAP de la Coruña de 15.11. 2000 (JUR 2001, 69788) y de Barcelona de 15.05.2002 (JUR 2002, 269210).

¹⁶⁸⁴ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pág. 135.

¹⁶⁸⁵ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 135.

Finalmente, aplicar al supuesto de la responsabilidad por daños causados por la caída de árboles otras causas de exoneración parece hasta imposible. Como afirma una parte de la doctrina, la intervención de un tercero que provoca la caída del árbol con su directa intervención no puede ser considerada como causa de exoneración porque sale del ámbito de aplicación del art. 1908,3º CC. Este último aplica solamente a aquellos casos de caída de árboles en los que no hay intervención humana. En otras palabras, el supuesto se rige por el régimen del art. 1908,3º CC cuando el árbol cae por la acción de gravedad y por causas naturales. De ahí que el supuesto en el que un árbol caiga talado por el tercero causando daños a otro estará sujeto al régimen general del art. 1902 CC y no a la responsabilidad objetiva del art. 1908,3º CC¹⁶⁸⁶.

En cuanto a la culpa de la víctima varias decisiones, sobre todo en grado de apelación, han considerado la existencia de esta causa de exoneración de la responsabilidad por los daños causados por la caída de árboles en el supuesto responsable¹⁶⁸⁷.

En lo que a la doctrina se refiere, se señala que es difícil imaginar concurrencia de esta causa de exoneración en caso de la responsabilidad por daños causados por la caída de árboles. En la práctica, dos podrían ser los ejemplos de la culpa de la víctima en los casos que constituyen objeto de este subcapítulo: uno en el que la víctima zarandea violentamente el árbol que, en consecuencia se le cae encima, y otra en la que la víctima a pesar de que la zona alrededor del árbol esté vallada o restringida, y no obstante todas las advertencias sobre la caída de dicho árbol proceda a entrar al territorio descrito, corriendo el riesgo de producción de daños. Dicho esto, el primero de los casos parece poco factible teniendo en cuenta las dimensiones del árbol. En el segundo supuesto falta el requisito de sitio de tránsito que desencadena la aplicación de la responsabilidad del art. 1908,3ª CC puesto que el evento dañoso se produce en la

¹⁶⁸⁶ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pág. 138.

¹⁶⁸⁷ Libera de la responsabilidad al supuesto causante del daño a causa de la culpa exclusiva de la víctima (esta última chocó con el árbol debido a la alta velocidad con la que conducía el coche; en la zona había buena visibilidad que permitía evitar el choque) la SAP de la Coruña de 15.11.2000 (BDA JUR 2001, 69788). Por su parte, la SAP de Asturias de 18.07.2001 (BDA JUR 2001, 282032) considero no responsable al propietario de un árbol ubicado en su propiedad, del que se desprendió una rama que cayó sobre un vehículo allí estacionado, cuando dicho vehículo había accedido al recinto no obstante la prohibición expresa del propietario. La concurrencia de culpa ha sido objeto de algunas sentencias en grado de apelación. En estos casos, sin embargo, los Tribunales se mostraron poco propensos a admitir las alegaciones del actor. Véase, a este efecto, la SAP de la Coruña de 19.02.2004, RRCCS, núm.7, 2004, pp. 41 y ss. y SAP de Barcelona de 03. 03.2004 (JUR 2004, 119162).

propiedad privada a la que la víctima accede pese a la señal de prohibición, siendo este terreno, en consecuencia, excluido del tránsito¹⁶⁸⁸.

3.5 Fundamento de la responsabilidad.

Gran parte de la doctrina española sitúa el fundamento de la responsabilidad objetiva del art. 1908,3º en la creación de un riesgo extraordinario o especial¹⁶⁸⁹. El riesgo en este caso consiste en la caída de un “árbol corpulento” en el sitio de tránsito¹⁶⁹⁰ y se explica por la entidad o gravedad de daños que dicha caída pueda provocar¹⁶⁹¹. Así, se ha dicho que la imposición de la responsabilidad objetiva en caso del art. 1908,3º CC encuentra su justificación en el riesgo o peligro que presenta la ubicación de árboles en un determinado lugar, dado que se trata con objetos con unas características peculiares que hacen que su caída puede causar daño con facilidad (elevación a cierta altura del suelo, cierta dimensión o envergadura, etc.). La probabilidad de la producción del daño se ve incrementada por el espacio en el se encuentran dichos árboles -sitios de tránsito- tratándose con los lugares en los que su caída puede especialmente causar daños a bienes ajenos y/o a terceras personas¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁸ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pp. 140-141.

¹⁶⁸⁹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, op. cit., pág. 1499 y 1501. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, t. X, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2006, pág. 254, Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pág. 98, Luís Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas Thomson Reuters, Cizur menor, 2011, pp. 394-396. Este último autor, aunque no alude expresamente al riesgo como fundamento de la responsabilidad del art. 1908,3º CC, incluye este supuesto en el capítulo referente a las actividades especialmente peligrosas o nocivas.

¹⁶⁹⁰ Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, t. X, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2006, pág. 254. Esther ALGARRA PRATS señala, sin embargo, que a pesar de que en práctica se tratará con la caída de árboles de dimensiones más o menos considerables como para causar daños con su caída, el tenor literal del precepto del art. 1908,3ª CC no exige que el árbol sea corpulento, de forma que lo hace el art. 390 CC; basta con que se produzca la caída de un árbol, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y de otras cosas*, op. cit., pag. 98. Así también Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pág. 311 y MORALES/SANCHO, *Tratado práctico de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 628.

¹⁶⁹¹ Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pág. 98.

¹⁶⁹² Esther ALGARRA PRATS, *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, op. cit., pág. 163.

Algunos autores, con tal de justificar la imposición de responsabilidad objetiva en el caso del art. 1908,3º CC, se remiten a la máxima latina *ubi emolumentum ibi onus* argumentando que el que ha creado el riesgo, beneficiándose a la vez del objeto del que dimana dicho riesgo debe soportar la responsabilidad en caso de que el daño se produzca¹⁶⁹³. Tal posicionamiento está de acuerdo con la idea según la que todo el art. 1908 CC ha sido creado en la línea de una responsabilidad por el riesgo de la empresa¹⁶⁹⁴.

No obstante, hoy en día, como bien señala una parte de la doctrina, la responsabilidad objetiva por la caída de los árboles puede estar catalogada como un supuesto “clásico” de la responsabilidad por riesgo en el sentido de que la acentuada peligrosidad que este tipo de eventos dañosos presentaba en el momento en el que se redactaba el Código Civil, hoy en día comparada con otros riesgos diamanantes de las actividades que nacieron a causa del progreso tecnológico lleva a la conclusión de que se trata con sucesos que actualmente son casi anecdóticos¹⁶⁹⁵.

4. Responsabilidad por la caída o arrojamiento de las cosas (art. 1910 CC).

4.1 Ámbito de aplicación.

4.1.1 La delimitación del lugar desde el que la cosa se cae o es arrojada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado una interpretación extensiva a la expresión “habitar una casa o parte de ella”¹⁶⁹⁶. Así, se suele entender bajo este precepto no solamente casas con uso de vivienda, como pisos, chalets o casas individuales¹⁶⁹⁷, sino también locales de negocio¹⁶⁹⁸ como hostales¹⁶⁹⁹, oficinas¹⁷⁰⁰,

¹⁶⁹³ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 13041 y Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1499.

¹⁶⁹⁴ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1908”, *op. cit.*, pág. 1499.

¹⁶⁹⁵ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, t. 9, Igancio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pág. 166.

¹⁶⁹⁶ Jorge SIRVENT GARCÍA, “Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pág. 39.

¹⁶⁹⁷ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁶⁹⁸ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, pág. 2053.

¹⁶⁹⁹ SAP de León de 15.12.1994 (AC 1994\2131).

clínicas dentales¹⁷⁰¹, hospitales¹⁷⁰², discotecas y bares¹⁷⁰³ o naves industriales¹⁷⁰⁴. El lugar desde que se caen o arrojan las cosas del art. 1910 CC ha de ser susceptible de ser habitado¹⁷⁰⁵, por lo que quedan fuera del alcance de este precepto andamios, grúas, postes, camiones etc¹⁷⁰⁶. No obstante, el artículo se extiende a las superficies exteriores que utiliza el ocupante de la vivienda, como pueden ser por ejemplo los balcones¹⁷⁰⁷ o terrazas¹⁷⁰⁸. De forma parecida, la expresión “casa o parte de ella”, aparte de los espacios habitables, comprende también resto de dependencias dedicadas a otras funciones como la cocina o el baño. El artículo aplica independientemente del uso que se dé a la estancia e incluye superficies, estén o no conectadas con las habitaciones que efectivamente se destinen a la vivienda. En caso de que la cosa proceda de espacios comunes de edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal como la escalera o el terrado, la indemnización de los daños producidos corre de parte de la Comunidad de Propietarios¹⁷⁰⁹. La doctrina entiende también que la cosa que se arroja o se cae no puede formar parte del edificio mismo (fachada, cornisa, balcón etc)¹⁷¹⁰, ni puede desprenderse del mismo por falta de reparaciones, o por defecto del suelo o la construcción, en cuyo caso serían de aplicación arts. 1907 o 1909 CC¹⁷¹¹.

4.1.2 Cosas que se arrojen o cayeren.

La expresión “cosas que se arrojen o cayeren” se ha de entender en sentido amplio. Tal precepto constituye un *numerus apertus* y dentro de él “han de incluirse tanto cosas solidas como las líquidas que de una forma u otra, caigan de la vivienda y

¹⁷⁰⁰ SAP de Málaga de 07.03.1995, A.C. 1995, núm. 19, 1630.

¹⁷⁰¹ STS de 26.06.1993 (RJ 1993, 5383).

¹⁷⁰² STS de 12.03.1975 (RJ 1975, 1798).

¹⁷⁰³ SAP de Tarragona de 01.02.2010 (AC 2010\381), STS de 21.05.2001 (RJ 2001, 6464) y SAP de Alicante 15.05.2002 (JUR 2002, 188810).

¹⁷⁰⁴ STS de 10.02.2006 (RJ 2006, 674).

¹⁷⁰⁵ Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del Código Civil”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio, Menéndez*, op. cit., pág. 4779.

¹⁷⁰⁶ Jorge SIRVENT GARCÍA, “Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pág. 39.

¹⁷⁰⁷ SAP de Guipúzcoa de 03.04.1998 (AC 1998, 6897).

¹⁷⁰⁸ SAP de Málaga de 01.06.2011 (JUR 2011, 340455).

¹⁷⁰⁹ Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, op.cit., pp. 61-62.

¹⁷¹⁰ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 2053.

¹⁷¹¹ Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1910”, *Comentario al Código Civil*, 3ª ed. Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 2169.

causen daño a tercero en su persona o en sus bienes¹⁷¹²».

En otro orden de cosas, se ha dicho que el precepto se aplicará no solamente en los casos en los que la cosa realice un movimiento de arriba abajo; siendo estos los que suceden con más frecuencia, sino también en aquellos en los que sin darse un desnivel la cosa se desplaza (filtraciones de agua). Dentro del ámbito de aplicación del artículo se se incluyen incluso casos en los que la cosa sube arriba, como en el supuesto de las emanaciones de gas¹⁷¹³. En lo que a estos últimos se refiere, el precepto se extiende a derramamiento de gases que cause daños a terceros, dejando fuera del ámbito de aplicación de la norma supuestos de daños producidos por percusiones de gases¹⁷¹⁴.

La jurisprudencia ha identificado como objetos arrojados o caídos a los que aplica el art. 1910 macetas¹⁷¹⁵, ceniceros o vasos¹⁷¹⁶, colillas arrojadas desde pisos superiores que provocan incendios¹⁷¹⁷, piedras colocadas en el alfeizar de una ventana¹⁷¹⁸, caída de uralitas¹⁷¹⁹, liquido corrosivo arrojado desde una vivienda colindante¹⁷²⁰, objetos de madera lanzados desde una vivienda¹⁷²¹, o cascotes y restos de obra lanzados desde un edificio en construcción¹⁷²², entre muchas cosas. Se ha incluido dentro del ámbito de aplicación del precepto también¹⁷²³ casos de desprendimiento de una ventana del inmueble, por la manipulación de una bicicleta¹⁷²⁴, en el interior de una vivienda, por el impacto de un ladrillo¹⁷²⁵, por la caída de un palet¹⁷²⁶ dejado junto a un contenedor o por la caída de tierra de una maceta¹⁷²⁷.

Finalmente, existe un grupo de casos en los que la aplicación al caso del art. 1910 es controvertida, suscitando dudas no solamente en la doctrina sino también en la

¹⁷¹² SSTS de 12.04.1984 (RJ 1984, 1958), 20.04.1993 (RJ 1993, 3103) y de 06.04.2001 (RJ 2001, 3636).

¹⁷¹³ Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del Código Civil”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio, Menéndez, op. cit.*, pág. 4782.

¹⁷¹⁴ Jorge SIRVENT GARCIA, „Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pág. 36, n. 47.

¹⁷¹⁵ STS de 04.12.2007 (RJ 2008, 39).

¹⁷¹⁶ STS de 21.05.2001 (RJ 2001, 6464).

¹⁷¹⁷ SSAP de Pontevedra de 02.10.2000 (JUR 2001, 20047) y de Santa Cruz de Tenerife de 15.04.2002 (JUR 2002, 183953).

¹⁷¹⁸ SAP de Málaga de 19.07.1999 (AC 1999, 6965).

¹⁷¹⁹ SAP de Ourense de 10.10.2007 (JUR 2008, 79131).

¹⁷²⁰ SAP de Madrid de 29.09.2006 (JUR 2006, 268468).

¹⁷²¹ SAP de Barcelona de 16.03.2006 (JUR 2006, 24757).

¹⁷²² SSAP de Ávila de 20.04.2001 (JUR 2001, 181388) y de Vizcaya de 14.02.2006 (JUR 2006, 156805).

¹⁷²³ Recogido por Area RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, op.cit., pág. 66.

¹⁷²⁴ SAP de Madrid de 20.12.1993 (AC 1993, 2509).

¹⁷²⁵ SAP de Málaga de 07.03.1995 (A.C., 1995- 19, 1630).

¹⁷²⁶ SAP de Barcelona de 23.04.1997 (AC 1997, 851).

¹⁷²⁷ SAP de Guipúzcoa de 03.04.1998 (AC 1998, 6897).

jurisprudencia. Éste será el caso de los animales; elementos que no fueron colocados voluntariamente en la parte exterior de la vivienda por ninguno de los ocupantes de ésta, como nieve acumulada o tejado, o nidos de aves; así como supuestos de caídas de personas. Divergentes son las soluciones presentadas al respecto. Nos limitaremos a señalar solamente algunas de ellas. Así, por ejemplo, de acuerdo con algunos autores el caso de caída o lanzamiento de animales encuentra una cabida perfecta en el específico art. 1905 CC que establece la general responsabilidad del poseedor por animales con lo que una adicional aplicación al caso del art. 1910 constituiría un innecesario solapamiento jurídico¹⁷²⁸. Supuesto menos controvertido entre los mencionados con anterioridad constituye probablemente el de caídas de personas en cuyo caso la doctrina de forma unánime, aunque no tanto la jurisprudencia, lo declaran no inscribible en el art. 1910 CC. Así las cosas, existe un acuerdo común que señala que sólo el cadáver de una persona tiene la consideración de una cosa¹⁷²⁹ con que, siendo el precepto del art. 1910 CC “solo aplicable para las cosas y objetos¹⁷³⁰”, no lo es evidentemente a una persona con personalidad jurídica propia¹⁷³¹. A pesar de ello es de sobra conocido ya el famoso precedente en el que el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de marzo de 1975, tomó una decisión contraria a la aquí presentada, invocando el art. 1910 CC en un supuesto de muerte y lesiones provocadas por el lanzamiento por la ventana de un centro psiquiátrico y caída sobre un pareja que paseaba por debajo de éste de un enfermo mental encerrado en dicho hospital. Concibiendo la correspondiente indemnización a la madre del fallecido y la novia que también sufrió lesiones, el Alto Tribunal vinculó el precepto del art. 1910 con la responsabilidad objetiva y el mal funcionamiento de la Administración, que de por sí debería ser suficiente para cubrir casos como el aquí comentado¹⁷³².

¹⁷²⁸ Jorge SIRVENT GARCIA, „Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pág. 37.

¹⁷²⁹ Luis DIEZ PICAZO/ Antonio GULLON, *Sistema de Derecho civil, vol. I*, Tecnos, Madrid, 2003, pag. 340.

¹⁷³⁰ La SAP de Valencia de 30.04.1999 (AC 1999, 4929).

¹⁷³¹ Así en la doctrina Miquel MARTIN CASALS/Josep SOLE FELIU, “art. 1910”, *Comentarios al Código Civil* Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, 2010, pág. 2078, Area RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, *op.cit.*, pag. 66, Jorge SIRVENT GARCIA, „Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pp. 38.39. En contra parece Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, *Comentario del Código Civil, op. cit.*, pág. 2054. Así parece también, siguiendo la doctrina francesa Marta SALANOVA VILANUEVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés”, *RDP*, 1999, pág. 386.

¹⁷³² Jorge SIRVENT GARCIA, „Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pp. 38.39.

Y finalmente, en el caso de los elementos que no fueron colocados voluntariamente en la parte exterior de la vivienda por ninguno de sus ocupantes las opiniones están divididas. Existe jurisprudencia en grado de apelación¹⁷³³, así como estudiosos del Derecho¹⁷³⁴ que entienden que la nieve acumulada en el tejado de un edificio que, al caer, daña un vehículo estacionado entra dentro del ámbito de aplicación del art. 1910 CC. Según la SAP de Barcelona de 18 de junio de 2004¹⁷³⁵, “la responsabilidad que sanciona el precepto [art. 1910 CC] no radica en que los daños hayan sobrevenido por no estar las cosas en un lugar seguro y adecuado, sino sencillamente por los daños causados por su caída”. Otro sector de la doctrina, admite la posibilidad de aplicación del art. 1910 CC al caso de caída de nieve acumulada en la cubierta y la engloba dentro de la fuerza mayor, si entre la nevada y tal acumulación concurre un breve espacio temporal. Es decir, dicha condición se cumple si la acumulación de nieve es el resultado de una gran nevada acaecida durante una noche; o si la acumulación es consecuencia de una nevada continuada en el tiempo.

4.2 Sujetos responsables.

El anteproyecto del Código civil en la redacción dada al prototipo del actual art. 1910¹⁷³⁶ hace mención a “todo el que habita como principal” y no al cabeza de familia, como la versión definitiva de este artículo; término éste que la mayor parte de la doctrina actual considera anacrónico en lo que a la estructura de una familia moderna se refiere, que poco tiene que ver con la de una familia de hace cincuenta años. Las relaciones de pareja no están ya formadas a base de la subordinación de la mujer al hombre, y la jerarquía, sino en virtud del principio de igualdad; situación ésta que fue legalmente confirmada en el ámbito del Derecho de familia por la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo¹⁷³⁷.

El término cabeza de familia, de poco uso en la doctrina científica, puede también acarrear confusión en cuanto que induzca a pensar que el art. 1910 se limita

¹⁷³³ SAP de Huesca de 31.03.2005 (AC 2005, 734) y SAP de Barcelona de 18.06.2004.

¹⁷³⁴ Miquel MARTIN CASALS/Josep SOLE FELIU, “art. 1910”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pág. 2077.

¹⁷³⁵ (AC 2004, 1215).

¹⁷³⁶ Art. 1904 del Proyecto de Código civil de 1851.

¹⁷³⁷ Así Luís Díez PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 563; en la jurisprudencia SAP de 01.06.2011 (JUR 2011\340455).

únicamente a las viviendas ocupadas por una familia; constatación esta que cae lejos de la verdad¹⁷³⁸.

En este sentido, se ha señalado que el término que empleaba la primera edición del CC cuando se refería al sujeto responsable de dicho artículo era más certero y susceptible de extenderse a todos estos significados que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se identificó con los que están sujetos al artículo 1910¹⁷³⁹.

Pero se ha de señalar que una cosa son las relaciones familiares y la estructura de una familia *tradicional*, que no tienen cabida en el actual marco jurídico, y otra cosa, el hecho de que tanto la subordinación como la jerarquía constituyen factores que se han de tomar en cuenta a la hora de señalar al responsable potencial del art. 1910 CC, como características que son especialmente relevantes en caso de que sean varias las personas que habitan la vivienda en cuestión, dando lugar al llamado supuesto de miembros o componentes desconocidos de grupos determinados.

Vayamos, sin embargo, parte por parte. Declara la SAP de Toledo de 7 de marzo de 1995 que bajo el término “cabeza de familia” ha de entenderse “la persona que, por cualquier título, ocupa o habita una casa o parte de ella como sujeto principal, respecto a las demás personas que con él conviven en la misma, de forma permanente o transitoria, formando un grupo familiar o de otra índole¹⁷⁴⁰”. El “Cabeza de familia” ha sido descrito también como la persona que está en control del riesgo derivado de la caída de cosas desde la casa¹⁷⁴¹. Es decir, es quien “utilice la vivienda o local y tiene el deber de controlar lo que ocurre en su recinto¹⁷⁴²”.

De forma parecida a lo que sucede en el caso de la responsabilidad por animales, el presunto responsable por daños causados por las cosas que se arrojan o se caen no lo es obligatoriamente y como principio a título de propiedad. La posesión de un animal se sustituye aquí por el de uso o disfrute de un bien inmueble, es decir, para que la responsabilidad del art. 1910 CC prospere no se requiere vinculación dominical

¹⁷³⁸ Área RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, Editorial Práctica de Derecho, 2001, pág. 43.

¹⁷³⁹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, Thompson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1512.1513.

¹⁷⁴⁰ A.C., 1995, núm. 15, 1257, pág. 1880. De forma parecida, SSTS 20.04.1993 (RJ 1993, 3103) y 06.04.2001 (RJ 2001, 3636), así como la SAP de Barcelona de 04.11.1999 (AC 1999, 8587).

¹⁷⁴¹ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 953.

¹⁷⁴² STS de 21.05.2001 (RJ 2001, 6464).

alguna¹⁷⁴³. Al igual también que en caso de la responsabilidad por animales, el propietario de la vivienda puede resultar responsable de los percances causados en el supuesto analizado si es él quien habita usualmente el bien inmueble (en el primer supuesto el propietario del animal es responsable si es él quien a la vez posee el animal). Así es que en un hipotético caso de que quien ocupa la vivienda sea el arrendatario, según el art. 1910 CC, es contra éste como habitante de la vivienda y no contra el arrendador, contra quien debería dirigirse el demandante¹⁷⁴⁴. El lesionado goza de la posibilidad de dirigirse contra el arrendador a base de la responsabilidad por culpa con fundamento en el art. 1902 CC si el daño tuvo su causa en la negligencia de dicho arrendador, es decir, si la cosa se arrojó o cayó porque las instalaciones de la vivienda se encontraban en mal estado y el propietario- arrendador conoció tal circunstancia y dejó de cumplir la obligación que le incumbía de repararlas¹⁷⁴⁵. En este sentido se pronunció, por ejemplo la SAP de Barcelona¹⁷⁴⁶ al declarar

“[...] que el propietario no ocupante de un piso de su propiedad, por tenerlo arrendado a otras personas, no se libera de la obligación legal que le incumbe de velar por la buena conservación de su piso y sus instalaciones privativas, derivándose la correspondiente responsabilidad de conformidad con el art. 1902 del CC.”

Pues bien, se ha dicho que la responsabilidad del propietario del art. 1902 CC está condicionada 1) por el hecho de que a pesar de que el arrendatario dio a conocer al arrendador que la casa tenía desperfectos y que la afectaban averías, éste no efectuó las reparaciones correspondientes; o 2) por la prueba de que la casa en el momento de la entrega del inmueble al arrendatario estaba en el estado deficiente y que este estado fue la causa de la posterior producción del daño, en otras palabras, por la prueba de que la vivienda fuera entregada al arrendatario con carencias¹⁷⁴⁷. Pero de este tema trataremos

¹⁷⁴³ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. II, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 370.

¹⁷⁴⁴ STS de 5.07.1989, *RAJ*, 1989, 5297, pp. 6092.6095; SAP de Madrid de 31.03.1998, *Ar. C.* 1998, 5137, SAP de Toledo de 07.03.1995 *A.C.*, 1995, núm. 15, 1257, pág. 1880.

¹⁷⁴⁵ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm. 27/2008, pág. 957, Núm. 2 del art. 1554 del Código civil y art. 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. hoy 21 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre. En la jurisprudencia así, la STS de 20.04.1993 (RJ 1993, 3103), la SAP de Toledo de 07.03.1995, *A.C.*, 1995, núm. 15, 1257 y SAP de Madrid de 31.03.1998 *Ar.C.*, 1998, 5137.

¹⁷⁴⁶ (JUR 2006, 254702).

¹⁷⁴⁷ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC*

más adelante. Señalar solamente que los tribunales, con buen criterio, han descartado la posibilidad de responsabilizar al arrendador por la vía del art. 1903 alegando falta de relación de subordinación entre el arrendatario y arrendador¹⁷⁴⁸. A este efecto se apuntó también que, a pesar de que la doctrina admitió la posibilidad de que el régimen del art. 1903 fuese especial y no excepcional con la siguiente consecuencia de que éste quedase extensible a otros supuestos, como requisito para que pudiese prosperar dicha aplicación analógica del precepto se impuso la identidad de razón entre la norma comentada y el supuesto subsumible en ella¹⁷⁴⁹; caso que, se consideró, no se daba en la relación arrendaticia¹⁷⁵⁰.

Puesto que la expresión “que habita” contiene un elemento de continuidad, existen opiniones que afirman que la responsabilidad por daños causados por cosa arrojada o caída de un establecimiento hostelero se imputará al propietario de éste y no al cliente que causa el daño, puesto que dicho cliente pernocta en el hostel de forma solamente puntual¹⁷⁵¹.

Sigue la misma línea la jurisprudencia austriaca que al interpretar el §1318 ABGB declaró que un huésped que de forma solamente ocasional se encuentra en la vivienda no puede considerarse tenedor de ésta, dado que el propietario o poseedor de la vivienda conserva todavía la efectiva potestad de disposición sobre las habitaciones en que aquél habita. De forma similar, el anfitrión responderá por los daños causados por el que acoge en su casa, descartándose la tesis de que el huésped en la situación analizada se encuentra en posición parecida a la de subarrendatario. La responsabilidad es inherente al propietario del hotel porque no existen unidades de vivienda separadas sobre las que el huésped pueda disponer de forma exclusiva, sino que es al propietario a quien corresponde la supervisión de las habitaciones y del personal del hotel así como la adopción de las medidas necesarias para evitar peligros¹⁷⁵². El cabeza de familia

núm 27/2008, pág. 960.

¹⁷⁴⁸ Véase, entre todas, la SAP de Sevilla de 26.02.1982, *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales*, 982, 273, pág. 167, citada por Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.C.)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2001, pág. 47.

¹⁷⁴⁹ Esther GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por el hecho ajeno.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), 3ª ed., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 521.

¹⁷⁵⁰ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 957.

¹⁷⁵¹ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Determinación de sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva (obras, filtraciones, animales ...), *Responsabilidad civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 174.

¹⁷⁵² OGH en Sentencia de 1 de septiembre (*SZ, 51, 116, pp. 523.527*), citada por Áurea RAMOS MAESTRE,

responderá también por las personas a quienes encarga la realización de un trabajo en la vivienda¹⁷⁵³.

En caso de que sean varias personas ocupando una misma vivienda, su responsabilidad se plasmará de siguiente manera; primero, si se puede determinar la parte del bien inmueble del que se arrojó o se cayó la cosa y es una sola persona quien habita en ella con exclusión de las demás que viven en otras habitaciones, responderá aquélla¹⁷⁵⁴; segundo, si entre dichas personas existen relaciones de jerarquía y subordinación responderá la que tiene poder sobre los demás (ej. el director del hospital, el jefe de la oficina)¹⁷⁵⁵ y, tercero, si tales relaciones no existen y todos los que ocupan una casa lo hacen de forma igualitaria como por ejemplo cónyuges, pareja de hecho, varios estudiantes, hermanos o amigos que conviven, responderán todos de forma solidaria¹⁷⁵⁶. En caso de que el matrimonio hubiera sido contraído en el régimen económico de bienes gananciales la indemnización por la responsabilidad por daños causados por cosas que se arrojan o caen, según una parte de la doctrina, se suministrará de los bienes gananciales¹⁷⁵⁷.

Aparte del ya mencionado caso de la responsabilidad del propietario, posible en virtud del art. 1910 solamente cuando es él o ella quien habita a la vez la vivienda de la que se cayeron o arrojaron cosas, los actos u omisiones de la nuda de la propiedad pueden serle imputables en base de la responsabilidad subjetiva del art. 1902¹⁷⁵⁸ o 1907 CC¹⁷⁵⁹. Dos son los supuestos en los que así sucederá. Primero, cuando la persona condenada en vía del art. 1910 que habita en el bien inmueble afectado por la responsabilidad repite contra el propietario-causante material del daño por el

La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.C.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2001, pp. 48.49.

¹⁷⁵³ STS de 12.04.1984 (RJ 1984\1958).

¹⁷⁵⁴ De lo contrario de Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1910”, *Comentario al Código Civil*, 3ª ed., Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.) Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 2169 de Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, pág. 2053.

¹⁷⁵⁵ Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del CC” *Iniuria. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 2, abril-junio, 1994, pág. 18, Ana Mª COLÁS ESCANDÓN, “La responsabilidad civil derivada del art. 1910 del Código Civil y su aplicación en la práctica”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006..

¹⁷⁵⁶ Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del CC”, *Iniuria. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, op. cit., pág. 18 y Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1910”, *Comentario al Código Civil*, 3ª ed., Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.) Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 2169,

¹⁷⁵⁷ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS de 12 de abril de 1984”, *CCJC*, núm 5, 1984, pág. 1609.

¹⁷⁵⁸ Véase, por ejemplo, la STS de 20.04.1993 (RJ 1993, 3103).

¹⁷⁵⁹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, Thompson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1513.

incumplimiento de uno de sus deberes referentes a la conservación de la vivienda o parte de ella¹⁷⁶⁰; falta de reparación de la que éste pudo o hubiera poder sabido; y segundo, cuando es la víctima la que reclama directamente al propietario. De hecho, el art. 1902 permite al demandante reclamar directamente, sucesivamente o no con la pretensión basada en el art. 1910, o hacer uso del derecho de repetición contra cualquier causante directo del daño originado por el arrojado o caída de cosas de la vivienda¹⁷⁶¹. A este efecto, como sujetos concurrentes se podría señalar, por ejemplo, a los fabricantes o instaladores de elementos de la vivienda, en el hipotético caso de que presentaran defectos de fábrica o de instalación. En caso de coincidir la responsabilidad del art. 1902 con la del art. 1910 del CC, se trata de acumulación de acciones distintas contra diferentes sujetos, con fundamento en normas distintas. Por tanto, no se trata, como pretendiesen algunos, de la misma pretensión y la misma causa¹⁷⁶². En caso de coexistir ambas responsabilidades, y a pesar de que la escasa jurisprudencia en esta materia¹⁷⁶³ se pronuncia en contra de la solución que se expondrá a continuación, de acuerdo con un sector doctrinal¹⁷⁶⁴ el juez determinará la cuota del cada sujeto según la participación de las diversas conductas en el evento dañoso.

En el supuesto específico del establecimiento de hostelería, comentado con anterioridad, demuestra que el cabeza de familia puede responder no solamente de las personas que habitan con él en la vivienda de forma estable, sino también de las personas que lo hacen de forma transitoria, si cuentan con su autorización para con ello¹⁷⁶⁵. Cabe también preguntarse qué es lo que exactamente se entiende bajo el término “habitar una casa o parte de ella”. Según una parte de la doctrina, a la expresión “habitar una casa o parte de ella” se da una interpretación laxa, entendiéndose que comienza la posibilidad de ser responsable desde el momento en el que la vivienda se encuentra en disposición del usuario. Tal disposición persiste durante vacaciones y largos periodos de ausencia¹⁷⁶⁶. De acuerdo con otro sector doctrinal, sin embargo, no

¹⁷⁶⁰ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1910”, Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2053.

¹⁷⁶¹ Área RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, ob. cit., pág. 52.

¹⁷⁶² Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 956.

¹⁷⁶³ SAP de Girona de 14.01.2004 (JUR 2004, 62936).

¹⁷⁶⁴ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 956.

¹⁷⁶⁵ Miquel MARTÍN CASALS/ Josep SOLÉ FELIÚ, “art. 1910”, Comentarios al Código Civil, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, pág.

¹⁷⁶⁶ Área RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o*

basta con la facultad de uso de la casa, es imprescindible además el efectivo y regular uso de la vivienda. Sin éste no hay responsabilidad del art. 1910 CC, sin perjuicio de que el facultado pueda responder en virtud de los arts. 1907 o 1902 CC¹⁷⁶⁷.

El cabeza de familia parece liberarse de la responsabilidad en caso de que quien arroja la cosa del bien inmueble sea un ladrón que entró en la vivienda mientras aquél estaba ausente¹⁷⁶⁸

4.3 Régimen de la responsabilidad y causas de exoneración.

La doctrina mayoritaria¹⁷⁶⁹ y la jurisprudencia apuntan de forma unánime a que el precepto del art. 1910 consagra un régimen de la responsabilidad objetiva con las únicas causas de exoneración en caso de fuerza mayor (como, por ejemplo, un tornado; SAP de Granada de 11.02.2004¹⁷⁷⁰); culpa de la víctima (STS de 14.12.1992¹⁷⁷¹); o de un tercero. Como hecho de un tercero se ha señalado en la doctrina el que ha sido cometido por una persona por la que el cabeza de familia no ha de responder, es decir, por una persona distinta que un miembro de la familia, un invitado o cualquiera que esté en la casa con la aquiescencia del cabeza de familia¹⁷⁷². De ahí que la redacción literal del supuesto prescinda de cualquier género de culpa o negligencia, imponiéndose de esta manera a la víctima la prueba del daño, del arrojado o caída de la cosa de la vivienda y el nexo causal entre uno y otro.

caídas (Análisis del art. 1910 del C.C.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2001, pp. 49.50.

¹⁷⁶⁷ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 954.

¹⁷⁶⁸ Marta SALANOVA VILLANUEVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas. En Derecho español y francés”, *RDP*, 1999, pág. 377, n. 38.

¹⁷⁶⁹ Miquel MARTÍN. CASALS/José SOLÉ FELIÚ, “art. 1910”, *Comentarios al Código Civil* Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, 2010, pág. 2076, Luís DIEZ PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 633. José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, vol II, Dyknsón, Madrid, 1995, pág. 53, Encarna ROCA TRIAS, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 228, José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 128, Manuel BATTLE VAZQUEZ, “Los daños causados por filtraciones o caída de líquidos y el art. 1910 C.c.”, *AUM*, vol. XXI, núm. 1, 1962.1963, pp. 7.8. Así parece también Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, ob. cit., pp. 1511.1512.

¹⁷⁷⁰ (JUR 2004, 180645).

¹⁷⁷¹ (RJ 1992, 10400).

¹⁷⁷² Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, ob. cit., pág. 1512. Observese, sin embargo, que en los mismos supuestos en el Derecho austriaco seguirá respondiendo en propietario o poseedor de la vivienda. Véase la sección anterior.

Existen, sin embargo, opiniones que quieren ver en el supuesto del art. 1910 un típico ejemplo de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por presunta culpa *in vigilando*¹⁷⁷³, añadiendo algunos de ellos que se trata bien con la presunción *iuris et de iure*¹⁷⁷⁴, bien con la *iuris tantum*¹⁷⁷⁵. Una posición interesante es la que argumenta que la responsabilidad por cosas arrojadas o caídas es de carácter objetivo en cuanto a la responsabilidad del cabeza de familia que toma forma de responsabilidad objetiva por hecho negligente de un tercero¹⁷⁷⁶. Este último hace que la responsabilidad del art. 1910 no está totalmente desvinculada de la noción de culpa¹⁷⁷⁷. El planteamiento mencionado con anterioridad está en línea con la argumentación planteada por la escuela germánica. La §1318 del ABGB, pues, deudora de la antigua *actio de defusis vel eiectis* romana establece, según la doctrina austriaca, un supuesto de la responsabilidad por el hecho ajeno que en su fundamento tiene principio *pro damnato*. De ahí que, mientras la víctima tiene casi nulas posibilidades de probar que algo ha sido derramado de la vivienda, el propietario de éste está mejor posicionado para encontrar al causante material del daño y recurrir contra él¹⁷⁷⁸.

Según la §1318 del ABGB “Si una persona sufre daño a causa de que algo que había sido situado o colgado de forma peligrosa se cae o de que algo ha sido arrojado o derramado de una vivienda, la persona de cuya vivienda la cosa ha sido arrojada o derramada, o de cuya vivienda la cosa se ha caído es responsable por el daño¹⁷⁷⁹.”

Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen

¹⁷⁷³ José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1973, pág. 919 y José SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil II*, Madrid, 1958, pág. 962. En el mismo sentido, Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid/Madrid, 1913, pág. 662 y Federico PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, Madrid, 1907, pág. 442.

¹⁷⁷⁴ Ana M^a COLÁS ESCANDÓN, “La responsabilidad derivada del art. 1910 del Código Civil y su aplicación en la práctica”, *Aranzadi Civil*, núm. 4/2006.

¹⁷⁷⁵ Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del Código civil”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Méndez*, t. IV, Derecho civil y Derecho público, Madrid, 1996, pág. 4782 y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y excontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 313.

¹⁷⁷⁶ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS de 12 de abril de 1984”, *CCJC* núm. 5, 1984, pág. 1610.

¹⁷⁷⁷ Véase comentario de este posicionamiento en Áurea RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del CC)*, Editorial Práctica de derecho, Valencia, 2001, pp. 57.58.

¹⁷⁷⁸ Helmut KOZIOL/Klaus VOGEL, “Austria”, *Unification of Tort Law. Liability for Damage Caused by Others*, Jaap SPIER (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2003, pág. 14.

¹⁷⁷⁹ Trad. propia, apoyada en la traducción inglesa del mismo artículo disponible en Helmut KOZIOL/Klaus VOGEL, “Austria”, *Unification of Tort Law. Liability for Damage Caused by Others*, Jaap SPIER (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2003, pág. 14.

*aus einer Wohnung beschädiget; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden*¹⁷⁸⁰.

Los hay quienes buscan el origen del precepto en la francesa cláusula general por el hecho de las cosas¹⁷⁸¹ así como los hay quienes no solamente ven en dicha cláusula el antecedente del art. 1910 del CC sino además declaran directamente que el precepto del Código Civil español impone la responsabilidad objetiva del *guardián* de cosas “como si estuviesen las mismas vivificadas y fuesen causantes del daño”¹⁷⁸² o que tal precepto puede constituir una base perfecta para el futuro desarrollo de dicha cláusula¹⁷⁸³. Eco de estos posicionamientos se puede encontrar también en la jurisprudencia¹⁷⁸⁴. Existen opiniones, sin embargo, que de forma firme declaran que en el Código Civil español de 1889 no hay una regla general de responsabilidad objetiva del dueño o del tenedor de cosas¹⁷⁸⁵. En este sentido, se apunta a una marcada línea de interpretación empleada por el Tribunal Supremo que reconduce casos en que el daño derivado del uso de una cosa ha sido causado por una persona distinta a su propietario o poseedor habitual, a las reglas de la responsabilidad por el hecho ajeno¹⁷⁸⁶. Se señaló también que una regla de la responsabilidad por los hechos de las cosas ha entrado en declive incluso en Francia, donde su existencia ha empezado a ponerse en cuestión¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁰ §1318 ABGB; texto extraído de <http://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&lawid=1&paid=1318&mvpa=1142> (fc: 23.05.2012).

¹⁷⁸¹ Carlos ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 180-183 sobre preceptos de los arts. 1908 y 1910.

¹⁷⁸² Así la STS de 05.07.1989 (RJ 1989, 5297) que refleja esta línea de argumentación.

¹⁷⁸³ Véase comentario de Áurora RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor del animal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 15-16. Asimismo, Fernando Peña López en el Comenatrio al art. 1910 lanza la tesis de que los arts. 1908,3º CC, 1910 CC y 120 de la Ley de Navegación Aérea (LNA) poseen características comunes de las que se puede extraer un principio general de la responsabilidad por la utilización, disfrute o explotación de las cosas: el que posee de manera permanente el control de una cosa, cuyo movimiento pudiera dar lugar, por su situación, a daños a terceros debe responder objetivamente de dichos daños Fernando PEÑA LÓPEZ, “art. 1910”, *op.cit.*, pp. 13051-13053.

¹⁷⁸⁴ STS de 05.07.1989 (RJ 1989, 5297). Véase la crítica de la sentencia por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ en, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2053-2054.

¹⁷⁸⁵ Pablo SALVADOR CODERCH/ Carlos Igancio GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por el hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *Indret 3/2002*, Barcelona, pág. 19. Pone en duda existencia de tal cláusula en el Derecho español Lorenzo MEZZASOMA, en *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el Derecho italiano y en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁷⁸⁶ Pablo SALVADOR CODERCH/ Carlos Igancio GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por el hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *Indret 3/2002*, Barcelona, pág. 19.

¹⁷⁸⁷ Pedro DEL OLMO GARCÍA, „art.1905“, *op. cit.*, pág. 1481 y Jean-Sébastien BORGHETTI, “La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses. Synthèse comparative”, disponible en http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf (fc: 07.09.2014) y EL

Y finalmente, hay quien cuestiona la viabilidad de que, en caso del art. 1910, se pueda tratar con la pura responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta el hecho de que las conductas de las que parte dicho precepto (arrojo o caída) son en sí negligentes¹⁷⁸⁸, señalando que el principio de la responsabilidad objetiva aplica normalmente en casos de actividades que implican mayor grado de riesgo, como por ejemplo la energía nuclear. El autor cree que el artículo comentado se acerca en realidad a la responsabilidad vicaria¹⁷⁸⁹.

Como se ha dicho con anterioridad, el propietario de la vivienda, una vez efectuada la cesión de la posesión inmediata de ésta, como poseedor mediato deja de responder en virtud del art. 1910, sin perjuicio de que la falta de reparaciones que corren de su cuenta puede generar su responsabilidad con arreglo al art. 1902. A este efecto, se ha de señalar aquí que algunas veces partes demandantes alegaban aplicación al caso de la responsabilidad subjetiva del propietario de varios expedientes paliativos, conocidos de forma popular como “instrumentos agravadores” de la responsabilidad por riesgo, tales como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba¹⁷⁹⁰. La jurisprudencia, sin embargo, se mostró firme en exigir la culpa del propietario en su versión pura¹⁷⁹¹. En este sentido, una parte de la doctrina no descarta la posibilidad de demandar simultáneamente al propietario de la casa con fundamento en el art. 1907 o 1902 CC, bajo la condición de que tal acción no haga uso de las soluciones cuasi-objetivas con la única finalidad de otorgar amparo a la víctima. Siguiendo la misma línea de interpretación, tal técnica será correcta si el propietario incumplió con un deber que le gravaba, sin que baste imputar al propietario un “exacerbado deber de vigilancia o supervisión de la conducta del inquilino”, en palabras de la STS de 4 de diciembre de 2007 (FD 2º, RJ 2008, 39)¹⁷⁹². Un caso ejemplar de lo descrito con anterioridad presenta la SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 1999¹⁷⁹³. La resolución abarca un supuesto

MISMO, “La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, núm.1, 2010, pp. 1-40.

¹⁷⁸⁸ En la doctrina austriaca así Helmut KOZIOL/Peter RUMMEL, *Österreiches Haftpflichtrecht*, Band II, Wien, 1975, pág. 315.

¹⁷⁸⁹ Jorge SIRVENT GARCÍA, “Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *op. cit.*, pp. 43.44.

¹⁷⁹⁰ Véase por ejemplo, la SAP de Barcelona de 04.11.1999 (AC 1999, 8587).

¹⁷⁹¹ Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)”, *CCJC* núm 27/2008, pág. 959.

¹⁷⁹² Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, *op. cit.*, pág. 1513.

¹⁷⁹³ (AC 1999, 8587).

de filtraciones de agua procedentes de un piso inmediato superior, es decir, de un ático que había sido inundado. En el proceso no se ha probado la causa de los percances en forma de desperfectos ocurridos en el techo y paredes del piso de los demandantes. En otras palabras, no se probó si el escape del agua hubiera tenido lugar en conducciones ni que la causa de de esas filtraciones obedeciera al mal estado de las instalaciones privativas del piso. En lo que a aquél se refiere y a la responsabilidad del propietario/arrendador del piso inundado del art. 1902, el tribunal declaró que

“ [...] no puede presumirse la culpa del arrendador o propietario en este caso, debiéndose probar tal culpa, porque quien no posee la cosa difícilmente puede responder de todo daño a tercero que cause la cosa, siendo la acción ejercitada por la actora ajena a la relación arrendaticia;”

Más adelante el mismo Tribunal en grado de apelación se remite a la reiterada doctrina de la teoría del riesgo declarando que

“[...] hay que dejar constancia de que no puede admitirse en el presente supuesto la inversión de la carga de la prueba, que se encuentra en íntima conexión con la denominada teoría de la creación del riesgo, ya que no es de aplicación al mismo.

En efecto, tal doctrina debe ser aplicada, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con un sentido limitativo, «no a todas las actividades de la vida, sino a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios» (sentencia de 20 de marzo de 1996 [RJ 1996\2244]) y ello porque, como entre otras muchas establece la sentencia de 8 de octubre de 1996 (RJ 1996\7059), la misma implica la aceptación de soluciones cuasi-objetivas que vienen «demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse, a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto económico sufrido por un tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa», por lo que, sólo cuando concorra esa peligrosidad, con el alcance expuesto, se aplicará dicha doctrina y la consiguiente

inversión de la carga de la prueba.

Analizando así el supuesto litigioso es de ver que dicho riesgo no concurre en él, limitándose la actuación del propietario a arrendar un piso a cambio de una renta, sin que se aprecie la existencia de una actividad peligrosa.¹⁷⁹⁴,

Ahora bien, esta aplicación de los correctamente elaborados principios generales de la responsabilidad por riesgo al caso que nos ocupa suscita el siguiente problema. Como es bien sabido son las reparaciones necesarias que según el art. 21 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos¹⁷⁹⁵ corren de parte del arrendador de la vivienda las que constituyen un deber jurídico a cuyo cumplimiento éste está obligado por Ley. Por tanto, un incumplimiento del deber jurídico que constituye un típico ejemplo de la *omisión* no puede ser catalogado por la jurisprudencia como una actividad; caso parecido al supuesto de las caídas en los establecimientos abiertos al público¹⁷⁹⁶. Es la omisión del deber de mantenimiento y no la actividad de arrendar la que puede dar lugar a la eventual negligencia del propietario.

Supuesto similar al comentado es el de una omisión con la incorrecta alegación de la inversión de la carga de la prueba al caso, según la SAP de Pontevedra de 2 de octubre de 2001¹⁷⁹⁷. Según los antecedentes de hecho el demandado almacenó unos aparatos de gimnasia y ropa en un patio de colegio, “en una caseta de chapa, en pleno mes de julio, en el que posiblemente la temperatura en el interior del mismo fuese abrasadora”. Así depositados en lo que era una terraza de un patio de luces de un edificio dividido por pisos, los mencionados objetos se inflaman, alcanzando las llamas de su combustión el piso del demandante. En el proceso no se probó cual fue el origen concreto o la causa inicial del fuego. La sentencia en primera instancia desestimó la pretensión de la actora de ser indemnizada en los daños que habría sufrido en su vivienda como consecuencia del incendio originado en la terraza del demandado. La resolución está siendo recurrida por la aseguradora, en virtud del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro que alega la aplicación al caso de la inversión de la carga de la

¹⁷⁹⁴ F.2 de la SAP de Barcelona de 04.11.1999 (AC 1999, 8587).

¹⁷⁹⁵ Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/art/Lau/a21.htm> (fc: 28.04.2012).

¹⁷⁹⁶ Con más detenimiento sobre el problema en el capítulo referente a las caídas en los establecimientos abiertos al público.

¹⁷⁹⁷ (JUR 2001, 20047).

prueba por la creación de un riesgo al almacenarse los aparatos de gimnasia y ropa del demandado en el patio del colegio, así como su falta de diligencia en el almacenaje de éstos. Así, la respuesta de la Audiencia Provincial de Pontevedra a las alegaciones formuladas de esta manera es la siguiente

“[I]a doctrina de la inversión de la carga de la prueba en materia de la responsabilidad civil extra contractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil sólo puede ser aplicada en aquellos supuestos en que aquel a quien se exija la responsabilidad haya creado una situación de riesgo o peligro causalmente relacionado con el daño que se le imputa. En concreto en materia de responsabilidad por daños producidos por un incendio la S.T.S. de 6 de mayo de 1994 señala la no aplicación del citado principio cuando el agente "no ha creado riesgos especiales"¹⁷⁹⁸”.

Y más adelante,

“El almacenaje o depósito de unos aparatos destinados a prácticas gimnásticas en la terraza del colegio no puede considerarse una actividad que lleve en si un riesgo o peligro de incendio pues, aún cuando los aparatos fueran de madera, no presentan, por si mismos, un grado especial de inflamabilidad. Al no haberse creado una situación especial de riesgo falta el presupuesto base para poder aplicar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba.”¹⁷⁹⁹”

También en este caso¹⁸⁰⁰ nos encontramos ante la difícil tarea de delimitar lo que es una acción de una omisión. ¿Es el almacenaje de los objetos no inflamables una actividad, o más bien tal almacenaje no fue seguido por implementación de unas medidas cuya falta daría lugar a incumplimiento de un deber de seguridad y vigilancia

¹⁷⁹⁸ F. 1 de la SAP de Pontevedra de 02.10.2001 (JUR 2001, 20047).

¹⁷⁹⁹ F. 1 de la SAP de Pontevedra de 02.10.2001 (JUR 2001, 20047).

¹⁸⁰⁰ Véase le capítulo referente a las caídas en los establecimientos abiertos al público y la omisión, (capítulo III, II.2).

y, en consiguiente, a una omisión de diligencia? De hecho, es a base del incumplimiento de los deberes de seguridad cómo decide contestar a la segunda alegación de la aseguradora, que alude la culpa del demandado la Audiencia Provincial cuando declara

“[e]n la segunda de las alegaciones se dice que el demandado debió prevenir la posible caída de colillas al patio de luces desde los pisos superiores absteniéndose de depositar en la terraza situada en el mismo los aparatos de gimnasia por ser estos de material combustible; en nuestro derecho, a salvo los supuestos de adquisición de deberes de vigilancia o cuidado especiales (de origen legal o contractual) nadie viene obligado a prevenir el comportamiento antijurídico de un tercero, comportamiento del que solo su autor debe responder;

No obstante, como se ha señalado en otro lugar de este trabajo, la idea de que un deber específico puede surgir tanto de la ley como de las obligaciones contractuales está generalmente aceptada en todos los Ordenamientos europeos, no sólo en la jurisprudencia y en la doctrina, sino en algunos casos también en la letra de la Ley¹⁸⁰¹. Se puede afirmar, sin embargo, que una visión tan limitada de tales fuentes pertenece a un concepto tradicional de la responsabilidad por omisión que no cumple con los modernos estándares impuestos por la actual realidad socio-económica¹⁸⁰². En algunos casos parece más conveniente situar la fuente de los deberes jurídicos, en vez de en un contrato o negocio, en una relación especial basada en la confianza mutua que vincula a ambas partes implicadas¹⁸⁰³. Una remisión al Derecho comparado demuestra múltiples ejemplos que confirman dicho posicionamiento¹⁸⁰⁴. Según los PETL constituyen

¹⁸⁰¹ Christian VON BAR, *The Common European Law of Tort. Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defenses*, Oxford University Press, 2000, vol. II, pág. 225, n. 145. Para la doctrina y la jurisprudencia estadounidense en materia de los deberes jurídicos de actuar dimanantes de la Ley (*Statute ing.*) véase la § 38 del *Restatement of the Law (Third)*.

¹⁸⁰² Christian VON BAR, *Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, pág. 226, n°203.

¹⁸⁰³ Así Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE, en *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, pág. 298 y VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 224-226. En lo que se refiere a los países del *Common Law* los muy escasos casos de la responsabilidad por omisión abarcan, entre otros, los supuestos en los que el deber jurídico de actuar dimana de una preexistente relación entre las partes, como la que existe entre un empleado y su empleador, transportista y pasajero o el que ocupa una vivienda y su visitante. Así Jean LIMPENS/Robert M. KRUTHOF/Anne MEINERTZHAGEN.LIMPENS, “Liability for One’s Own Acts”, *op. cit.* pág. 2-85 y referencias allí citadas.

¹⁸⁰⁴ Véase con más detención el capítulo referente a omisiones.

también fuentes de los deberes jurídicos de actuar la creación y control de una situación de peligro y la situación en la que la gravedad del daño, por una parte, y la facilidad de evitarlo, por otra, indican la existencia de tal deber¹⁸⁰⁵. De esta forma, el control de una situación de riesgo en la que los objetos almacenados a través de las colillas tiradas de las ventanas superiores o simplemente gracias al fuerte impacto del sol pueden inflamarse provocando un incendio con perjuicios para los demás, en virtud de los PETL y en el Derecho comparado, puede constituir una fuente independiente de un deber jurídico de actuar. La Audiencia Provincial de Pontevedra, al rechazar la posibilidad de imputar los daños al dueño de la terraza en la que se encontraban los objetos inflamados, señaló de forma hipotética la eventualidad de reconducción del caso a los arts. 1902 y 1910 con un enfoque distinto, aquí como la eventual responsabilidad de los cabezas de familia de los pisos superiores por los daños causados por los pitillos arrojados desde sus ventanas. El recurso fue desestimado por falta de la prueba del nexo causal.

Dejando a un lado la responsabilidad del propietario por el incumplimiento de los deberes de reparación y mantenimiento (art. 1902 CC) y profundizando más en la responsabilidad por riesgo como tal, parece de interés detenerse en este momento en un caso similar, en lo que al contexto respecta, a los comentados en este trabajo supuestos de las caídas en establecimientos abiertos al público. Me refiero aquí a la SAP de Tarragona de 1 de febrero de 2010¹⁸⁰⁶. Según los antecedentes de hecho de la sentencia la parte actora sufrió lesiones en una discoteca a consecuencia de ser alcanzada en el rostro por los cristales de un vaso que impactó en la cabeza de un amigo que se encontraba próximo. Estimada la demanda en primera instancia y condenado el propietario de la discoteca, éste recurre en apelación alegando falta de aplicación al caso de la responsabilidad por riesgo. En respuesta a estas alegaciones la Audiencia Provincial de Tarragona, a pesar de estimar que la demanda se ampara, en vez de en la responsabilidad por riesgo, en el art. 1910 CC, decide resolver en paralelo la cuestión referente a la aplicación de la primera a las actividades de ocio tales como precisamente la de una discoteca. Para ello se remonta, según lo mencionado con anterioridad, a la doctrina formulada con este propósito en los casos de las caídas sufridas en los locales abiertos al público en los que se negó la aplicación de la referida doctrina a la actividad desarrollada en una discoteca, suscitándose que ésta “no es aplicable a todas las actividades de la vida, sino sólo a aquéllas que impliquen un riesgo considerablemente

¹⁸⁰⁵ Art. 4:103 de los PETL.

¹⁸⁰⁶ (AC 2010, 381).

anormal en relación con los estándares medios¹⁸⁰⁷”; cosa que se estimaba no ocurría en los supuestos comentados. A este efecto, la SAP de Tarragona de 1 de febrero de 2010 se aparta de dicha doctrina rompiendo el precedente al declarar

“Que al respecto existe un riesgo superior al normal en ciertos establecimientos ubicados en centros turísticos de numerosa afluencia lo acredita no sólo la máxima de experiencia fundada en la proliferación de incidentes, sino que lo patentiza el propio hecho de que esos centros de diversión recurren por necesidad a la contratación de servicios de seguridad que tratan de evitar los incidentes, limitando la admisión de determinados sujetos o interviniendo para su rápido cese, y que tales hechos encuentran una posible explicación en el consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias excitantes parece manifiesto. Añádase a ello que la referida agresión ocurrió en el ámbito de un local y de la explotación de un negocio y forma parte de los daños ocasionados por un miembro del grupo de clientes desconocidos y que por ese anonimato o desconocimiento no puede quedar sin reparación la víctima del mismo, resultando más equitativo que quien se beneficia de ese grupo de clientes y del ámbito en el que actúan peche con la responsabilidad que los mismos causen a terceros en orden a indemnizar a la víctima, y para ello no es imprescindible recurrir a la doctrina del riesgo, basta ampararse en el art. 1.910 C. Civil [...]”¹⁸⁰⁸,

Pues bien, cabe preguntarse si una interpretación tan extensiva del precepto del art. 1910 que incluye dentro de ámbito de su aplicación no solamente a las cosas que se caen o arrojan al exterior sino también a las que lo hacen en el interior de la vivienda, o más bien de cualquier local (también de negocios, se ha de añadir), y que permite extender tal norma al supuesto en el que alguien tira hacia otro un cenicero en la discoteca, es de todo correcta. De esta forma llegaremos a la paradoja de que el titular de una discoteca responderá por culpa por la omisión de alguno de sus deberes de control y seguridad cuando alguien suelte un vaso de cristal al suelo y otro, paseando un

¹⁸⁰⁷ Vease, entre otras, la STS de 10.12.2002 (RJ 2002, 10435).

¹⁸⁰⁸ F.2 de la SAP de Tarragona de 01.02.2010 (RJ 2002, 10435).

instante más tarde, se caiga sobre este vaso roto lesionándose más o menos gravemente, y/o responderá en virtud del principio de la responsabilidad objetiva en cuanto alguien dentro del recinto del local tire cenicero hacia un tercero, causándole daño. De ahí, cabe preguntar con otros autores de la doctrina española: es la única finalidad de los tribunales hacer justicia a toda costa o esa finalidad, aunque loable, tiene su límite en la propia coherencia a la hora de interpretar y aplicar las normas¹⁸⁰⁹? La seguridad jurídica parece apuntar a la segunda de las opciones. Para apoyar su tesis, según la cual un negocio de discoteca es una actividad lo suficientemente peligrosa como aplicar a ésta la responsabilidad por riesgo la Audiencia Provincial de Tarragona cita además algunas de las sentencias que paradójicamente sientan la responsabilidad del titular del local abierto al público en la omisión de unos de sus deberes de seguridad y lo que conlleva, en la responsabilidad por culpa.

Así, declara

“[e]n el campo específico de las discotecas, la STS 2-10-1997 (RJ 1997, 6964) sentó que "...no cabe pretender que fuese imposible prever que algún cliente se comportase de manera incivilizada o peligrosa ya que el consumo de bebidas alcohólicas y la influencia de la música de baile y del característico ambiente de las discotecas, propicia cualquier desmán colectivo o individual...", lo que es tenido en consideración por SAP Girona (Secc. 2ª) 20-4-2007 para, en un supuesto similar al enjuiciado, fijar la obligación del titular del establecimiento, donde se desarrolla actividad dedicada a la diversión y entretenimiento con baile y consumo de alcohol, de cuidar y prevenir los riesgos inherentes a una aglomeración de personas en esas circunstancias que puede complicarse en un momento determinado y que por ello no pueden considerarse imprevisibles, pues son de sobra conocidos los enfrentamientos y disputas que las euforias desmedidas o el consumo alcohólico mal asimilado generan en el ambiente discotequero. Como explica también SAP Barcelona (Secc. 16ª) 20-2-2007, en este tipo de actividades lucrativas con gran participación de personas son razonablemente exigibles, por parte de las empresas que se lucran de estas actividades, unas positivas actuaciones en orden a evitar

¹⁸⁰⁹ Jorge SIRVENT GARCÍA, “Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *op. cit.*, pág. 33.

que el comportamiento incívico, pero previsible, de alguno de los participantes pueda repercutir en daño potencialmente grave para terceros".

II. LEYES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

1. Responsabilidad por la utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos.

1.1 Normativa aplicable.

Debido a que las medidas preventivas de seguridad no pueden excluir totalmente el riesgo de uso de la tecnología nuclear, en la arena internacional han sido elaborados distintos Convenios que regulan la eventual responsabilidad por daños causados por un accidente nuclear. Así, España es parte contratante del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE-NEA), y del Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, complementario del anterior sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear. Aparte de los mencionados con anterioridad, en el ámbito internacional también existen otros convenios que regulan la misma materia, y de los que España no forma parte, como el Convenio de Viena sobre la responsabilidad civil por los daños nucleares, bajo los auspicios del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) firmado en mayo de 1963 y modificado en Agosto de 1997, y el Convenio sobre Indemnización Suplementaria para la armonización de la responsabilidad civil por daños nucleares en todos los países con plantas nucleares, abierto para la firma el 29 de septiembre de 1997. En lo que se refiere al Protocolo Conjunto relativo a la aplicación del Convenio de Viena y el de París, de septiembre de 1998, España firmó inicialmente este Convenio, pero finalmente no lo ratificó. Asimismo, se ha de distinguir entre el régimen internacional de responsabilidad por daños nucleares de primera generación, incluyéndose dentro de esta categoría el Convenio de París, de Bruselas y el de Viena; y el régimen internacional de responsabilidad por daños nucleares de segunda generación que abarcaría todos los Convenios y Protocolos posteriores. Así las cosas, los

Convenios de primera generación son aquéllos que entraron en vigor a principios de los años sesenta, cuando emergía el sector nuclear, y consisten de los tres convenios mencionados con anterioridad, mientras los de la segunda generación son las cinco regulaciones que han sido impulsados con posterioridad al accidente Chernobyl de abril de 1986¹⁸¹⁰.

En lo que se refiere al alcance geográfico de la regulación mencionada con anterioridad el Convenio de París de 1960 era, en principio de carácter más bien regional, habiendo sido pensado sobre todo para los países de la Europa Occidental. En cambio, el Convenio de Viena de 1963 fue adoptado por los países de África Central y del Sur, Asia-Pacífico y Europa del Este¹⁸¹¹.

El Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, como complementario del Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, está abierto sólo a los miembros de éste, y no es extensible a los países parte del Convenio de Viena¹⁸¹². Ambos Convenios, el de París y el de Bruselas fueron implementados por España por la Ley 25/1964, 29 de abril, sobre energía nuclear. Ahora bien, el Convenio de Bruselas está sujeto a las definiciones y mecanismos establecidos en el Convenio de París, aunque su aplicación no esté libre de excepciones. De ahí que el Convenio de Bruselas sea aplicado solamente a las instalaciones de uso pacífico y su aplicación esté limitada a territorios de los Países Contratantes del Convenio de Bruselas. Tales territorios se extienden a las zonas exclusivas económicas de la Parte Contratante y a sus plataformas continentales, si éstas están en explotación o exploración. Se ha de observar, no obstante, que los Países que no son Parte del Convenio de Bruselas, aunque fueran Parte del Convenio de París están excluidos de la aplicación de aquél¹⁸¹³.

El Protocolo Conjunto está dirigido a vincular el Convenio de París con el de Viena, es decir, detrás de él se esconde la idea de extender los beneficios de uno al territorio del otro y al revés. De esta manera, si el accidente se produce en uno de las Países Miembros del Convenio de Viena, las víctimas del Estado Parte del Convenio de París serán tratadas como si fueran de uno de los Países del Convenio de Viena, y viceversa¹⁸¹⁴. El Protocolo Conjunto no es de libre adhesión puesto que para ser parte de él se requiere la calidad de

¹⁸¹⁰ Protocol to amend the Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of July 29, 1960 of February 12, 2004, Protocol to amend the Convention of January 31, 1963 supplementary to the Convention of July 29, 1960 on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of February 12, 2004, Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of September 12, 1997, Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage of September 12, 1997, Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention of September 21, 1988. Así Michael FAURE/ Tom VANDEN BORRE, "Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S and International Liability Schemes", *William and Mary Environmental and Policy Review*, vol. III, núm. 1, 2008, pág. 229 disponible también en la Social Science Research Network electronic library en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317704 (fc: 29.09.2011).

¹⁸¹¹ Julia SCHWARTZ, "International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl", *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág.42.

¹⁸¹² Norbert PELZER, "Learning the Hard Way: Did the Lessons Thought by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?", *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 109.

¹⁸¹³ Roland DUSSART DESART, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions.", *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 234.

¹⁸¹⁴ Norbert PELZER, "Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?" *op. cit.*, pág. 103.

miembro o del Convenio de París o bien del Convenio de Viena¹⁸¹⁵. No es este el caso del Convenio sobre Indemnización Suplementaria para la armonización de la responsabilidad civil por daños nucleares en todos los países con plantas nucleares que, como tal, es de libre acceso no solamente para los países que generan la energía nuclear, sino también para los que no tienen planta nuclear alguna¹⁸¹⁶. El libre acceso mencionado con anterioridad está restringido, sin embargo, en el caso de los países con una o más plantas nucleares en sus territorios, de los que se exige que sean además parte del Convenio de Seguridad Nuclear de 194¹⁸¹⁷. Tal requisito no es aplicable en caso de los países que no producen energía nuclear¹⁸¹⁸. En el Convenio de Indemnización Suplementaria subyace la idea de que éste fuera un instrumento abierto y no accesorio al Convenio de Viena, como el Convenio de Bruselas al Convenio de París. En este sentido, el convenio que se comenta ha sido designado para complementar o al Convenio de París, o al de Viena o a cualquier legislación nacional en materia de daños nucleares, en este último caso bajo la condición de que tal legislación esté de acuerdo con los principios de la responsabilidad establecidos en el anexo al Convenio de la Indemnización Suplementaria¹⁸¹⁹. De esta manera, dicho Convenio posibilita un régimen global que crea la base para una futura cooperación entre los países que han ratificado el Convenio de París o el de Viena con los que no son parte de ninguno de los dos y se muestran dispuestos a aceptar los principios básicos de la responsabilidad nuclear¹⁸²⁰.

Dicho esto, se ha de señalar que desde su promulgación el Protocolo Conjunto no ha tenido mucho éxito, puesto que de todos los países con plantas nucleares solamente Suecia se unió a él. Y finalmente de los diez países con mayor capacidad nuclear (Canadá¹⁸²¹, Francia¹⁸²², Alemania¹⁸²³, Japón¹⁸²⁴, la República de Corea¹⁸²⁵, Federación Rusa¹⁸²⁶, Suecia¹⁸²⁷, Ucrania¹⁸²⁸, el Reino Unido¹⁸²⁹ y los Estados Unidos¹⁸³⁰) solamente la

¹⁸¹⁵ Ben MCRAE, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, *International Nuclear Law in the Post.Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 188.

¹⁸¹⁶ En caso de estos últimos, si no han adoptado ni Convenio de París ni Convenio de Viena se requiere que su Derecho nacional esté de acuerdo con el Anexo al Convenio sobre la Indemnización Suplementaria (art. XVIII.1) disponible en «<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/supcomp.html>» (fc: 26.07.2011).

¹⁸¹⁷ Art. XVIII.1 del Convenio sobre la Indemnización Suplementaria, adoptado el día 12 de septiembre de 1997 y abierto para la firma 29 de septiembre de 1997, disponible en «<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/supcomp.html>» (fc: 26.07.2011). Para ver el texto del Convenio de Seguridad Nuclear de 1994 diríjase a «<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/inf449a1.shtml>» (fc: 26.07.2011).

¹⁸¹⁸ Ben MCRAE, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, *op. cit.*, pág. 188.

¹⁸¹⁹ Norbert PELZER, “Learning the Hard Way: Did the Lessons Thought by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law”, *International Nuclear Law in the Post.Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 109.

¹⁸²⁰ Ben MCRAE, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, *op. cit.*, pág. 188.

¹⁸²¹ 18 plantas nucleares; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²² 58 plantas nucleares en funcionamiento más 1 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²³ 17 plantas nucleares; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²⁴ 50 plantas nucleares en funcionamiento más 2 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²⁵ 21 plantas nucleares en funcionamiento más 5 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²⁶ 32 plantas nucleares en funcionamiento más 11 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²⁷ 10 plantas nucleares en funcionamiento; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸²⁸ 15 plantas nucleares en funcionamiento más 2 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

mitad es parte o bien del Convenio de París o bien del Convenio de Viena, siendo éstos Francia, Alemania, Suecia, Ucrania y el Reino Unido¹⁸³¹.

Ahora bien, debido a que los Convenios de Viena y el de París están tan estrechamente relacionados el uno con el otro¹⁸³², los países que son parte de uno normalmente no adoptan el otro. Tradicionalmente, en España la regulación de la responsabilidad civil por daños nucleares estaba regulada por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre la energía nuclear, así como por el Decreto 2177/1967, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Cobertura de Riesgos Nucleares. La revisión de los Convenios de París y de Bruselas trajeron a colación una paralela revisión de la regulación nacional, que fue efectuada por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación de sistema eléctrico, y posteriormente por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Los cambios introducidos por las siguientes enmiendas de los Convenios de París y Bruselas en el año 2004¹⁸³³ hicieron necesaria una general modificación del comentado régimen jurídico que resultó en la introducción de una reforma de carácter transitorio¹⁸³⁴, que quedó en vigor hasta la promulgación de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos¹⁸³⁵.

¹⁸²⁹ 19 plantas nucleares en funcionamiento; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸³⁰ 104 plantas nucleares en funcionamiento más 1 bajo la construcción; fuente: IAEA Power Reactor Information System; disponible en las páginas <http://www.iaea.org/programmes/a2/> (fc: 25.07.2011).

¹⁸³¹ Ben MCRAE, "The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage", *op. cit.*, pág. 188.

¹⁸³² Las provisiones de ambos son muy similares si no idénticas Julia SCHWARTZ, "International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl", *op. cit.*, pág. 42.

¹⁸³³ Véase el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 24.08.2011) y el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica al Convenio de 31 de enero de 1963 de Bruselas complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf (fc: 24.08.2011).

¹⁸³⁴ Esta reforma, por su parte, fue aprobada por dos disposiciones adicionales insertas en la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

¹⁸³⁵ Más sobre el régimen internacional establecido por los Convenios de París y de Bruselas en Julia SCHWARTZ, "Liability Compensation for Nuclear Damage: The Revision of the Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention", *NEA News* 19/2003, núm. 1, pp. 8-11, EL MISMO, "The Current Revision of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and the Brussels Convention Supplementary to the Paris Convention, Nuclear Law under the Sign of Safety and Confidence", *Proceedings of the Nuclear Inter Jura*, Budapest, 2002, pp. 171 *et seq*, disponible en http://aidn.inla.exxoss.net/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=20&Itemid=39 (fc: 15.09.2011), Vedran SOLJAN, "Modernisation of the International Regime on Civil Liability for Nuclear

1.2 Ámbito de aplicación.

A pesar de que en el ámbito internacional no existe ninguna regulación que sujete a un régimen específico de la responsabilidad a los explotadores de las instalaciones radiactivas por los daños que fuesen causados por accidentes en los que estén involucrados materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares¹⁸³⁶, materia esta fue objeto de regulación tanto en la Ley 25/1964, como en la nueva 12/2011. Esta última distingue entre un tipo de daño y otro, introduciendo un tratamiento separado en cada uno de ellos¹⁸³⁷. En este sentido, se puede afirmar que la legislación española es más completa que el Convenio de París en que no solamente no se regula la responsabilidad por los daños causados por las sustancias radiactivas, sino en que además falta una definición expresa de daño nuclear¹⁸³⁸. A este efecto, según el art. 3, punto 1 aptd.3 de la Ley 12/2011, constituye daño nuclear cualquier pérdida o el daño que derivan o resultan de radiaciones ionizantes emitidas por una fuente de radiaciones, combustible nuclear o desechos radiactivos que se encuentren en el interior de una instalación nuclear, o sustancias nucleares que procedan, se originen o se envíen a una instalación nuclear. En todos los casos mencionados con anterioridad se tratará con el daño nuclear no sólo en el caso en el que la pérdida o el daño hayan sido causados por las propiedades radiactivas sino también en los que éstos resultaron de una combinación

Damage”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* núm. 58, 1998, pp. 733 *et seq.*, Håkan RUSTAND, “The Revision of the Paris/Brussels System: Important Improvements of the International Nuclear Liability Regime. Some Remarks”, en Norbert PELZER (ed.) *Brennpunkte des Atomenergierechts*, Nomos, Baden.Baden, 2002, pp. 133 *et seq.*, Monika HINTEREGGER/Susanne KISSICH, “The Paris Convention 2004. A New Nuclear Liability System for Europe”, *Environmental Liability*, núm. 12, 2004, pp. 116 *et seq.*, Roalnd DUSSART DESART, “The reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention: An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *Nuclear Law Bulletin* núm. 75, 2005, pp. 7 *et seq.* Susan KISSICH, *Internationales Atomhaftungsrecht: Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien*, Baden.Baden, 2004 y Norbert PELZER, “Modernising the International Regime Governing Nuclear Third Party Liability”, *Zeitschrift für Europäisches Umwelt. und Planungsrecht*, núm. 3, 2005, pp. 212 *et seq.*

¹⁸³⁶ Exposición de motivos a la Ley 12/2011 sobre responsabilidad civil por los daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

¹⁸³⁷ Véase el art. 3 pkt.1 aptd. 2 y 3 (daño nuclear) y el art. 3 pkt.2 (daños producidos por materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares) de la Ley 12/2011.

¹⁸³⁸ El alcance del daño indemnizable deriva del contexto del art. 3 del Convenio de París y es idéntico a este establecido por el Convenio de Viena. Norbert PELZER, “Learning the Hard Way: Did the Lesson Thought by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?”, *International Nuclear Law in the Post Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 104, n.159.

de dichas propiedades con las propiedades tóxicas, explosivas o peligrosas de estas sustancias¹⁸³⁹.

Ahora bien, a pesar de las evidentes convergencias en la regulación de unos y de otros, los daños nucleares (título I de la Ley 12/2011) y los causados por las sustancias radiactivas que no sean nucleares (título II de la Ley 12/2011) se rigen cada uno por sus propios regímenes jurídicos. A este efecto, la Ley 12/2011 se aplica a ambos tipos de daños si estos se producen durante el almacenamiento, manejo y utilización en cualquier forma o transporte de sustancias nucleares o de los materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares en todo el territorio español. A diferencia de los daños causados por las sustancias radiactivas, sin embargo, la Ley extiende el ámbito espacial en caso de los daños nucleares, del territorio español, a zona marítima, establecida según el derecho internacional pertinente, o a bordo de un buque o aeronave matriculados por uno de los Estados señalados en el art. 2 de la Ley¹⁸⁴⁰. La responsabilidad del explotador por los daños nucleares originados por sustancias nucleares que hayan sido abandonadas, extraviadas, robadas o hurtadas subsistirá, excepto en relación con los daños personales o materiales que sobrevengan a las personas que hubieran participado en los hechos y sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponder al explotador sobre estas últimas¹⁸⁴¹.

Y por último, en caso de ambos, de la responsabilidad por daños nucleares y de la responsabilidad por daños producidos en accidentes que involucren materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares, si los daños son causados conjuntamente, por una parte, por un accidente nuclear, en caso de la primera, o por un accidente que da lugar a la emisión de radiaciones ionizantes, en caso de la segunda, y por otra, por un accidente de otra naturaleza, el daño causado por este segundo accidente, en la medida en que no sea posible separarlo con certeza del daño causado por el primero, se considerará también como daño bajo la responsabilidad del explotador¹⁸⁴².

¹⁸³⁹ Art. 3 pkt.1 aptd. 4.

¹⁸⁴⁰ Véase el art. 2 pkt 1 y 2 de la Ley 12/2011.

¹⁸⁴¹ Art. 8 de la Ley 1/2011.

¹⁸⁴² Art. 4.2 para los daños nucleares, y el art. 17.4 para los daños producidos en accidentes que involucren materiales radioactivos que no sean sustancias nucleares, de la Ley 12/2011.

1.3 Régimen de la responsabilidad y sus límites cuantitativos.

La responsabilidad del explotador, tanto en caso de los daños nucleares como en el de los causados por los materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares es objetiva, y por tanto, independiente de dolo o culpa. La *Exposé des Motifs* del Convenio de París utiliza incluso el término “responsabilidad absoluta”, dado que el explotador de la instalación nuclear no puede, como veremos más adelante, escapar con la responsabilidad en los supuestos clásicos de exoneración, como por ejemplo fuerza mayor, caso fortuito, o conducta concurrente de un tercero¹⁸⁴³. De ahí que las escasas exoneraciones establecidas en la ley, especialmente en el caso de los daños nucleares, acerquen la configuración de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad absoluta¹⁸⁴⁴.

La responsabilidad del explotador de la instalación por los daños nucleares está limitada en cuantía¹⁸⁴⁵. Después de las enmiendas de 2004, dicha cantidad se configura como un mínimo común y no, como hasta entonces, un máximo, de manera que se autoriza a las Partes a fijar la responsabilidad del explotador de forma distinta, por encima de la cantidad establecida en el Convenio de París, o a adoptar un régimen de la responsabilidad ilimitada. En todos los casos, con excepción de régimen de la responsabilidad ilimitada, la cantidad introducida por el derecho doméstico constituye para el operador de la planta nuclear un techo máximo por encima del cual está liberado de la responsabilidad. Actualmente, con arreglo a lo introducido por los Protocolos de 2004, el mínimo de la responsabilidad del explotador se sitúa en 700 millones de euros casi cuatro veces más de lo que se recomendaba en 1990¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴³ NUCLEAR ENERGY AGENCY, *Exposé des Motifs, Revised text of the Exposé des Motifs of the Paris Convention*, approved by the OECD Council on the 16th November 1982, para. 48, http://www.nea.fr/html/law/nlparis_motif.html (fc: 29.09.2011).

¹⁸⁴⁴ Véase el capítulo siguiente.

¹⁸⁴⁵ Art. 7 del Convenio de París, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/nlparis_conv.html (fc: 24.08.2011) y art. 4.4 de la Ley 12/2011 de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.2011.9279 (fc: 23.07.2011). En lo que se refiere a la cantidad máxima de la que responde el explotador, no existe una regulación paralela en caso de los daños causados por los materiales radioactivos que no sean sustancias nucleares.

¹⁸⁴⁶ Art. 7 (a) del Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 25.08.2011) que establece el minimum de la responsabilidad del explotador de la instalación nuclear y el art. 3 del Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica al Convenio de 31 de enero de 1963 de Bruselas, complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, disponible en

Finalmente, después de las reformas de 2004 el Convenio de París sigue facilitando a los legisladores nacionales la opción de reducir la responsabilidad mínima obligatoria del explotador en casos de, primero, instalaciones nucleares cuyo riesgo no requiera una cobertura mayor y, segundo, de transportes de sustancias nucleares. También en estos supuestos las cantidades mínimas de responsabilidad obligatoria se incrementan, proporcionalmente incluso más que en caso de la responsabilidad no reducida del explotador de la instalación nuclear. Así, siguiendo las instrucciones del CP, la Ley española 12/2011 establece que para las instalaciones de menor riesgo y para los transportes de sustancias nucleares, siendo ambos supuestos objeto de determinación por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, dicha responsabilidad será, como mínimo, de 70¹⁸⁴⁷ y 80¹⁸⁴⁸ millones de euros, respectivamente¹⁸⁴⁹.

Tal decisión es resultado de un largo debate en el que se han tenido en cuenta múltiples factores como, por ejemplo, la extensión, bajo ciertas condiciones, del alcance de aplicación del Convenio a los Países No-Contratantes, la redefinición del concepto del daño y su extensión a los daños medioambientales o medidas preventivas, o, finalmente, la capacidad financiera de las aseguradoras de la responsabilidad civil por los daños nucleares¹⁸⁵⁰. En lo que a esta última se refiere, es un dato conocido que, como consecuencia del principio de la congruencia, los techos de la responsabilidad están normalmente ligados a la respectiva capacidad de la industria aseguradora de establecer la cobertura de la responsabilidad civil por tales daños¹⁸⁵¹. A este efecto, algunos círculos han señalado que mientras tal interdependencia sea económicamente sensible no puede constituir base para fijar el alcance de la responsabilidad. En la

<http://www.oecd.nea.org/law/nlbrussels.html> (fc: 23.07.2011) que introduce el llamado sistema de tramos que reparte la responsabilidad por los daños nucleares entre el explotador de la instalación, el País en el que está sita la instalación y los países contratantes del Convenio de París según la fórmula de reparto prevista en el artículo 12 del mismo cuerpo legal.

¹⁸⁴⁷ Doce veces más respecto a la regulación anterior.

¹⁸⁴⁸ Catorce veces más respecto a la regulación anterior.

¹⁸⁴⁹ Véase art. 7 (b)(i) del CP, en la redacción dada a éste por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 24.08.2011), y el art. 4.5 (a) i (b) de la Ley española 12/2011 sobre la responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.2011.9279 (fc: 23.07.2011).

¹⁸⁵⁰ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of the Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *op.cit.*, pp. 226.227.

¹⁸⁵¹ Según el principio de congruencia la responsabilidad del operador de una planta nuclear ha de ser cubierta en su totalidad. Norbert PELZER, “Main features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability. Progress and Standstill”, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. 10th Anniversary of the International School of Nuclear Law*, OECD, 2010, Nea núm. 6934, pág. 368.

respuesta a este argumento, los simpatizantes de la responsabilidad limitada señalan que en caso de los daños nucleares, la aplicación de los fundamentos teóricos puede llevar a ciertas confusiones. Si lo que constituye base de la responsabilidad es el riesgo dimanante de determinada actividad, ¿quién se atreverá a operar una planta nuclear si lo que se tendrá en cuenta a la hora de fijar los techos de la responsabilidad del explotador es el riesgo nuclear? Aunque tal suposición puede parecer correcta desde el punto de vista teórico es un error pensar que la responsabilidad civil ha de cubrir la total extensión del riesgo involucrado en la actividad. El Derecho de daños como tal no está configurado para tratar con las catástrofes y el supuesto de daños nucleares no es el único en el que se fijan techos de la responsabilidad, dejando los máximos de la responsabilidad sin cobertura en forma de seguro o activos del explotador. Al igual que en caso de inundaciones o terremotos, también en el caso de desastres provocados por el ser humano es el Estado que compensa a las víctimas como el que adjudica licencias y efectúa controles de seguridad, compartiendo la responsabilidad por los servicios prestados de forma segura con el explotador de la instalación, aunque el mayor peso recaiga sobre este último. Así las cosas, los límites de la responsabilidad no deberían alcanzar los niveles del daño catastrófico y al fijarlos se han de tener en cuenta, además del riesgo, factores de índole económico, social y otros relevantes, ligados a la actividad en cuestión¹⁸⁵².

Se ha de señalar, sin embargo, que no son inusuales los casos de los países que han introducido la responsabilidad ilimitada del operador de la planta nuclear. A pesar de que hoy en día sólo cuatro Ordenamientos jurídicos han adoptado este régimen de responsabilidad, siendo éstos Austria, Alemania, Japón y Suiza, es muy probable que a la hora de ratificar las reformas de los Convenios de París y de Bruselas del año 2004 tres países más escojan el mismo camino, aquí Dinamarca, Suecia y Finlandia¹⁸⁵³.

Siguiendo la discusión anunciada líneas arriba, de acuerdo con otro de los argumentos de los oponentes de la responsabilidad ilimitada del explotador nuclear, es

¹⁸⁵²Norbert PELZER, "Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?" *International Nuclear Law in the Post Chernobyl Period*, OECD, 2006, pp. 106.107. Sobre la distribución del dinero disponible en caso de los daños catastróficos véase, Nathalie HORBACH, "Catastrophic Nuclear Damage under the Dutch Nuclear Liability Law", en Norbert PELZER (ed), *Internationalisierung Des Atomrechts: Internationalizing Atomic Energy Law*, Nomos, Baden.Baden, 2005, pág. 213 *et seq.* y pp. 222.228, para los Estados Unidos véase UNITED STATES PRESIDENTIAL COMMISSION ON CATASTROPHIC NUCLEAR ACCIDENTS, *Report to the Congress from the Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents*, II vol., Washington DC, 1990.

¹⁸⁵³ Norbert PELZER, "Main features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability. Progress and Standstill", *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. 10th Anniversary of the International School of Nuclear Law*, OECD, 2010, Nea núm. 6934, pág.367.

de poca importancia si limitamos o no tal responsabilidad, dado que bajo los regímenes de la responsabilidad ilimitada los daños tampoco pueden estar cubiertos en su totalidad. En este sentido responsabilidad ilimitada puede tacharse de más o menos “fingida”, puesto que una cobertura ilimitada no existe y, en consecuencia, las víctimas disponen únicamente de la cantidad cubierta por el seguro, al igual que en el sistema de responsabilidad limitada. Este argumento, sin embargo, no es de todo correcto. Si los daños exceden la cobertura del seguro obligatorio, las víctimas siguen teniendo acceso a otros activos del explotador de la instalación¹⁸⁵⁴.

Por tanto, por una parte, es dudoso, que la responsabilidad ilimitada del explotador pudiese encontrar plena cobertura en el sector asegurador o en otro alternativo, teniendo en cuenta, primero, la magnitud del riesgo involucrado en el funcionamiento de una planta nuclear, y segundo, el precio estimado de las pólizas, reflejado en sus primas¹⁸⁵⁵. Por otra parte, según los resultados de la llamada teoría de demanda de seguros (*insurance demand theory*), agentes que toman decisiones (*decision makers*) y que actúan de forma razonable por si solos no cubrirían con el seguro la totalidad del riesgo de la actividad que llevan a cabo¹⁸⁵⁶.” Así las cosas, los oponentes de la responsabilidad ilimitada señalan que lo que se ha de evitar a toda costa es la situación en la que los daños nucleares excedan la cobertura facilitada por el sector financiero y de seguros, constituyendo tal exceso la responsabilidad del explotador, que, sin tener la capacidad para hacer frente a las reclamaciones formuladas por las víctimas, perdería liquidez, dejando algunas de ellas sin compensar. Y aquí es donde encuentra su papel Estado que, de acuerdo con la política expuesta con anterioridad, está obligado a contribuir mediante fondos públicos al pago de las indemnizaciones complementarias, establecidas en el Convenio de Bruselas¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁴ Norbert PELZER, “Main features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability. Progress and Standstill”, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. 10th Anniversary of the International School of Nuclear Law*, OECD, 2010, Nea núm. 6934, pág. 368.

¹⁸⁵⁵ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *op. cit.*, pp. 203.204.

¹⁸⁵⁶ Para una detallada discusión sobre las decisiones óptimas en material de seguros véase, entre otros, Karl BORCH, “The Safety Loading of Reinsurance Premiums”, *Skandinavisk Aktuarietidskrift* núm. 43, 1960, pp. 163.184, EL MISMO, “Optimal Insurance Arrangements”, *Astin Bulletin* núm. 8, 1976, pp. 284.290 y Kenneth ARROW, “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”, *American Economic Review* núm. 53, 1963, pp. 941.973. Martin Nell/Andreas Richter, *The Design of Liability Rules for Highly Risky Activities. Is Strict Liability the Better Solution*, Working Papers on Risk and Insurance, Hamburg University, núm. 1, June, 2001, pág. 4.

¹⁸⁵⁷ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *op. cit.*, pp. 203.204.

El concepto de responsabilidad limitada suele estar, por tanto, implementado para respaldar nuevos sectores de industria, como ferrocarriles o automóviles, que a este nivel de su desarrollo necesitan promoción¹⁸⁵⁸. En opinión de los simpatizantes del ilimitado régimen de responsabilidad civil del explotador de instalación nuclear, sin embargo, esta razón podía estar fundada al principio del uso comercial de energía nuclear, pudiéndose hoy en día cuestionar su validez¹⁸⁵⁹. Actualmente la industria nuclear ha ganado en fuerza y no necesita más este tipo de apoyo. Limitar la responsabilidad del explotador de instalación nuclear significaría prescindir del riesgo como fundamento de ésta. Tal limitación es arbitraria y no puede estar justificada¹⁸⁶⁰. Los problemas relacionados con los techos máximos de responsabilidad han sido evidenciados por la doctrina germánica¹⁸⁶¹, cuyos esfuerzos han sido reconocidos, por ejemplo, por el legislador austriaco. La cuestión es crucial también si considerásemos sujetar la actividad de utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos a una cláusula general de la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, como la del art. 5:101 de los PETL, pues a aquella no se le puede negar toda y cada una de las características de estas actividades. Es decir, la utilización de energía nuclear y de materiales radiactivos crea un riesgo significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio¹⁸⁶², el riesgo de daño en este caso es significativo, teniendo en cuenta la gravedad de este último¹⁸⁶³ y la actividad no es de uso común¹⁸⁶⁴. Una similar cláusula, que, a modo de ejemplo, menciona precisamente actividades desarrolladas por instalaciones nucleares como las que están sujetas a su aplicación, se encuentra en el nuevo Proyecto de Derecho de daños austriaco. Según la §1304 de éste:

(1)El guardián de una fuente de alto peligro es responsable en cuanto este riesgo resulte en daño. (...)

¹⁸⁵⁸ Michael G. FAURE/Karine FIORE, “An Economic Analysis of the Nuclear Liability Subsidy”, *Pace Environmental Law Review*, vol 26 (summer 2009), núm. 2, pág. 419 *et seq*. En España así Isabel TOCINO BISCAROLASAGA, *Aspectos legales del riesgo y daño nuclear de las centrales nucleares*, Junta de Energía Nuclear, Madrid, 1975, pág. 321 y Alfonso DE LOS SANTOS LASURTEGUI, *Problemas jurídicos de la energía nuclear*, Sección de Publicaciones de la J.E.N., Madrid, 1964, vol.I, pp. 34 y 42.43.

¹⁸⁵⁹ Norbert PELZER, *Begrenzte und unbegrenzte Haftung im deutschen Atomrecht*, Baden.Baden, pág. 34 *et seq*.

¹⁸⁶⁰ Norbert PELZER, “Main features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability. Progress and Standstill”, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook. 10th Anniversary of the International School of Nuclear Law*, OECD, 2010, Nea núm. 6934, pp. 368.369.

¹⁸⁶¹ Véase, por todos, Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, vol. I: Allgemeiner Teil, 1997, no 6/24.

¹⁸⁶² Art. 5:101 (2)(a) de los PETL.

¹⁸⁶³ Art. 5:101(3) de los PETL.

¹⁸⁶⁴ Art. 5:101 (2)(b).

(3) Se trata con una fuente de alto riesgo cuando una cosa bien por sí misma, bien en el curso de su uso normal, o una actividad comporta, a pesar de toda la debida diligencia ejercida, riesgo de daño frecuente o serio. Contienen fuente de alto peligro especialmente instalaciones nucleares, (...)

La aplicación de la cláusula por las actividades anormalmente peligrosas, sin embargo, impide imposición de cualquier límite cuantitativo, en este preciso caso, sobre la responsabilidad del explotador¹⁸⁶⁵. El problema, por lo menos por ahora, parece ser irrelevante, ya que el art. 5:101 de los PETL, excluye de su aplicación a cada actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier legislación nacional o convención internacional, sujetándola al art. 5:102 de los PETL. Según éste, las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas. El mismo comentario a este artículo introduce, no obstante, ciertas dudas en cuanto a la interpretación expuesta con anterioridad. A este efecto, su punto 2 declara que el art. 5:102 de los PETL abarca la responsabilidad objetiva en actividades que no son anormalmente peligrosas y que el Grupo decidió ceñir las actividades anormalmente peligrosas a un concepto muy estricto que enviste el art. 5:101 PETL. El resto de casos hoy regulados en los ordenamientos europeos tenían que ser objeto de otra norma. Esto, según el mismo punto 2, se ha conseguido a través de la inclusión en los PETL del art. 5:102 cuyos términos muestran que se habían tenido presentes esas otras variantes que no se habían incluido en el concepto que subyace en el art. 5:101 PETL. ¿Bajo qué precepto de los PETL, por tanto, se incluiría la responsabilidad por utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos si las actividades anormalmente peligrosas se han de regir por el art. 5:101 PETL, pero al mismo tiempo se excluye de su ámbito de aplicación cada actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier legislación nacional o convención internacional?

El *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) incluye una provisión similar a la incluida en el art. 5:102 de los PETL en su art. VI- 3:207 (otra responsabilidad por la causación del daño jurídicamente relevante). Éste establece que

“Una persona es responsable por la causación del daño jurídicamente relevante si la Ley nacional así lo establece donde éste

¹⁸⁶⁵ Véase el art. 5:101(1) de los PETL que establece que [[a persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.

[...] b) se refiere a sustancias o emisiones,[...] ¹⁸⁶⁶,

El artículo complementa otras provisiones que imponen responsabilidad objetiva en casos concretos (arts. VI.-3:201 a VI.-3:206) y aplica sólo a los supuestos en ellos no incluidos, regulados por las leyes nacionales y delimitados en uno de los tres ámbitos marcados por los subpárrafos a-c ¹⁸⁶⁷. De esta manera es más específico que su homólogo de los PETL que no requiere nada más que la regulación de responsabilidad objetiva en una de las leyes nacionales o convenciones internacionales. La Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos estaría sujeta al subpárrafo b) del art. VI- 3:207 DCFR que regula cuestiones de responsabilidad por daño al medioambiente, excluidas de la aplicación del art. VI-3:206 (Responsabilidad por daños causados por sustancias peligrosas y emisiones). Éste último cubre solamente componente básico de las reglas de responsabilidad por el daño al medioambiente y no se entromete en regímenes especiales tales como el de la responsabilidad civil nuclear ¹⁸⁶⁸.

La responsabilidad objetiva, en el marco de un accidente unilateral, en el que sea solamente el que causa el accidente el que pueda influir sobre el riesgo de su producción, constituye una regla efectiva que suministra incentivos tanto para adoptar un eficaz nivel de cuidado, como para adoptar un óptimo nivel de actividad también desde el punto de vista del análisis económico de Derecho, entendido como un mecanismo cuya finalidad consiste en prevenir la producción de accidentes nucleares. Dada la limitada posibilidad de contribución a la producción del daño nuclear de la víctima, la regla de la responsabilidad objetiva parece ser la solución idónea que ofrece al causante del daño óptimos incentivos para la reducción de los incidentes. Sin embargo, un régimen de la responsabilidad regido por algunos de los principios expuestos con anterioridad, impide que tal regla sea eficiente desde el punto de vista económico. Así, la limitación de la responsabilidad en cantidad distorsiona la internalización de las externalidades generadas por el riesgo nuclear llevando a una consumición más elevada que la socialmente óptima. Por otra parte, dada la interdependencia entre la magnitud del riesgo accidental y la cantidad gastada para prevenir la producción de los accidentes, la responsabilidad limitada en cantidad se traducirá en una diferente lectura de la magnitud del riesgo, que en este caso también se

¹⁸⁶⁶ Trad. propia.

¹⁸⁶⁷ Art. VI . . 3:207 com. A. Overview del DCFR, pág. 2556.

¹⁸⁶⁸ Art. VI . . 3:207 com. B. Subparagraph b) del DCFR, pág. 3557.

verá reducida. Por consiguiente, el potencial causante del daño empleará un cuidado suficiente para prevenir el accidente según la magnitud igual a la cantidad limitada de la responsabilidad, prestando, como consecuencia, cuidado insuficiente para reducir el gasto global emergido a causa del accidente nuclear. Y finalmente, tanto la canalización de la responsabilidad únicamente hacia la persona del explotador, así como los periodos de prescripción pueden tener efectos negativos en los incentivos para prestar el cuidado óptimo que reducirían la probabilidad del accidente nuclear. Podrían presentar un posible remedio para los problemas mencionados con anterioridad en el caso de los daños nucleares complejas regulaciones de seguridad¹⁸⁶⁹.

1.4 Sistema de tramos¹⁸⁷⁰.

Mientras el Convenio de París concierne sólo a las compensaciones provenientes de los fondos privados, el sistema de tramos suplementarios generados de fondos públicos y suministrados o por el Estado en el que está sita la instalación nuclear o bien por un fondo común interestatal con tal de proveer a las víctimas con compensaciones adicionales, viene establecido en el Convenio de Bruselas, Suplementario del Convenio de París¹⁸⁷¹ y en sus modificaciones posteriores¹⁸⁷². El propósito de las enmiendas del año 2004 era mantener el Convenio de Bruselas en línea con los regímenes ilimitados de la responsabilidad del explotador y evitar situaciones en las que el tramo internacional esté aportado por las Partes Contratantes de dicho Convenio una vez agotados los recursos del explotador de la instalación. Actualmente la posibilidad de acudir al tramo internacional se abre en cuanto las indemnizaciones adjudicadas a las

¹⁸⁶⁹ Michael FAURE, "Economic Models for Compensation for Damage Caused by Nuclear Accidents: Some Lessons for the Revision of Paris and Vienna Convention", *European Journal of Law and Economics*, núm. 2, 1995, pp. 22.28.

¹⁸⁷⁰ Más sobre el Convenio de Bruselas y el sistema de tramos en A. BETTE/J.M. DIDER/R. FORNASIER/R.M. STEIN, *Compensation of Nuclear Damage in Europe: System Created by the Brussels Convention of 31st January 1963, Supplementary to the Paris Convention on 29th July 1960, on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy*, OECD, Brussels, 1965.

¹⁸⁷¹ Véase Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, complementario del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, disponible en <http://www.oecd.nea.org/law/nlbrussels.html> (fc: 23.07.2011).

¹⁸⁷² La más significativa en la material es la introducida por el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica al Convenio de 31 de enero de 1963 de Bruselas, complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf (fc: 24.08.2011).

víctimas superen la cantidad de 1200 millones de euros, sin necesidad de consumir previamente los fondos de los que dispone el explotador¹⁸⁷³.

La estructura de sistema de tramos viene establecida y regulada en el art. 3(b) del Convenio de Bruselas, Suplementario de Convenio de París en la redacción dada a éste por el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que aumenta las cantidades de las compensaciones por cada accidente y cada instalación que, a partir de entonces, pasan a ser:

1.- Un primer tramo de 700 millones de euros de responsabilidad mínima obligatoria del explotador, según lo determinado por el Convenio de París¹⁸⁷⁴. Dicha cuantía será exigible en su totalidad al explotador de la instalación. Sin embargo, en el hipotético caso de que la capacidad de éste no fuera suficiente para hacer frente a las indemnizaciones de las víctimas dentro del tramo establecido, es decir, si el seguro u otra garantía financiera contratados por él fueron indisponibles o insuficientes, el Estado estaría obligado a intervenir arbitrando los sistemas o procedimientos pertinentes para satisfacer cantidades correspondientes hasta el mínimo exigido¹⁸⁷⁵. La garantía estatal será exigible también en otro supuesto hipotético, aunque éste sea muy improbable. Éste sería el supuesto en el que una misma instalación fuera objeto de dos incidentes nucleares en el mismo año y en el que la cantidad ofrecida por la aseguradora no fuera, como requiere la estricta formulación del art. 7(a) del CP, por lo menos 700 millones de euros por cada incidente nuclear, sino 700 millones de euros por año cubierto por la prima. Así las cosas, algunas Partes del Convenio, conscientes del problema, exigieron que se incluyese en éste una cláusula que requiriese del explotador una inmediata reconstrucción de la cobertura, dentro de un mes o dos, para, de esta forma, disminuir el riesgo de su siguiente intervención bajo el art. 10(c). De momento, sin embargo, dicha cuestión no encontró suficiente apoyo, quedándose sin reflexión alguna en la regulación existente¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷³ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of the Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *op.cit.*, pág. 235.

¹⁸⁷⁴ Art. 7 (a) del CP modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, que modifica el CP, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf.

¹⁸⁷⁵ Art. 10 (c) del CP modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, que modifica el CP, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf.

¹⁸⁷⁶ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of the Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *op.cit.*, pág. 229.

2.- Un segundo tramo de compensación complementaria, introducido por el Convenio de Bruselas y fijado en el nivel de entre 700 millones y 1200 millones de euros. La responsabilidad en este caso corresponde, dependiendo de lo que establezca la legislación nacional, al Estado con exclusión del explotador, al explotador con la exclusión del Estado, o bien al Estado y explotador juntos en la proporción determinada por la ley nacional correspondiente. Así, el llamado tramo del Estado en el que está sita la instalación puede abarcar entre 500 millones y cero euros, dependiendo de si la decisión del legislador nacional era cargar o no al explotador con la obligación de proveer la cobertura que excede 700 millones euros¹⁸⁷⁷. Esta primera solución se considera deseable teniendo en cuenta el principio “quien contamina paga”¹⁸⁷⁸. El segundo tramo correrá enteramente de cargo del explotador bajo los regímenes de la responsabilidad ilimitada, a pesar de que, normalmente, éste proviene de los fondos públicos¹⁸⁷⁹.

3.- Un tercer tramo, internacional, de compensación complementaria entre 1200 millones y 1500 millones de euros, introducido por el Convenio de Bruselas y suministrado exclusivamente por fondos públicos aportados por todos los Estados Partes del Convenio de Bruselas¹⁸⁸⁰ de forma proporcional a su Producto Nacional Bruto y su potencia nuclear instalada¹⁸⁸¹, de los que 35% corresponde al primero y 65% a la segunda. Este cambio, introducido por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, que modifica el CCB respecto a la fórmula original, que comprendía 50% basado en el Producto Nacional Bruto, y un 50% en la potencia nuclear instalada, es consecuencia de las negociaciones políticas que consideraban, por una parte, la necesidad de reconciliar la aplicación del principio “quien contamina paga”, en el caso comentado, a la vista de que son fondos públicos los involucrados, relevante solamente de forma parcial y, por otra, la necesidad de mantener el “principio de solidaridad” entre Partes Contratantes que tienen instalaciones nucleares y las que no las tienen. La nueva fórmula, que atribuye más peso al poder termal de las Partes se traduce en que se dé más

¹⁸⁷⁷ Art. 3 (c)(i) i (ii) del CB, modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf (fc: 15.09.2011).

¹⁸⁷⁸ Julia SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *op. cit.*, pág. 54.

¹⁸⁷⁹ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of the Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *op. cit.*, pág. 229.

¹⁸⁸⁰ Art. 3 (b)(iii) del CB modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf (fc: 15.09.2011).

¹⁸⁸¹ Art. 12 del CB modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf (fc: 15.09.2011).

importancia al factor riesgo¹⁸⁸². En lo que se refiere al principio “solidaridad y no responsabilidad”, esta base de intervención parece ser válida para los países con la potencia nuclear instalada. Podrían cuestionarla, en cambio, países que carecen de plantas nucleares algunas y que se muestran críticos con este tipo de producción de la energía. Se señala, a este efecto, que lo que se esconde bajo dicho principio son, más que aprobación para el programa nuclear mismo, razones humanitarias que exigen la muestra de solidaridad con las víctimas de los incidentes nucleares, así como la preocupación por la indeseable desestabilización de los respectivos países o regiones¹⁸⁸³. Finalmente, las enmiendas del 2004 traen una novedad más en la regulación del tramo internacional. Mientras originalmente éste se fijaba independientemente del número de las Partes Contratantes, hoy en día el nuevo art. 12bis del modificado CCB permite incrementar los fondos del tramo internacional *pro rata* de acuerdo con el Producto Nacional Bruto y la potencia nuclear instalada que trae a la “cesta ya existente” la nueva Parte Contratante. De esta manera se compensa el riesgo que supone la nueva adhesión con el incremento en el tercer tramo. Tal regla no funciona, sin embargo, en la dirección contraria, es decir, no habrá disminución en los fondos en caso de que algún Estado renuncie la calidad de Parte del Convenio¹⁸⁸⁴.

1.5 Causas de exoneración.

Según el art. 6.2 y 3 de la Ley 12/2011, el explotador de la instalación no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si éstos se deben a concurrencia de la culpa de la víctima, en cuyo caso la exoneración puede ser parcial o total, o a actos de conflictos armados, hostilidades, guerra civil o insurrecciones. En el caso de accidentes en los que están involucrados los materiales radiactivos de origen distinto a las sustancias nucleares, este catálogo se amplía además a catástrofe natural (art. 17.2 y 3). A este efecto, la Ley española está en línea con la nueva redacción dada al Convenio de París por el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que deroga serio catástrofe natural de carácter excepcional de las causas de exoneración de la

¹⁸⁸² Norbert PELZER, “Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?” *op. cit.*, pág. 109.

¹⁸⁸³ Julia SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *op. cit.*, pág. 54.

¹⁸⁸⁴ Norbert PELZER, “Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?” *International Nuclear Law in the Post Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág. 109.

responsabilidad por los daños nucleares, y, como es lógico, la original autorización concebida al legislador nacional del país en el que está sita la instalación nuclear a regular la cuestión al contrario¹⁸⁸⁵.

Así las cosas, de acuerdo con la interpretación que se dio a la guerra como una de las causas de exoneración en el ámbito internacional, el supuesto abarcará los casos de eventos de naturaleza política, que conciernen tanto a la política internacional como interna. Dicha definición se ve todavía más restringida dado que los accidentes causados por un conflicto armado, en el sentido dado a éstos por los convenios internacionales, integran únicamente los incidentes nucleares producidos directamente por actos de guerra. Por tanto, los daños nucleares con causa indirecta en la guerra como, por ejemplo, cambios en tecnología o la producción de la instalación generada para satisfacer las necesidades militares o civiles en la época del conflicto armado, están excluidos del ámbito de aplicación de la causa de exoneración aquí comentada¹⁸⁸⁶. De acuerdo con el principal argumento ético que fundamenta tal solución, pues, una guerra constituye responsabilidad de la nación como tal, por lo que en el hipotético caso en el que en las circunstancias comentadas el explotador de la instalación esté exonerado se espera que el Estado mismo asuma la responsabilidad de compensar cualquier daño en el que se haya incurrido¹⁸⁸⁷.

Ahora bien, parece que a nivel internacional los términos “conflicto armado” y “guerra” están utilizados indistintamente. Eso deriva de la interpretación del “conflicto armado”, proporcionada en el párrafo anterior. No es así, sin embargo, en el Derecho español que hace una clara distinción entre éste y “tiempo o acciones de guerra”, definido/s por el art. 14 de la LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar¹⁸⁸⁸ como “periodo de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas”. En este sentido, “conflicto armado” es de contenido más amplio que “guerra”.

¹⁸⁸⁵ Art. 9 del Convenio de París modificado por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 25.08.2011).

¹⁸⁸⁶ Jan LOPUSKI, “Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *Nuclear Accidents Liabilities and Guarantees*, Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August. 3 September 1992, pág. 191.

¹⁸⁸⁷ Revised text of the Exposé des Motifs of the Paris Convention, approved by the OECD Council on 16th November 1982, núm 48, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/nlparis_motif.html (fc: 23.08.2011).

¹⁸⁸⁸ BOE núm. 296, de 11.12.1985, disponible también en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4.1981.html (fc: 20.12.2013).

Confirma este *status quo* la redacción del art. 44 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro¹⁸⁸⁹ en virtud del cual el asegurador no cubre daños por hechos derivados de conflictos armados, haya procedido o no declaración oficial de guerra¹⁸⁹⁰. Lo que no queda claro es si dicha exclusión prosperase en caso de los daños acaecidos a causa de un conflicto armado entre un tercer Estado y otro, conflicto en el que España se mantiene al margen de las acciones militares, partiendo de una posición neutral. Se pregunta una parte de la doctrina si el principio de responsabilidad internacional de los Estados en los supuestos en que tal responsabilidad deriva de daños medioambientales procedentes de acciones cometidas en el territorio de un neutral prosperase cuando se debe a operaciones desarrolladas fuera de dichas aéreas, aunque con afectación a zonas sometidas a soberanía de los Estados no parte en un conflicto. Según su interpretación, la contaminación de las aguas de un neutral, por ejemplo, constituye una violación de los derechos de neutralidad, puesto que constituye una agresión de espacios, en este caso marítimos, sometidos a soberanía del neutral. Es por ello que el daño así producido es de responsabilidad del Estado beligerante que lo causó y no del explotador de la instalación nuclear, ni del Estado neutral ni siquiera de las Partes Contratantes de los Convenios, a no ser que alguno de ellos fuera la fuerza agresora¹⁸⁹¹.

La guerra en el sentido dado a ésta por el Convenio de París tampoco cubre explícitamente actos del terrorismo, aunque a veces una clara distinción entre el terrorismo y una guerra civil o insurrección será difícil de percibir. Las enmiendas de 2004 confirmaron este *status quo* a pesar de que los ataques de 11 de septiembre de 2001 han evidenciado la posibilidad de que una instalación nuclear se convirtiese en un futuro objeto del terrorismo, alarmando, en consecuencia, al sector de seguros, que pidió que se revisase la formulación del art. 9 del Convenio de París¹⁸⁹².

No había que esperar mucho para que otro ataque terrorista confirmara dicho temor. El 22 de julio de 2011 tiene lugar una de las peores masacres en la historia de Noruega. 8 personas muere a consecuencia de la explosión de una bomba en el centro de Oslo y 68

¹⁸⁸⁹ BOE núm. 250, de 17.10.1980, disponible también en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE.A.1980.22501> (fc:20.12.2013).

¹⁸⁹⁰ Véase SAP Guipúzcoa de 27.09.2001 (JUR 2002/107245) así como José JUSTE RUIZ, “Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm.1, 2002, pp. 39.51 y Andrés Miguel COSIALLS UBACH, “La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España”, *InDret* 4/2012, pág. 21.

¹⁸⁹¹ Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL, “La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado”, *Revista Española de Derecho Militar, Doctrina*, núm. 74, pág. 139.

¹⁸⁹² Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of the Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *op.cit.*, pág. 219.

pierde su vida en el posterior tiroteo en la Isla Utøya. El autor confeso de los ataques, Anders BEHRING BREIVIK, revela en su Manifiesto titulado *2038: A Declaration of European Independence*, su plan de destrucción nuclear del existente régimen (capítulo 3.58 del Manifiesto; “Nuclear power plant assault strategy: “Operation Regime Ender”¹⁸⁹³).

En lo que a “hostilidades” se refiere, de la redacción del art. 133 del Código Penal Militar deriva que éstos existen en caso de actos de agresión armada no autorizada, por parte de militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar contra los buques, aeronaves, personas o intereses, o, en caso aquí analizado, contra instalaciones nucleares de una potencia extranjera no enemiga. Por tanto, mencionado artículo sugiere que las hostilidades no se realizan durante una guerra sino que pueden dar lugar a ésta si son de suficiente magnitud.

“Guerra civil o insurrección” equivaldrá a la existencia de actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el Ordenamiento Constitucional (del art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio¹⁸⁹⁴). La existencia de insurrección no precisa que el Congreso de Diputados haya declarado el Estado de Sitio ni que el Gobierno lo haya propuesto. Lo decisivo es que se den las condiciones fácticas necesarias para que una guerra civil o insurrección puedan considerarse como existentes, puesto que los Órganos de Gobierno y representación parlamentaria pueden verse afectados por dicha insurrección y encontrarse en la situación de no poder realizar ni proponer la realización de tal declaración¹⁸⁹⁵.

Y finalmente la solución escogida por la Ley española 12/2012 de excluir de las causas de exoneración de la responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares a un grave desastre natural de carácter excepcional¹⁸⁹⁶, aunque ésta esté prevista por la Ley para el caso de sustancias radiactivas, así como por otros convenios internacionales

¹⁸⁹³ Véase, entre otros, a/a, “Breivik Plans Crusade Involving Nuclear Terrorism, Demands Compulsory Conversion for Muslims”, *Geopolitical Dynamics, 21st Century Politics from a Humanized Perspective*, disponible en <http://geopolitical.dynamics.blogspot.com/2011/07/breivik.planned.nuclear.terrorist.html> (fc: 24.10.2011).

¹⁸⁹⁴ BOE núm. 134, de 05.06.1981, disponible también en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4.1981.html (fc: 20.12.2013).

¹⁸⁹⁵ Andrés Miguel COSIALLS UBACH, “La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España, *InDret* 4/2012, pág. 22.

¹⁸⁹⁶ Así lo regula también art. VII del Brussels Nuclear Ships Convention. Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, Brussels 1962, disponible en <http://www.dipublico.com.ar/english/treaties/brussels.convention.on.the.liability.of.operators.of.nuclear.ships/> (fc: 18.08.2011).

relativos a la responsabilidad por daños causados por las actividades ultra peligrosas¹⁸⁹⁷, ha sido considerada ya en las discusiones del *Working Group* y, con posterioridad por el *Standing Committee* de la IAEA, donde ha ganado un fuerte apoyo. Tal solución parece estar de acuerdo con la idea general de la responsabilidad basada en la teoría del riesgo que impone la obligación de compensar el daño ocurrido a causa de la fuerza mayor sobre la persona que ha creado el riesgo de producción del daño, encontrando dicha posición su justificación en la magnitud del riesgo involucrado en la actividad nuclear¹⁸⁹⁸. Contra una restricción similar de las causas de exoneración se han mostrado los países con instalaciones nucleares, ubicados en las regiones sísmicas, donde claramente el riesgo que presenta una central nuclear es más grande que el que presentan instalaciones en los países situados en las regiones no sísmicas. Tal argumento, no obstante, pierde en fuerza principalmente debido a dos razones: primero, el riesgo de producción de daño nuclear, incluso cuando incrementado por el hecho de encontrarse la instalación en la región sísmica, es asegurable y, segundo, un incidente nuclear debido directamente a un terremoto producido en una región sísmica puede estar fuera del alcance de aplicación de la comentada causa de exoneración si los terremotos en dicha región no son excepcionales¹⁸⁹⁹. Los últimos acontecimientos en la central nuclear de Fukushima evidenciaron la importancia de los cambios aquí comentados. El día 11 de marzo de 2011 un tsunami que siguió a un terremoto ocurrido en las costas de Japón afectó varias plantas nucleares de la instalación en Fukushima, causando la pérdida completa de control sobre la central y sus reactores. Primeros fallos técnicos se detectaron el mismo día del accidente en los sistemas de refrigeración. Éstos inmediatamente dieron lugar a múltiples explosiones y, en su consecuencia, a fuga de radiación y del vertido de residuos radiactivos al mar, causando daños a las personas y al medio ambiente. El accidente en Fukushima constituye un ejemplo perfecto del

¹⁸⁹⁷ Véase, por ejemplo, art. III.2(a) del International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, as amended by the Protocol of 1976, by the Protocol of the 1984 and by the Protocol of the 1992, disponible en <http://www.iopcfund.org/npdf/Conventions%20English.pdf> (fc: 23.08.2011), art. 5.4(a) del Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels hereinafter CRTD, disponible en <http://www.transportrecht.org/dokumente/CRTDengl.pdf>. En caso de este primero, no obstante, la formulación de la exoneración cambia, estableciéndose como tal un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible.

¹⁸⁹⁸ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pág. 192.

¹⁸⁹⁹ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pp. 192.193.

supuesto en el que el explotador de la instalación no estaría exonerado de la responsabilidad a base de la nueva regulación contenida en el Convenio de París¹⁹⁰⁰.

Según lo comentado, el legislador español decidió extender el catálogo de las causas de exoneración en caso de la responsabilidad por utilización de materiales radiactivos a catástrofe natural, que, a diferencia del antiguo régimen mantenido en la Ley 25/1964¹⁹⁰¹ no tiene que ser *excepcional*. Esta regla se encuentra, sin embargo, con una desviación. Como hemos dicho con anterioridad la reparación de daños medioambientales en caso de la responsabilidad por utilización de materiales radiactivos está sujeta a la Ley 26/2007 que limita los casos de exoneración por catástrofe natural a los supuestos de fenómeno natural de carácter *excepcional, inevitable e irresistible*¹⁹⁰², ampliando de esta manera el número de ocasiones en que ha de responder el explotador de la instalación y contribuyendo a la diversificación de la responsabilidad de éste en función de tipo de daño de que se trata: muerte, lesiones, daños a los bienes etc., por una parte, y el daño al medioambiente, por otra. La reducción de la responsabilidad del explotador de materiales radiactivos por el legislador español ha sido criticada por algunos autores en la doctrina española¹⁹⁰³.

En lo que se refiere a la concurrencia de la culpa de la víctima, tanto el CP¹⁹⁰⁴ como la Ley española 12/2011¹⁹⁰⁵ establecen que si el explotador prueba que los daños nucleares se debieron total o parcialmente a la acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió, el órgano jurisdiccional competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su responsabilidad frente a esa persona. La redacción original del Convenio de París parecía no hacer distinción ninguna entre conducta intencional que contribuyó a la producción del daño total y la que lo hizo parcialmente. Por tanto, por una parte, a diferencia de las reglas generales de Derecho de daños, solamente un acto u omisión intencional afectaba al derecho de la víctima a ser compensada, y por otra, parecía que el legislador no veía la necesidad de

¹⁹⁰⁰ Japón no es parte contratante de este Convenio.

¹⁹⁰¹ Art. 45 *in fine*.

¹⁹⁰² Albert RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson.Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 374. María José VAQUERO PINTO, "Responsabilidad civil por daño medioambiental", *Revista de Derecho Privado*, núm. 5.6, pág. 55 y Guillermina YANGUAS MONTERO/Noemí BLÁZQUEZ ALONSO, "La nueva responsabilidad medioambiental", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 245, pp. 102.145.

¹⁹⁰³ Andrés Miguel COSIALLS UBACH, "La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España", *InDret* 4/2012, pág. 33.34.

¹⁹⁰⁴ Art. 6 (e) del CP en la redacción dada a éste por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 25.08.2011).

¹⁹⁰⁵ Véase el art. 6.2.

adjudicar compensación alguna a la víctima que contribuyó a la producción del daño incluso parcialmente, exonerando al explotador de la instalación también en este caso de forma total. Como razón de ser de esta restricción en las causas de exoneración se señalaba la teoría del riesgo y el hecho de que la actividad del explotador de una instalación nuclear comprende riesgo de gran magnitud¹⁹⁰⁶. Las enmiendas introducidas por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, que modifica al CP, trajeron cambios en la materia, relajando la regulación al permitir la exoneración del explotador de la instalación de la responsabilidad, total o parcialmente, en caso no solamente de la conducta intencional de la víctima, sino también de su culpa grave, si el derecho nacional así lo dispone¹⁹⁰⁷. La carga de la prueba de la conducta intencional o culpa grave de la víctima recae sobre el explotador de la instalación.

Un breve examen de los Convenios que tienen como objeto regulación de la responsabilidad de las personas que desarrollan las actividades que conllevan riesgo de daños catastróficos refleja siguiente regularidad: el alcance de exoneraciones depende de la potencial magnitud del riesgo, calificándose actualmente los riesgos nucleares dentro de los más extremos. A modo de ejemplo, el catálogo de las causas de exoneración tanto en el Convenio internacional sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, como en el Convenio sobre responsabilidad civil por daños ocasionados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interior, se extiende a otros casos. Así las cosas, el primero establece, aparte de los ya mencionados en el Convenio de París, otro supuesto según el cual no podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario del buque si se prueba que los daños por contaminación fueron totalmente causados por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función¹⁹⁰⁸. La solución escogida por el segundo convenio se asemeja en su redacción al art. III aquí comentado, con la diferencia de que en este caso la culpa de las autoridades se sustituye por el fallo del consignador de los bienes peligrosos de cumplir con su obligación de informar al transportista de su peligrosidad, siempre que tanto el transportista como sus empleados y agentes no conocieran ni debieran haber conocido este dato¹⁹⁰⁹. Otra de las posibles diferencias entre el Convenio de París y ambos Convenios relativos a la responsabilidad de las personas que desarrollan actividades que conllevan riesgo de los accidentes catastróficos concierne a los supuestos de la conducta o actividad concurrente. La redacción de los últimos indica claramente que el propietario del buque, en el primer caso, y el transportista, en el segundo, están exonerados de la responsabilidad, aparte del caso de la concurrencia de la culpa de la víctima, además de en los casos de la concurrencia de la conducta de un tercero¹⁹¹⁰, en ambos casos

¹⁹⁰⁶ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pp. 194.195.

¹⁹⁰⁷ Véase el art. 6 (e) en el Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica el CP, disponible en http://www.oecd.nea.org/law/paris_convention.pdf (fc: 25.08.2011).

¹⁹⁰⁸ Art. III.2.c del Convenio internacional sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, disponible en <http://www.miliarium.com/legislacion/aguas/internacional/Conv.bruselas69.asp> (fc: 18.08.2011).

¹⁹⁰⁹ Art. 5.4 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños ocasionados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interior, véase la versión inglesa en <http://www.transportrecht.org/dokumente/CRTDengl.pdf> (fc: 18.08.2011).

¹⁹¹⁰ Art. III.3 del Convenio internacional sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, disponible en

intencional, mientras la redacción del Convenio de París y, en paralelo a ello, de la Ley 12/2011 hablan solamente de la conducta de la persona que sufre daño, es decir, de la víctima¹⁹¹¹, eso sí, extendiéndose además de la acción u omisión intencional a la culpa grave de aquella. Resumiendo, aunque el riesgo relacionado con el transporte de los hidrocarburos y sustancias peligrosas en grandes cantidades es formidable, sigue siendo incomparable con el que conlleva producción de la energía nuclear y de las sustancias radiactivas.

1.6 Fundamentos de la responsabilidad.

Hace ya casi medio siglo que la aparición de la industria nuclear creó la necesidad de proyectar a nivel internacional un régimen jurídico de responsabilidad que se adaptase a los nuevos riesgos dimanantes de tal tecnología; riesgos que a la vez de ser catastróficos son también insidiosos, dado que su detección por el ser humano es casi imposible¹⁹¹². De ahí que fueran necesarios nuevos conceptos que permitiesen responder de forma adecuada a un fenómeno cuya peligrosidad se expresa en términos extraordinarios. De esta forma, la regulación introducida por los Convenios de Viena y de París en los años sesenta del siglo pasado en el momento de su preparación y adopción se presentaba como muy progresista, o incluso revolucionaria¹⁹¹³. Este esquema de la responsabilidad que refleja nuevas corrientes jurídicas esconde en su interior la filosofía que revela la insuficiencia de la responsabilidad individual, y la necesidad de socializar los riesgos incidentales a determinadas actividades peligrosas¹⁹¹⁴. No obstante, a pesar del enorme interés que los primeros convenios internacionales en la materia levantaron en círculos académicos, la catástrofe en

<http://www.miliarium.com/legislacion/aguas/internacional/Conv.bruselas69.asp> (fc: 18.08.2011) y el art. 5.5 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños ocasionados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interior, véase la versión inglesa en <http://www.transportrecht.org/dokumente/CRTDengl.pdf> (fc: 18.08.2011).

¹⁹¹¹ Véase el art. 6 (e) del Convenio de París, en la redacción dada a éste por el Protocolo de 12 de febrero de 2004 modificador de éste y el art. 6.2 de la Ley española 12/2011.

¹⁹¹² Roland DUSSART DESART, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions.", *op.cit.*, pág. 215.

¹⁹¹³ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *Nuclear Accidents Liabilities and Guarantees*, Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August. 3 September 1992, pág. 189.

¹⁹¹⁴ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *op. cit.*, pág. 190. Entre nosotros de forma parecida, André Miguel COSIALLS UBACH, La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España, *InDret* 4/2012, pág. 4. Disponible también en www.indret.com (fc:12.01.2013) y Pedro GONZÁLEZ PÓVEDA, "Navegación aérea y energía nuclear", *Tratado de responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 817.

Chernobyl evidenció que la inicial regulación estaba lejos de ser completa¹⁹¹⁵. El legislador demostró que no era plenamente consciente de la magnitud del daño potencial, sobre todo en lo que se refiere a la extensión del daño transfronterizo, que pasó de ser un riesgo virtual a uno real, de enormes dimensiones¹⁹¹⁶. Así, los principios que inicialmente dieron vida a los Convenios de Viena y de París fueron suplidos por otros nuevos que, unidos dieron lugar a un sistema integral, acusado por algunos de ser diseñado para proteger la industria nuclear, especialmente en sus inicios. Fue evidente que la principal tarea con la que iban a enfrentarse los gobiernos era la de conciliar los diferentes intereses que entraban en juego en el caso de la producción de la energía nuclear. Estos eran, de una parte, la necesidad de proteger a las potenciales víctimas de los riesgos que pudiesen materializarse en caso de accidente nuclear, y de otra, los beneficios económicos que generaba esta industria con la consiguiente necesidad de proteger a los inversores y proveedores de las potencialmente ruinosas reclamaciones que pudiesen derivar de la responsabilidad de éstos por los eventuales daños nucleares¹⁹¹⁷. De otra manera, como señaló la doctrina, la peligrosidad de la actividad llevada a cabo y el intento de crear un sistema que garantizase la efectividad de las indemnizaciones fueron decisivos a la hora de incluir la utilización de material nuclear y radiactivo en una regulación especial de responsabilidad civil¹⁹¹⁸. A este efecto, ya en los años 50 del siglo pasado Henry PUGET aclamaba en una conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, el 14 de enero de 1958 que “[d]el mismo modo asistimos hoy, con la energía atómica, a la eclosión de una disciplina jurídica que dentro de muy poco tiempo puede tener plena autonomía, pues

¹⁹¹⁵ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions.”, *op.cit.*, pág. 216 y Jan LOPUSKI, “Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention”, *op. cit.*, pág. 190.

¹⁹¹⁶ Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions.”, *op.cit.*, pág. 216.

¹⁹¹⁷ Julia SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *op. cit.*, pág. 39. En la doctrina española así, Alfonso DE LOS SANTOS LASURTEGUI, *Problemas jurídicos de la energía nuclear*, Sección de Publicaciones de la J.E.N., Madrid, 1964, vol.I, pp. 34 y 42.43. El autor afirma, remitiéndose a un estudio efectuado en Suiza, que los círculos industriales interesados en el desarrollo de la actividad de carácter nuclear han afirmado que no se embarcarían en la construcción y explotación de los reactores hasta que el legislador no se pronunciase en lo referente a la responsabilidad y el seguro de la misma. El mismo lobby propagaba la introducción de los límites cuantitativos de la responsabilidad que deberían ser razonables.

¹⁹¹⁸ Francisco DE PAULA BLASCO GASCÓ, “Supuestos de responsabilidad con regulación especial”, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ/Vincente MONTÉS PENADÉS/Encarna ROCA TRIAS (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, Epígrafe 3.29.1.

nació rompiendo los moldes de figuras jurídicas consolidadas durante muchos años¹⁹¹⁹. Así nacieron unos principios que, hasta hoy día, se ven reflejados en la regulación de la materia en cuestión, configurando un sistema autónomo que excluye la aplicación de las reglas ordinarias del Derecho de daños, adecuadas para los riesgos industriales convencionales, pero no compatibles con los nucleares, siendo éstos la responsabilidad objetiva, la canalización de la responsabilidad solamente hacia el operador de la instalación nuclear, obligación del explotador de cubrir su responsabilidad mediante seguro u otra garantía financiera, limitación de la responsabilidad del explotador en cantidad, limitación de la responsabilidad del explotador en el tiempo, fijación de un tribunal competente único para determinar las indemnizaciones y la Ley aplicable y armonización de las leyes nacionales de los Estados Partes de los Convenios vinculantes¹⁹²⁰.

La normativa refleja rasgos generales de la teoría del riesgo y de la máxima latina *ubi commodum ibi et incommodum* si tenemos en cuenta que la responsabilidad en la materia de la que se trata está impuesta sobre los que desarrollan una actividad anormalmente peligrosa y que el alcance de las causas de exoneración que configuran tal responsabilidad como más o menos estricta depende del riesgo potencial involucrado en ella. De ahí que mayor magnitud del riesgo, mayor protección se otorgue a las víctimas restringiendo las causas de exoneración¹⁹²¹.

En cuanto a los aspectos de la política general, forma parte de un común acuerdo entre los estudiosos el hecho de que la limitación de la responsabilidad del explotador de la instalación también tiene su fundamento en la teoría del riesgo. A este efecto, se señala que los riesgos incidentales a ciertas actividades, que presentan a la vez una amenaza a su desarrollo, deben estar repartidos entre los que se benefician de ellas (*la llamada sociedad de riesgo como fundamento de responsabilidad objetiva*¹⁹²²).

¹⁹¹⁹ Alfonso DE LOS SANTOS LASURTEGUI, *Problemas jurídicos de la energía nuclear*, Sección de Publicaciones de la J.E.N., Madrid, 1964, vol.I, pág. 16.

¹⁹²⁰ Existen, sin embargo, países que a pesar de ello han introducido ilimitada responsabilidad del explotador, entre ellos Austria, Alemania, Japón y Suiza. Finlandia y Suecia planteaban introducir responsabilidad ilimitada una vez ratificado el Protocolo de Revisión de 2004. Norbert PELZER, "Learning the Hard Way: Did the Lesson Thought by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?", *International Nuclear Law in the Post Chernobyl Period*, OECD, 2006, pág.

¹⁹²¹ Jan LOPUSKI, "Civil Liability for nuclear damage: Selected questions connected with the revision of the Vienna Convention", *Nuclear Accidents Liabilities and Guarantees*, Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August. 3 September 1992, pág. 191.

¹⁹²² Véase, en este sentido, Helmut KOZIOL, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2012 pp. 246.247 y Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 291.293, así como el capítulo referente a los fundamentos de responsabilidad objetiva de este trabajo.

Corroborar esta opinión la producción de la energía nuclear que, a la vez de generar riesgos formidables, favorece a la totalidad de la sociedad como tal. Hecho éste que constituye un fuerte argumento a favor de la diversificación de la responsabilidad por daños nucleares. Es por ello que en determinados casos, aparte del explotador de la instalación nuclear, responden por la materialización de los riesgos dimanantes de la actividad por él desarrollada el Estado y agentes del sector de seguros u otras garantías financieras¹⁹²³.

2. Responsabilidad por caza.

2.1 Normativa aplicable.

La caza como actividad cinegética puede causar varios tipos de daños, siendo estos tanto daños a la persona como a los bienes. Los primeros pueden tener causa en desafortunados disparos de armas de cazar así como en las agresiones provocadas por los animales de caza. En cuanto a los segundos, una intromisión de un animal en los terrenos colindantes puede producir daños en estas fincas o cotos, al igual que una irrupción del animal en la calzada puede resultar en daños a los vehículos y a las personas.

Aparte de los frecuentes daños causados por especies cinegéticas en accidentes de tráfico, que se rigen por un sistema muy diferente al de los demás, con fundamento en la Ley sobre circulación vial, todos los supuestos mencionados están regulados en la Ley 1/1970, de 4 de abril y en el Reglamento de la Ley de Caza aprobado por el Decreto 505/1971, de 25 de marzo de 1971 así como en el art. 1906 del CC decimonónico. Complementan esta regulación extensas normas autonómicas, que, como tales, contienen disposiciones sobre la responsabilidad civil en la misma materia y en sentido parecido a las leyes estatales. Tema éste que será objeto de un corto análisis en los siguientes apartados.

La materia de las responsabilidades dimanantes del ejercicio de caza está de manera más detallada regulada por diversas y numerosas normativas autonómicas. Este

¹⁹²³ Normalmente la diversificación de responsabilidad asociada a la idea de sociedad de riesgo se traduce en que tal responsabilidad encuentra su cobertura en el sector de seguros. Se puede afirmar, por tanto, que el supuesto de responsabilidad por uso de energía nuclear y de materiales radiactivos constituye caso extremo en el que en dicha diversificación participa además Estado. Véase Helmut KOZIOL, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2012 pp. 246.247.

satus quo levantó la discusión alrededor de la constitucionalidad de tal situación. A este efecto, los hay quienes sostienen que ninguna Comunidad Autónoma puede legislar sobre la responsabilidad civil y los hay quienes dicen todo lo contrario, así que cualquiera de ellas estaría constitucionalmente legitimada por ello. En este sentido, según algunos autores, toda la legislación autonómica se basa en el art. 148.1.11 CE y en los respectivos Estatutos, que han asumido las competencias exclusivas sobre caza. Por ello, esta legislación es de aplicación prevalente, a menos que se trate de las normas básicas en materia de medio ambiente, cuya legislación, como tal, se atribuye al Estado en virtud del art. 149.1.23 CE¹⁹²⁴. La zona gris entre una posición y la otra ocupa el planteamiento según el cual los daños cinegéticos pertenecen al campo de la legislación civil, de forma general incluido en el art. 149.1.8 de la CE, con lo que su desarrollo normativo está permitido a estas Comunidades Autónomas que están dotadas de competencia para legislar en dicha materia¹⁹²⁵. La cuestión debatida no ha sido planteada para resolver, ni tan siquiera señalada como controvertida en el momento de la reforma del régimen de la responsabilidad por daños causados por especies de caza en accidentes de tráfico que se efectuó bajo el emblema de la competencia exclusiva del Estado en materia de circulación de vehículos a motor, recogida en el art. 149.1.21 del a CE, y que interpuso en términos de especialidad tal ley estatal sobre las leyes autonómicas en orden de la caza.

En este sentido, parece interesante remitirse en este momento a la STSXG de 13 de marzo de 2003¹⁹²⁶ en la que ha sido planteada la cuestión de inconstitucionalidad del art. 23 de la Ley de Caza de Galicia. Así las cosas, el TSXG hizo suya la posición de acuerdo con la que “las CCAA pueden legislar sobre la responsabilidad civil cuando lo exijan las particularidades de su legislación en materia de caza, siempre que no se extralimiten regulando de manera distinta el esquema básico común para todo el

¹⁹²⁴ Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1906”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, Thompson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1489. Así parece también pronunciarse Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, en *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 179, aunque añade que tal posición parece clara solamente a la primera vista, especialmente en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas que no tienen derecho a legislar en la materia de Derecho civil. Habría que preguntarse si éstas pueden dictar normas sobre la responsabilidad por daños causados por animales sobre la base del título competencial “caza”, *Ibidem*, pp. 179-180.

¹⁹²⁵ María Amelia PASCUAL MEDRAN, “Competencias de Estado y lealtad constitucional: un ejemplo poco alentador. La responsabilidad civil por daños provocados por animales de caza”, *REAF*, núm. 9, octubre 2009, pág. 265, disponible también en http://www10.gencat.cat/drep/binaris/_reaf9_Pascual_tcm112.110836.pdf (fc: 18.04. 2012).

¹⁹²⁶ (RJ 2003, 4488).

Estado”, siendo éste último exclusivamente competente en la materia de las normas básicas sobre responsabilidad civil¹⁹²⁷.

Hasta este momento han sido promulgadas por los Parlamentos Autonómicos las siguientes leyes en materia de caza: La Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias¹⁹²⁸, Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León¹⁹²⁹, Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla La Mancha (modificada por la Ley 3/2006, de 15 de octubre)¹⁹³⁰, Ley 4/1997, de 25 de junio, de Caza de Galicia, la modificada por la Ley 6/2006, de 23 de octubre¹⁹³¹, Ley 6/2006, de 12 de abril, de caza y pesca de las Islas Baleares¹⁹³², Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad Valenciana¹⁹³³, Ley 8/1990, de caza de Extremadura, modificada por la Ley 19/2001, de 14 de diciembre¹⁹³⁴, complementada por la Ley 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturales de Extremadura¹⁹³⁵, Ley 7/1998, de 6 de julio, de caza de Canarias¹⁹³⁶, Ley 12/2006, de 17 de julio, de Cantabria¹⁹³⁷, Ley 17/2005, de 22 de diciembre, de caza y pesca de Navarra¹⁹³⁸, Ley de caza de Aragón 5/2002, de 4 de abril, modificada por las Leyes 26/2003, de 30 de diciembre y 15/2006, de 28 de diciembre¹⁹³⁹.

¹⁹²⁷ Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura”, *Aranzadi Civil.Mercantil*, núm. 7/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, pág. 4.

¹⁹²⁸ BOE núm. 157 de 3/7/1989, pp. 20857.20861. Disponible también en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.1989.15374 (fc: 13.04.2012).

¹⁹²⁹ BOE núm. 210 de 30/8/1996, pp. 26650.26668. Disponible también en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.1996.19866 (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁰ BOE núm. 262 de 2/11/1993, pp. 30647. 30662. Disponible también en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.1993.26323 (fc: 13.04.2012).

¹⁹³¹ BOE núm. 192 de 12/08/1997, pp. 24389. 24408, Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/1997/08/12/pdfs/A24389.24405.pdf> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³² BOE núm.122 de 23.05.2003, pp. 19307.19333. Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/23/pdfs/A19307.19333.pdf> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³³ BOE núm. 38 de 14.02.2005, pp. 5148. 5164. Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/02/14/pdfs/A05148.05164.pdf> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁴ BOE núm. 87 del 11.04.1991. Disponible también en <http://boe.vlex.es/vid/ley.diciembre.caza.extremadura.18146296> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁵ BOE núm.24 de 27.01.2007, pp. 3928. 3936. Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/01/27/pdfs/A03928.03936.pdf> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁶ BOE núm. 182 de 31/7/1998, pp. 26036. 26048. Disponible también en «<http://www.boe.es/boe/dias/2007/01/27/pdfs/A03928.03936.pdf>» (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁷ BOE núm. 205 de 28.08.2006, pp. 31255.31274. Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2006/08/28/pdfs/A31255.31274.pdf> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁸ BOE núm. 155 de 28.12.2005, Disponible también en <http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=4620> (fc: 13.04.2012).

¹⁹³⁹ BOE núm. 115 de 14.05.2002, pp. 17387. 17407. Disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/14/pdfs/A17387.17407.pdf> (fc: 13.04.2012).

2.2 Ámbito de aplicación.

Ahora bien, son varias razones que hacen imprescindible una delimitación del ámbito de aplicación de ambos supuestos normativos, el del art. 1906 CC y el del art. 33 de la Ley de Caza de 1970. Uno de ellos es que, en caso del primer supuesto, quien responde de los daños cinegéticos es el propietario de la heredad, mientras en el art. 33 de la Ley de Caza lo sería el titular del aprovechamiento cinegético. Otro consiste en que la imposición de la responsabilidad, en uno y otro caso, se efectúa a diferente título de la imputación subjetiva. Así las cosas, el propietario de la heredad (art. 1906 CC) responderá en base de la responsabilidad por culpa, mientras el titular del aprovechamiento cinegético, en virtud del art. 33 de la Ley de Caza de 1970, lo será de forma objetiva. Ambos regímenes difieren también en lo que respecta a la procedencia del animal, la naturaleza de la pieza de caza como factor de imputación, así como del tipo de daño indemnizable bajo una y otra regulación¹⁹⁴⁰.

Se ha de afirmar, sin embargo, que aunque la mayoría de la doctrina señala que el supuesto del art. 1906 es un claro ejemplo de la responsabilidad por culpa, tanto los estudiosos del Derecho como la jurisprudencia admiten a la vez la aplicación al caso de una inversión de la carga de la prueba¹⁹⁴¹.

La publicación de una ley especial y la existencia de dos supuestos normativos que abordan los daños cinegéticos plantearon la cuestión de la mutua incidencia de los dos textos mencionados con anterioridad. Así, surgió la cuestión de si la disposición del art. 1906 del CC, en virtud de los principios *lex specialis derogat generalis* y *lex posteriori derogat priori*, queda derogada, o bien si la regulación del Código Civil tiene efecto supletorio para lo no previsto en la Ley de Caza. Y como suele pasar en la doctrina, este caso, al igual que otros muchos, no tiene una solución unánime. Según un sector doctrinal¹⁹⁴² y numerosas decisiones jurisprudenciales¹⁹⁴³, el art. 1906 del CC ha

¹⁹⁴⁰ José María PÉREZ MONGUIÓ/María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009, pág.47.

¹⁹⁴¹ En este sentido, Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por animales y en la caza”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, (dir. Fernando REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 301.302, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1906”, *Comentario del Código Civil* (coor. Igancio SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2006, pág. 230.

¹⁹⁴² Así Francisco CUENCA ANAYA, “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre diciembre 2004, pág.12 y EL MISMO, “Accidentes provocados por las piezas de caza en la Ley 17/2005, que reforma la seguridad vial”,

sido derogado en virtud de la cláusula derogatoria tácita contenida en la DF 3ª de la Ley de Caza¹⁹⁴⁴. No obstante, para que tal derogación prosperase, según una parte de la doctrina, se ha de dar una coincidencia exacta del ámbito de aplicación de una y otra previsión legal, así como una divergencia en la forma de regular el mismo supuesto de hecho¹⁹⁴⁵. No es éste el caso de los dos supuestos aquí analizados. El contenido de ambas normas no es idéntico, por lo que, de acuerdo con el principio de especialidad, se dará prioridad en la aplicación a la Ley de Caza, siendo ésta una normativa especial y posterior a la regulación del art. 1906 CC, que en este caso tendrá carácter de una norma supletoria, aplicable solamente a todos estos supuestos a los que no se extiende el art. 33 de la Ley de Caza¹⁹⁴⁶. Así las cosas, la regulación de esta última se limita a los “terrenos acotados”, dejando a los terrenos de aprovechamiento común en los que la caza es libre al ámbito de aplicación del art. 1906 CC¹⁹⁴⁷. En este sentido, es el art. 35.3 del Reglamento de Caza¹⁹⁴⁸, de 25 de febrero de 1981 el que hace que se prescinda de la imposición del régimen de la responsabilidad objetiva establecido en la Ley de Caza y mencionado Reglamento en caso de los daños producidos por la caza procedente de los terrenos de aprovechamiento cinegético común; daños éstos que, según el tenor literal del mencionado art. 35.3, y a falta de una disposición autonómica que consagre un régimen diverso de la responsabilidad¹⁹⁴⁹, están sujetos a la responsabilidad por culpa prevista en el art. 1906 del CC, en cuyo caso, según una parte de la doctrina, se trata con una carga de vecindad¹⁹⁵⁰.

La Ley núm. 6323, 21 de septiembre 2005, pág.1593.

¹⁹⁴³ STS de 27.05.1985 (RJ 1985, 2815), 06.02.1987 (RJ 1987, 687), 30.04.1991 (RJ 1991, 3110) y 30.10.2000 (RJ 2000, 8489), SAP de Granada de 09.02.2007 (JUR 2007/175961).

¹⁹⁴⁴ Así la STS de 27.05.1985 (RJ 1985\2815). Parecidamente, SSTS 06.02.1987 (RJ 1987, 687), 30.04.1991 30.04.1991 (RJ 1991, 3110), 30.10.2000 (RJ 2000, 8489).

¹⁹⁴⁵ José María PÉREZ MONGUIÓ/María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 37.

¹⁹⁴⁶ Alonso SANCHEZ GASCÓN, *El Derecho de Caza en España*, Madrid, 1988, pp. 259-260. En la jurisprudencia así también, STS de 14.07.1982 (RJ 1982\4235).

¹⁹⁴⁷ Carmen ORTUÑO NAVALÓN /Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de caza*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 105. En el mismo sentido, Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 188. En contra del efecto derogatorio de la mencionada disposición también Luís Díez PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 630 y Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, t. II, 7ª ed. Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 967.

¹⁹⁴⁸ Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970. BOE núm. 76/1971, de 31 de marzo y BOE núm. 77/1971 de 1 de abril, disponible también en http://www.mediterranea.org/cae/decreto_506_71_reglamento_caza.htm.

¹⁹⁴⁹ José María PÉREZ MONGUIÓ/María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009, pág.43.

¹⁹⁵⁰ Ricardo DE ÁNGEL, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia II, Madrid, pág. 2043.

Así, dado que el régimen establecido en el citado art. 33 de la LC es de carácter objetivo, para que la responsabilidad en él regulada prosperase se exige, aparte del nexo causal y la realidad del daño, que las piezas de caza procedan de los terrenos acotados. Ahora bien, se ha de distinguir entre los terrenos de aprovechamiento cinegético especial, los parques nacionales, refugios de caza, reservas nacionales de caza, zonas de seguridad, cotos de caza, cotos de caza cercados y los adscritos al régimen de caza controlada (art. 8.2 LC).

Asimismo, la Ley de Caza, distinguiendo entre terrenos de aprovechamiento cinegéticos y no cinegéticos, permanece silenciosa en lo que a algunos de los segundos se refiere, empujando, de esta forma, la materia hacia la legislación autonómica. Según ésta, se considerarán **parques naturales** las aéreas naturales, poco transformadas por la explotación o ocupación humana que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente¹⁹⁵¹.

Constituyen **refugios de caza** aquellos terrenos en los que por razones biológicas o educativas sea preciso asegurar la preservación de determinadas especies de la fauna cinegética¹⁹⁵², mientras las **reservas naturales** tienen como finalidad la protección de ecosistemas, comunidades o elementos biológicos que, por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad merecen una valoración especial¹⁹⁵³.

Ahora bien, existen también terrenos que como finalidad tienen proteger y garantizar la seguridad de las personas y bienes, siendo éstos las **Zonas de Seguridad**, y los cotos de caza cercados. En referencia a los primeros, son aquellas zonas en las cuales deben adoptarse medidas precautorias especiales encaminadas a garantizar la adecuada protección de las personas y sus bienes, como, por ejemplo, las vías y caminos de uso público, las vías férreas, las aguas públicas, los canales navegables y un largo etcétera¹⁹⁵⁴. En cambio, son **terrenos cercados** aquellos que se encuentran rodeados materialmente

¹⁹⁵¹ Así, Resolución de 17/Enero/2006, de la Dirección General para la Biodiversidad en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Diciembre de 2005, por el que se autoriza la inclusión en la lista del Convenio Ramsar, de 2/Febrero/1971, relativo a humedades de importancia internacional especialmente como hábitat de especies acuáticas, de determinadas zonas húmedas españolas, BOE 24 de febrero de 2006, núm. 47/3286, pp. 7619. 7638, ratificado en BOE de 23 de octubre de 2006, núm. 253/18437, pp. 36958.36959.

¹⁹⁵² Art. 13.2 LCCA, art. 27.4 LCCL, art. 12.2 LCG.

¹⁹⁵³ Véase, a este efecto, Resolución de 17/Enero/2006, de la Dirección General para la Biodiversidad en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Diciembre de 2005, por el que se autoriza la inclusión en la lista del Convenio Ramsar, de 2/Febrero/1971, relativo a humedades de importancia internacional especialmente como hábitat de especies acuáticas, de determinadas zonas húmedas españolas, BOE 24 de febrero de 2006, núm. 47/3286, pp. 7619. 7638, ratificado en BOE de 23 de octubre de 2006, núm. 253/18437, pp. 36958.36959.

¹⁹⁵⁴ Art. 13 LC y 14.1 del RLC.

por muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construido con el fin de impedir o prohibir el acceso a las personas o animales ajenos, o el de evitar la salida de los propios. Sin embargo, aquellos terrenos rurales cercados en los que pueda penetrarse a través de accesos practicables se considerarán, a efectos cinegéticos, como terrenos abiertos, salvo que el propietario haga patente mediante carteles o señales la prohibición a los mismos¹⁹⁵⁵. Asimismo, pueden convertirse en **cotos de caza** cuando se trate de terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético, sin necesidad de respetar la exigencia de superficie mínima¹⁹⁵⁶.

Y finalmente, son **zonas de caza controlada** aquellas superficies que se constituyen únicamente sobre terrenos cinegéticos comunes, en los que el aprovechamiento, protección y fomento de la recesa cinegética se lleva a cabo de conformidad con los planes elaborados por la Administración autonómica competente, a fin de evitar el abuso de la actividad cinegética¹⁹⁵⁷.

Todos estos terrenos, de carácter muy disímil, tienen un denominador común, aquí la imposibilidad de un ejercicio libre de actividad cinegética, sujeta a algunas excepciones¹⁹⁵⁸. Ahora bien, la situación en la que se encuentran los refugios de caza, reservas nacionales de caza y parques nacionales es muy similar. En lo que a estos se refiere, la prohibición con carácter permanente de caza se traduce en que dichos terrenos carecen de titulares de aprovechamientos cinegéticos. Sin embargo, el hecho de que la normativa impide en los territorios mencionados con anterioridad el ejercicio de caza no significa que los animales que habitan en ellos no pueden causar daños a terceros. Una vez producidos dichos daños esponderá quien se señale a tal fin en la Ley; en la mayoría de los casos la Administración competente a la que se encuentran adscritos los terrenos.

Finalmente, bajo el término “coto” se entiende “toda superficie continua de terrenos susceptible de aprovechamiento cinegético que haya sido declarada y reconocida como tal, mediante resolución del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales (art. 15.1 LC), que puede ser de carácter privado, local o social.”

Y finalmente, otra de las cuestiones aquí relevantes es la de daños causados por la fauna silvestre no cinegética¹⁹⁵⁹ ya que desde el punto de vista de la legislación de

¹⁹⁵⁵ Art. 19 LC.

¹⁹⁵⁶ Así art. 19.4 LC.

¹⁹⁵⁷ Art. 14.6 LC.

¹⁹⁵⁸ Véase Carmen ORTUÑO NAVALÓN/Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág.31.

¹⁹⁵⁹ Con má extensión sobre el tema de los daños causados por la fauna silvestre no cinegética o no cazable véase Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 269.298.

caza, las especies se dividen en especies cinegéticas y especies no cinegéticas o, de otra manera, no cazables. Estas últimas, objeto de una abundante legislación estatal y autonómica pueden ocasionar daños a los particulares, tanto en la ganadería doméstica como en terrenos de aprovechamiento cinegético, lo que, por su parte, motivó a la Administración a la elaboración de numerosas disposiciones de carácter administrativo que obligasen a esta última a indemnizar daños causados por las especies protegidas¹⁹⁶⁰. Así, los regímenes de la responsabilidad civil dimanante de la práctica de la caza se aplican solamente a los daños causados por animales pertenecientes a las especies cinegéticas, independientemente de que dichos daños se produzcan en época de veda o sean causados por animales que, si bien pertenecen a especies cinegéticas, no son susceptibles de ser cazadas (ej. hembra de ciervo)¹⁹⁶¹.

2.3 Sujetos responsables.

De acuerdo con el art. 33 de la Ley de Caza

“1. Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el art. 6 de esta Ley, serán responsables de daños originados por la piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos.

Ahora bien, las responsabilidades dimanantes de caza reguladas por la Ley de Caza (art. 33), en lo que al sujeto responsable y tipo de daño indemnizable se refiere, pueden ser de diferente naturaleza, distinguiéndose entre:

1. Responsabilidad por daños causados por las especies que no son susceptibles de caza lícita (art. 45.2 de la Carta Magna¹⁹⁶², art. 4.2.d de la

¹⁹⁶⁰ María Ángeles PARRA LUCÁN, “Responsabilidad por los daños causados por animales y cosas”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, 2ª ED., Colex, Madrid, 2008, pág. 959.

¹⁹⁶¹ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 192.

¹⁹⁶² Véase Constitución Española, Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978, CE en adelante, disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> (fc: 27.03.2012).

Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres¹⁹⁶³, así como, en el desarrollo de esta normativa el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas¹⁹⁶⁴)

2. Responsabilidad por daños originados por las piezas de caza (art. 33. 1 LC),
3. Así como, la responsabilidad por daños derivados del ejercicio de la caza (art. 33. 5 LC)¹⁹⁶⁵.

En el primero de los casos la responsabilidad se imputa normalmente a la Administración¹⁹⁶⁶; en el segundo supuesto tiene como sujeto directamente responsable al titular del aprovechamiento cinegético y subsidiariamente al propietario de los terrenos; y, finalmente, el tercer supuesto da lugar a la llamada responsabilidad del cazador. A este efecto se ha dicho que fueron dos factores, aquí el hecho de que el animal hasta que no se adquiriera su posesión está tratado como *res nullius*, por tanto, como una cosa no susceptible de apropiación¹⁹⁶⁷, y los ya mencionados diferentes tipos de daños indemnizables, los que incidieron en el desdoblamiento del sujeto responsable del segundo supuesto y la consiguiente imputación directa de los daños dimanantes de caza al *titular del aprovechamiento cinegético*, y subsidiaria al *propietario de los terrenos* de los que proviene el animal, y no del animal mismo¹⁹⁶⁸. Asimismo, el único caso en el que el propietario de los terrenos tendrá consideración de responsable directo será aquel en el que éste será a la vez el titular de otro derecho real o personal que lleve consigo el uso o aprovechamiento de la caza¹⁹⁶⁹. Se ha de señalar aquí, que en algunos supuestos y bajo ciertas condiciones pueden llegar a ser indemnizados también los daños causados por los animales que habitan en la misma finca en la que se produjeron los perjuicios. Este será el caso de una explotación agrícola enclavada en un coto de

¹⁹⁶³ BOE núm. 74 de 28 de marzo de 1989, pp. 2862.2869, disponible también en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.1989.6881 (fc: 27.03.2012).

¹⁹⁶⁴ BOE núm. 82 de 5/4/1990, pp. 9468 – 9471, disponible también en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE.A.1990.8432 (fc:27.03.2012).

¹⁹⁶⁵ Así José PÉREZ MONGUIÓ/M^a Paz SANCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 22.23 y Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por animales y en la caza”, *Lecciones de Responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 301.

¹⁹⁶⁶ José PÉREZ MONGUIÓ/M^a Paz SANCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 25.

¹⁹⁶⁷ Carmen ORTUÑO NAVALÓN/Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, Tirnat lo Blanch, Valencia 2007, pág. 104.

¹⁹⁶⁸ Véase Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por animales y en la caza”, *Lecciones de Responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 301.

¹⁹⁶⁹ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “art. 1906”, *Comentario del Código Civil* (coor. Igancio SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2006, pág. 230.

caza si el aprovechamiento cinegético pertenece a una persona distinta de la que cultiva la heredad¹⁹⁷⁰.

El posicionamiento según el cual un animal de caza constituye *res nullius* no es, sin embargo, el único que reina en la doctrina. Lo hay quien considera que tanto La Ley de Caza como el Reglamento están impregnados por la concepción de acuerdo con la que la caza es *fructus fundi*¹⁹⁷¹. Así lo entienden también otros autores quienes señalan además que son muchas las Sentencias de las Audiencias Provinciales que emplean literalmente esta expresión refiriéndose a las piezas de caza. Así, el demandado podría ser no solamente el titular del coto, sino también propietario de los animales que en él se encuentran¹⁹⁷². No olvidemos que la idea que la caza es *res nullius* no impide que ésta se considere propiedad del cazador una vez que esté cazada.

Ahora bien, en lo que al sujeto responsable se refiere, se pueden dar siguientes configuraciones:

1. Como regla general la titularidad del aprovechamiento y, lo que conlleva, la responsabilidad por eventuales daños cinegéticos corresponde al propietario del coto.
2. En un hipotético supuesto de coexistencia de dos títulos distintos sobre la finca, como por ejemplo el caso de transmisión del aprovechamiento cinegético de la nuda propiedad al arrendatario, en caso de producirse daños cinegéticos el arrendatario responde directamente e indirectamente el propietario. A este efecto, una cláusula contractual que distribuye de otra manera la responsabilidad entre las partes no surte efecto frente a los terceros.
3. El desdoblamiento de la titularidad puede darse también, según el RLC, cuando el propietario de la finca, reservándose el uso cinegético, la arrienda para uso agrícola o ganadero, en cuyo caso, salvo pacto en contrario, responderá de los daños causados en los cultivos de sus fincas (art. 35.1^a RLC)¹⁹⁷³

¹⁹⁷⁰ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 207.

¹⁹⁷¹ José ESTEVE PARDO, “La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos”, en el *Libro homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Civitas, 1989, Madrid, pág. 383.

¹⁹⁷² Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 203.

¹⁹⁷³ Así también la SAP de Salamanca de 05.06.2006 (JUR 2006, 270670).

4. Y, por último, la propiedad de la finca puede corresponder a varios sujetos (art. 16.2 LC) en cuyo caso la responsabilidad de éstos por los daños producidos es solidaria (art. 33.2 LC) “entre todos los que aportaron voluntariamente sus fincas al coto y, de no mediar otro acuerdo, la parte que corresponda abonar a cada uno se fijará en proporción a la superficie respectiva de los predios” (art. 35.1 a RLC)

Ahora bien, dado que desde el punto de vista jurídico, la pieza de caza es un *res nullius*, el titular de aprovechamiento cinegético, como responsable de los daños cinegéticos, no lo es a título del dueño del animal¹⁹⁷⁴. La propiedad sobre una pieza de caza se adquiere mediante su ocupación¹⁹⁷⁵. De ahí, la importancia de diferenciación entre el derecho a cazar y el derecho sobre las piezas de caza¹⁹⁷⁶.

Finalmente, la identificación del sujeto responsable del art. 33 de la Ley de Caza requiere establecer la procedencia del animal. En este sentido se pronuncia la más reciente jurisprudencia al señalar que no es el lugar en el que se produce el accidente, sino la demostración de la procedencia de los animales lo determinante a la hora de imputar la responsabilidad al titular del aprovechamiento o al propietario del coto, en caso de que éste responda subsidiariamente¹⁹⁷⁷. Tal lugar ha de ser reconocido además como coto de caza y gozar de una declaración formal en ese sentido. Según las reglas generales de la carga de la prueba, es la víctima la que ha de probar la procedencia del animal causante del daño, aunque debido a las dificultades probatorias que tal proceder puede comportar para reclamante, varias sentencias han admitido una inversión de la carga de la prueba a su favor¹⁹⁷⁸. Otras, en cambio, frente al mismo problema han considerado como responsable al titular del aprovechamiento más próximo al lugar donde se hubiera producido el daño¹⁹⁷⁹. En caso de no poderse establecer exactamente la procedencia de la pieza de caza, todos los titulares de cotos colindantes responden de forma solidaria (art. 35.1 b). En este mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 30 de octubre de 2000 al declarar que:

¹⁹⁷⁴ Carmen ORTUÑO NAVALÓN/ Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de caza*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 104.

¹⁹⁷⁵ Carmen ORTUÑO NAVALÓN/ Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de caza*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 2007, pág.47.

¹⁹⁷⁶ Carmen ORTUÑO NAVALÓN/ Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de caza*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 104.

¹⁹⁷⁷ STS de 14.07.1982 (RJ 1982, 4235).

¹⁹⁷⁸ SSAP de Cádiz de 15.03.2006 (JUR 2006, 231739) y de Madrid de 17.03.2004 (JUR 2004, 2297889).

¹⁹⁷⁹ SAP de Pontevedra de 13.07.2006 (JUR 2006, 224934).

“(L)a Ley de Caza de 4 ab. 1970 y su Reglamento de 25 de mar. 1971 regulan una responsabilidad marcadamente objetiva que autoriza a los propietarios de las parcelas afectadas para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados, incluso aunque no se haya determinado en forma concreta la procedencia de los animales (ciervos y jabalíes en este caso) que, en busca de alimentos se desplazan de sus propios reservas.

Ha de entenderse el término procedencia en sentido amplio para referirlo a las zonas donde los animales viven en libertad y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en fincas privadas que no son su propio refugio natural asignado, lo que ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente y que alcanza a todos los titulares y dueños de los acotados colindantes (art. 35.1 b) del Reglamento y S. 15 jul. 1982¹⁹⁸⁰,

La regla de la responsabilidad solidaria aplica también a los titulares de cotos que, sin ser colindantes, están tan situados geográficamente que es imposible identificar con precisión la procedencia del animal que causó el daño¹⁹⁸¹. A este efecto, se atiende al criterio de proximidad de las fincas de los que el animal causante del daño pudo razonablemente haber procedido, confiándose a los tribunales estimar, en función de las circunstancias o especies causantes del daño, hasta donde podría llegar dicha proximidad o lejanía¹⁹⁸².

La imputación de los daños cinegéticos a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos puede variar también en función de si la especie causante del daño es o no autorizada administrativamente en determinado coto. El problema está íntimamente relacionado con la calificación de las piezas como de caza mayor o menor¹⁹⁸³.

A este efecto existen sentencias que sostienen que el animal ha de ser reconocido como pieza de caza y que los titulares de los aprovechamientos de caza menor no responden por los daños causados por animales de caza mayor, a pesar de que se haya

¹⁹⁸⁰ STS de 30.10.2000 (RJ/2000, 8489).

¹⁹⁸¹ José M^a PÉREZ MONGUIÓ/ M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa.*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 54. En el mismo sentido, Alonso SÁNCHEZ GASCÓN, *El Derecho de caza en España*, t. I, *De los terrenos y de las piezas de caza*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 262.

¹⁹⁸² Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 215.

¹⁹⁸³

probado que tales piezas habían salido de coto en cuestión¹⁹⁸⁴. Independientemente de ello la jurisprudencia acoge una amplia interpretación del precepto estableciendo que

“...el término procedencia contenido en el art. 33 de la Ley Estatal de Caza (RCL 1970/579 y NDL 4840) no puede ser interpretado de una forma simplista como el lugar de donde sale o de donde viene el animal, lo que resultaría difícil si no imposible de precisar, cuando se trata de piezas de caza mayor, que tiene en muchos casos carácter errático sino a estos efectos se presume que el animal procede de los terrenos cinegéticos colindantes, siempre que tenga en los mismos una relativa permanencia y unas mínimas condiciones de vida y reproducción que permitan en definitiva su aprovechamiento cinegético por el titular ...¹⁹⁸⁵”.

Según otra opinión jurisprudencial, más extendida quizá, el titular del aprovechamiento cinegético responderá por los daños causados por un animal procedente de su coto, independientemente de si la naturaleza de éste corresponde o no con el tipo de aprovechamiento autorizado por la administración; eso debido a que “ ... lo importante es la creación del coto de caza, con independencia de cuál sea su aprovechamiento cinegético, pues en ellos existen una serie de condiciones objetivas, inexistentes fuera de él que atraen a las distintas especies, que no distinguen entre el tipo de coto en el que se encuentran¹⁹⁸⁶.” Así las cosas, “ ... si el coto está autorizado para un tipo concreto de especie o especies cinegéticas, respondería igualmente si el reclamante acredita la existencia estable, en la finca acotada, de individuos de la especie causante del daño, aunque se tratase de una distinta a la autorizada administrativamente¹⁹⁸⁷.” Y finalmente, “ ... no podrá considerarse que una pieza de caza procede de un terreno cuando éste sea impropio o inadecuado como hábitat para la especie de la que se trate, entendiendo por hábitat el lugar de reproducción, invernada, reposo, campeo, alimentación o similar¹⁹⁸⁸”. De forma parecida, la STS de 22 de diciembre de 2006 en la

¹⁹⁸⁴ STSJ Navarra de 06.02.2002 (RJ 2002\5020) SAP de Huesca de 07.02.1994 (AC 1994, 225), SAP de Pontevedra de 21.07.1994 (AC 1994, 1189), SAP de Lugo de 09.11.1994 (AC 1994, 2492), SAP de Valladolid de 15.11.1994 (AC 1994, 2035), SAP de Navarra de 24.03.1995 (AC 1995/430); SAP de Lugo de 13.02.1996 (AC 1996, 553) SAP de Cáceres de 26.06.1997 (AC 1997, 1356).

¹⁹⁸⁵ Así STS de 14.07.1982 (RJ 1982, 4235).

¹⁹⁸⁶ SAP de Navarra de 26.06.2000 (AC 2001, 2585).

¹⁹⁸⁷ SAP de Teruel de 15.04.2000 (AC 2000, 832).

¹⁹⁸⁸ Art. 74.1º parf. 2 de la Ley de Caza de Extremadura. Ley núm. 8/1990, de 21 de diciembre (D.O. E,

que se señala que “... la exigencia de que las piezas de caza procedan de terrenos acotados sólo se cumple cuando éstos, además de haber sido el punto relativo de salida de los animales, constituyen para la especie un hábitat adecuado o un lugar de paso más o menos frecuente ...¹⁹⁸⁹”. De otra manera, se estima la procedencia del animal de un cierto lugar si el mismo constituye un hábitat favorable para éste, poseyendo además una cierta relación espacial con el lugar donde se produjeron los daños¹⁹⁹⁰.

En contra de esta posición se muestran algunos autores quienes sostienen, siguiendo la primera línea jurisprudencial, que ni los titulares de cotos de aprovechamiento de caza menor ni los propietarios de dichos terrenos deberían responder por los daños causados por animales de caza mayor. En tal caso la responsabilidad debería, según este sector doctrinal, ser asumida por la Administración, que tiene obligación de adoptar las pertinentes medidas de control de los animales mencionados con anterioridad. Esto último siempre y cuando el daño no se pueda, siquiera a través de las presunciones y siguiendo el criterio de proximidad, imputar la responsabilidad en estos casos a otra persona¹⁹⁹¹.

2.4 Régimen de la responsabilidad.

El régimen instaurado en los art. 33 de la LC y 35 del RC introduce la responsabilidad objetiva del titular del aprovechamiento cinegético y subsidiariamente del propietario del terreno. Es decir, tal responsabilidad opera independientemente de cualquier tipo de culpa o negligencia, con la única exigencia de probar la procedencia del animal, la realidad del daño y el nexo causal entre éste y la actuación del demandado. Este *status quo* ha sido confirmado también por una numerosa jurisprudencia¹⁹⁹².

extraordinario núm. 2, de 14 de enero de 1991) modificada por: Ley 19/2001, de 14 de diciembre y por Ley 21/2002, de Presupuestos Generales de Extremadura (Diario Oficial de Extremadura, nº 8, de 19.01.2002 y extr.nº1 de 30 .12.2002, disponible también en <http://www.asociacionrehalas.com/images/Ley8.90.CAZA.EXTREMADURA.pdf>, (fc: 29.03.2012).

¹⁹⁸⁹ STS de 22.12.2006 (RJ 2007, 608).

¹⁹⁹⁰ SAP de Soria de 24.05.1995 (AC 1995, 930).

¹⁹⁹¹ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 221 y la jurisprudencia allí citada.

¹⁹⁹² Véase, entre otras, la STS de 27.05.1985 (RJ 1985, 2815).

2.5 Causas de exoneración.

Son causas de exoneración la fuerza mayor, la culpa de la víctima y de un tercero. Mientras la fuerza mayor como un factor liberatorio de la responsabilidad civil por los daños cinegéticos tuvo muy poca, por no decir que ninguna aplicación en la jurisprudencia en la materia objeto de este estudio, la culpa exclusiva de la víctima en mayoría de los casos parece estar identificada con la falta de adopción por parte del demandante de las medidas de seguridad que protegiesen sus cultivos. De esta manera, la SAP de Madrid de 15 de abril de 2004¹⁹⁹³ declaró que el propietario de un coto debió “adoptar al tiempo de la plantación de las cepas alguna medida precautoria de frecuente uso, a fin de soslayar o aminorar los daños previsibles , como el rodear los tallos jóvenes plantados de material plástico o similar”, por lo que “tal omisión supone la concurrencia de culpas” y “procede conceder a la pasividad del ahora apelante una eficiencia porcentual en relación con el evento dañoso producido del cincuenta por ciento”¹⁹⁹⁴. De modo similar se pronunció la SAP de Asturias de 25 de mayo de 2001¹⁹⁹⁵ al señalar que el demandante tenía obligación de cerrar adecuadamente la finca para evitar la entrada de los animales; obligación ésta que le fue impuesta por la Administración a cambio de ciertas ayudas agrarias. La falta de prohibición por razón de que éstos fueran especialmente apetecibles para las piezas de caza de los aprovechamientos cinegéticos circundantes no puede constituir culpa del perjudicado y, en consiguiente, servir para aminorar la indemnización adjudicada a éste. Tampoco lo puede ser la falta de comunicación de los daños hasta la presentación de la demanda¹⁹⁹⁶. No obstante, elegir un cultivo que constituye un alimento típico de los conejos que habitan en el coto donde está enclavada una finca y no adoptar las medidas oportunas que protegiesen la cosecha, consistentes en cercarla, se califica dentro de la culpa del perjudicado y sirve como causa de exoneración total o parcial de la responsabilidad y, lo que sigue, exclusión o minoración de la indemnización^{1997 1998}.

La responsabilidad objetiva con las mismas causas de exoneración, aquí culpa del perjudicado y fuerza mayor, viene establecida también por el art. 33. 5 LC en el caso

¹⁹⁹³ (AC 2004, 1171).

¹⁹⁹⁴ Véase también la SAP de Ciudad Real de 19.04.2001 (JUR 2002, 166717).

¹⁹⁹⁵ (JUR 2001, 214539).

¹⁹⁹⁶ SAP de Cáceres d de 15.06.2004 (PROV 2004, 179535).

¹⁹⁹⁷ SAP de Toledo de 16.07.2006 (JUR 2006, 205397).

¹⁹⁹⁸ La elección de la jurisprudencia proviene de Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura”, *Aranzadi Civil. Mercantil*, núm. 7/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, pp. 6.7.

del cazador. A este efecto, según el art. 35. 6 a) del RLC se declara que no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones. En caso de que el daño fuera causado por un miembro indeterminado de la partida de caza, responderán de éste todos los miembros de la partida solidariamente. Y finalmente, se estimarán únicamente como miembros de la partida a aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño¹⁹⁹⁹.

2.6 Daños cinegéticos provocados por los animales que irrumpen en la carretera. Accidentes de circulación²⁰⁰⁰.

Según la regulación contenida en la Disposición Adicional novena de la Ley 17/2005 de 19 de julio, de Circulación urbana e interurbana que modificaba el texto de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo; y según la regulación que reemplazaba la introducida como una Disposición Adicional por la Ley 19/2001 en la Ley de 2 de marzo de 1990, sobre Tráfico circulación de vehículos a motor y seguridad vial se establece que:

“ ... En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad

¹⁹⁹⁹ Art. 35.6 b) RLC.

²⁰⁰⁰ Sobre la regulación de los accidentes de tráfico provocados por animales de caza en la legislación autonómica véase Francisco CUENCA ANAYA, “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre.diciembre de 2004, pp. 9.43, disponible también en http://www.larioja.org/upload/documents/686784_RJNO_N_52.2004.Responsabilidad_civil_en_los_accidentes.pdf (fc: 20.04.2012).

en el estado de conservación de la misma y en su señalización²⁰⁰¹.”

De esta manera y desde el punto de vista de la persona responsable, se establecían tres tipos de la responsabilidad por los daños cinegéticos derivados de los accidentes de circulación: la responsabilidad del conductor del coche accidentado, la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético o, subsidiariamente, del propietario de tal aprovechamiento, y la responsabilidad del concesionario de la vía pública. El último supuesto pertenecía a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, mientras los dos primeros parecían alejarse del régimen general establecido en la Ley de Caza. A este efecto se señalaba que habría que esperar para conocer la exacta aplicación del precepto citado²⁰⁰², aunque algunas de las interpretaciones jurisprudenciales apuntaban en esta dirección, precisamente. Así, de la responsabilidad objetiva se volvía de nuevo a la responsabilidad fundada en la culpa. Éste era el caso de la infracción del conductor del coche dañado en un accidente de circulación causado por las piezas de caza; infracción que podía traducirse en una velocidad inadecuada²⁰⁰³, falta o defectuosa colocación de las luces²⁰⁰⁴ o la conducción bajo los efectos del consumo de bebidas alcohólicas²⁰⁰⁵. Lo mismo podía decirse sobre la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético, por lo menos en la versión que residía en el caso de la omisión de diligencia en la conservación del terreno acotado, excluida de tal precepto su responsabilidad por la acción de cazar que parecía tener carácter objetivo.

A tal efecto, según el art. 2 de la Ley de Caza, “se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellas o de facilitar su captura por tercero.”

²⁰⁰¹ DA novena de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, disponible también en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg339.1990.html (fc: 13.04.2012).

²⁰⁰² Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coor.)/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ/ María Ángeles PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 2ª ed. Colex, Madrid, 2008, pág. 957.

²⁰⁰³ Dictan con tal fundamento la SAP de Palencia de 27.09.2006 (JUR 2006, 286739), SAP de Zamora de 27.02.2007 (JUR 2007, 238703), SAP de Palencia de 29.03.2007 (JUR 2007, 282246) SAP de Zamora de 10.05.2007 (JUR 2007, 288927), SAP de Burgos de 18.07.2007 (JUR 2007, 317019), SAP de Navarra de 06.06.2007 (JUR 2007, 312460) y SAP de Valladolid de 04.10.2007 (JUR 2008, 13739) aunque no todas de ellas con criterio absolutorio.

²⁰⁰⁴ SAP de Barcelona de 29.03.2007 (JUR 2007, 243752).

²⁰⁰⁵ SAP de Burgos de 05.07.2007 (JUR 2007,308325).

Para que la responsabilidad de este precepto prosperase se exigía la coincidencia temporal entre el accidente y la producción de daños, es decir, que el accidente tuviera lugar mientras dure la acción de cazar²⁰⁰⁶.

En lo que al segundo supuesto de la responsabilidad del titular del aprovechamiento se refiere, por la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, decisiones jurisprudenciales han determinado que "... ni la negligencia en la conservación del Coto puede aparecer representada por la falta de cerramiento perimetral del mismo, ni éste puede realizarse tampoco de manera discrecional o generalizada ni ser impuesta a los titulares de los fundos o parcelas integrantes del terreno acotado²⁰⁰⁷," y que "... lo que el precepto exige es que se adopten las medidas para impedir o, cuando menos, obstaculizar seriamente el acceso de los animales a la calzada ...²⁰⁰⁸," Parecía que la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético podría apreciarse también en casos de incumplimiento por parte de éste de la normativa administrativa que regula la numerosidad de los animales en el coto, si el número de estos se multiplicaba de forma descontrolada. El incumplimiento del plan cinegético en sí no era suficiente para que faltase diligencia en la conservación del coto²⁰⁰⁹.

De esta forma, según las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, la carga de probar el incumplimiento de la diligencia por parte del titular del aprovechamiento cinegético o, subsidiariamente por parte del propietario de éste, recaía sobre la víctima. Sin embargo, las dificultades probatorias que llevaban a los tribunales a la exoneración de la responsabilidad de los sujetos imputados, el principio de la facilidad probatoria y la consideración de que el supuesto comentado se plasma dentro de la responsabilidad por riesgo han ido imponiéndose en la materia, traduciéndose en que los tribunales empezaron a practicar una sistemática inversión de la carga de la prueba de negligencia del titular del aprovechamiento. El catalogar la responsabilidad de éste por de los daños cinegéticos producidos en los accidentes de tráfico dentro de los esquemas de la responsabilidad por riesgo se fundamentó en la máxima romana *ubi emolumentum ibi onus*²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁶ José M^a PEREZ MONGUIÓ/ M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa, op. cit.*, pág. 95.

²⁰⁰⁷ SAP de Ourense de 28.09.2006 (AC 2007, 433).

²⁰⁰⁸ SAP de Asturias de 09.07.2007 (JUR 2007, 342328).

²⁰⁰⁹ José M^a PEREZ MONGUIÓ/ M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa, op. cit.*, pág. 98.

²⁰¹⁰ José M^a PEREZ MONGUIÓ/ M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas.*

Este *status quo* se vio modificado con la entrada en vigor de la Ley 6/2014, de 7 de abril, que reformaba la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo introduciendo cambios sustanciales en la materia. A partir de entonces, la responsabilidad por los daños provocados por los animales que irrumpen en la carretera alcanzará, como regla general, al conductor del vehículo que responderá de forma objetiva, estableciéndose en la disposición adicional novena que “en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquéllas”. Dicha regla encuentra solamente dos excepciones. La primera se dará cuando el accidente ocurra en el **momento de una cacería o en las 24 horas posteriores** a que concluya y bajo la condición que los cazadores busquen en ese tiempo especies de caza mayor, en cuyo caso será responsable el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno. La responsabilidad del conductor del vehículo de motor cederá también en caso de que el accidente se produzca como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos, en cuyos casos la responsabilidad se imputará al titular de la vía pública.

3. Responsabilidad por la navegación aérea (daños a terceros).

3.1 Normativa aplicable.

La responsabilidad civil en la navegación aérea está regulada en la mayor parte por la Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea (LNA)²⁰¹¹, modificada con posterioridad varias veces²⁰¹², complementándose dicha regulación con el régimen general establecido en los arts. 1902 y 1903 CC.

La LNA se alimenta de la antigua Ley vigente en la misma materia, de Bases de 27 de diciembre de 1947 para un código de navegación aérea²⁰¹³, cabiendo a la vez dentro del marco general establecido por el Convenio de Roma firmado el 7 de octubre de 1952 que vino a sustituir al Convenio de Roma de 1933. Las principales directrices de ambos, la Ley de Bases y el Convenio de Roma, se inspiran en la responsabilidad objetiva (casi absoluta), limitada y garantizada del explotador u operador aéreo (Base 12ª y 13ª de la Ley de Bases) y buscan encontrar un equilibrio entre los intereses jurídicos del empresario aéreo, por una parte y la víctima, por la otra.

Así las cosas, la Ley de Bases establecía que en ella se regulaban “los daños causados a tercero sobre la base de una extensa responsabilidad del explotador inspirada

²⁰¹¹ BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960, pp. 1291-1299.

²⁰¹² Ley 53/1968, de 27 de julio (BOE, núm. 181, de 29 de julio de 1968, pág. 1178), Ley 113/1969, de 20 de diciembre (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1969, pág. 20465); Ley Orgánica 1/1968, de 8 de enero (BOE núm. 12, de 14 de enero de 1986.); Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999 que ha modificado los arts. 36, 145, 151 y de la Disposición Adicional Única (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999, pp. 46095-46149); la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que ha modificado el art. 43 de la LNA (BOE, núm. 313 de 31 de diciembre de 2002, pp. 46086-46191); la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que ha reformado el art. 133 LNA (BOE, núm. 164 de 10 de julio de 2003 pp. 26905-26965).Ley de seguridad aérea (LSA), de 7 de julio de 2003 (BOE núm. 162 de 8 de julio de 2003, pp. 26368-26387, que ha derogado el régimen sancionador prevista en la LNA (arts. 152-159) introduciendo nuevo régimen en la misma materia en el Título V de la LSA; ha derogado el art. 8 y el párrafo 1º del art. 32, así como ha modificado los arts. 32 y 58 de la LNA; el Real Decreto- Ley 6/1999, de 10 de abril, que ha reformado las arts. 59 y 60 (BOE, núm. 92, de 17 de abril de 1999, pp. 14350-14356); Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños; Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea- que deroga al Real Decreto 2333/1983, (BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001, pp. 4100 - 4101)

²⁰¹³ BOE núm. 1, de 1 de enero de 1948, disponible también en <http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/1F929313-8B91-4031-9E78-7C91E3BFB8D9/78085/LEY27121947.pdf> (fc: 22.06.2012).

en la doctrina del riesgo²⁰¹⁴” y que en ella “[s]e establecerá la obligación de reparar el daño o indemnizar perjuicios en los casos en que un aeronave ocasione, por accidente, tanto en vuelo como en maniobra, o con objetos que del aparato se desprendan o echen, la muerte, lesiones, incapacidades y, en general, quebranto perdurable de la salud a personas ajenas a la tripulación, o cause daños en las cosas situadas dentro o fuera de la misma aeronave. La obligación a que se refiere párrafo anterior corresponderá, en primer término, solidariamente al responsable directo, si lo hubiere, y al arrendatario o explotador, y subsidiariamente al propietario si fuera distinto sujeto sin participación ni intervención alguna en el transporte, operación o faena con cuya ocasión se produzca el siniestro ...²⁰¹⁵”

Finalmente, no solamente lo acontecido el 11 de septiembre de 2001, sino también los accidentes sufridos en los años 80 y 90 del siglo pasado que conllevaban el uso intencional de la aeronave para los fines ilícitos evidenciaron un significativo potencial de amplificación social de esta industria. El bombardeo de Lockerbie y la explosión de TWA 800 han incentivado la puesta en marcha de una entera maquinaria en forma de los masivos presupuestos de expansión del Pentágono, FBI y otras agencias que iban en paralelo con otras iniciativas, entre ellas las legislativas, dirigidas a crear un marco comprensivo de Derecho internacional público. Así las cosas, a pesar de que los cinco Convenios elaborados bajo los auspicios de la ICAO en esta materia no han gozado de aceptación- un significativo número de los estados no los ratificó, han demostrado que la administración de los riesgos intencionales creados por el ser humano se convertía gradualmente en un asunto de gran interés para la comunidad internacional²⁰¹⁶. En el año 2004 el Consejo de la ICAO convocó un grupo de trabajo llamado *Special Group on the Modernisation of the Rome Convention* (SGMR) cuyo objetivo era prevenir que se repita la crisis en materia del aseguramiento de los riesgos de guerra, provocado por los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y facilitar un proyecto para el cambio legislativo a nivel domestico e internacional²⁰¹⁷. El SGMR decidió tratar de forma separada a los eventos relacionados con los riesgos de seguridad de tráfico aéreo en general y los actos de interferencia ilícita²⁰¹⁸, elaborando a este efecto dos Convenios: Convenio sobre Compensación de Daños Causados por la

²⁰¹⁴ Exposición de motivos de la Ley de Bases para un código de navegación aérea, *op. cit.*

²⁰¹⁵ La base duodécima de la Ley de Bases, *op. cit.*

²⁰¹⁶ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 178.

²⁰¹⁷ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 189.

²⁰¹⁸ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 190.

Aeronave a Terceros (el llamado Convenio sobre Riesgos Generales)²⁰¹⁹ y el Convenio sobre Compensación por Daños Causados por la Aeronave a Terceros en Caso de una Interferencia Ilícita (el llamado Convenio sobre Terrorismo)²⁰²⁰. Ambas normativas, aprobadas en la Conferencia Diplomática que tuvo lugar de 20 abril a 2 de mayo de 2009 en Montreal, están actualmente abiertas para la firma.

3.2 Ámbito de aplicación.

Basada en el principio de soberanía, la LNA complementa los Convenios Internacionales ratificados por España y rige en la materia no regulada por la normativa europea vigente en el ámbito de navegación aérea. Según el art. 125 “en defecto de tratado internacional, obligatorio para España, la responsabilidad en materia de transporte aéreo internacional se regirá por la presente Ley, aplicada en el principio de reciprocidad.” La LNA concierne consecuencias jurídicas derivadas del uso de una aeronave, especialmente en lo que se refiere a su utilización inadecuada y, por tanto, resultante en daños. La definición de “aeronave” se encuentra en el art. 11 de la Ley. Aquí señalar solamente que la normativa aplica a las aeronaves españolas estacionadas o en vuelo en el territorio español, así como a las que vuelen por el espacio libre o se hallen en el territorio extranjero, o lo sobre vuelen. La regulación es de aplicación también en caso de las aeronaves extranjeras mientras se encuentran en el territorio español o en el espacio aéreo a ellas sujeto, si a ello no se oponen las leyes de Policía y Seguridad del país subyacente²⁰²¹. Su aplicación está excluida, en cambio en casos de 1. La navegación aérea militar, salvo disposición concreta, 2 las aeronaves militares que gozan de su régimen especial (Disposiciones de la Orden ministerial de 20 de junio de 1941), 3. El transporte de correo, que está sometido a la legislación específica del Ramo (parr. 3 del art. 5 en relación con la Disposición final 5ª, art. 14 núm. 1 y Disposición final 1ª)²⁰²²

²⁰¹⁹ Consultese la versión en inglés en las páginas <http://cil.nus.edu.sg/2009/2009-convention-on-compensation-for-damage-caused-by-aircraft-to-third-parties> (fc: 21.06.2014).

²⁰²⁰ Véase la versión española disponible en http://www.icao.int/secretariat/legal/DCCD2009/doc/DCCD_doc_43_es.pdf (fc: 21.06.2014).

²⁰²¹ Art. 6 de la LNA, *op. cit.*

²⁰²² Emiliano CASADO IGLESIAS, *La responsabilidad por daños a terceros en la navegación aérea*, Universidad de Salamanca, 1965, pág. 76.

Frente al “acontecimiento” que origina daños a una persona en la superficie; término empleado por el Convenio de Roma; la LNA española tituló el capítulo XIII “De la responsabilidad en caso de *accidente*...”. Dicha terminología fue en consiguiente confirmada por el art. 119, actualizado por el real Decreto 37/2001, que establece la cuantía de las indemnizaciones en función del peso de la aeronave y por accidente. No obstante, a la vista de la formulación contenida en el art. 120 que indica que “La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el *accidente* o *daño*” parte de la doctrina española entendió que la normativa especial aeronáutica resultará aplicable a la hora de enjuiciar la responsabilidad surgida ante cualquier acontecimiento o hecho derivado de la acción de una aeronave, con independencia de que haya causado también perjuicios a los pasajeros, tripulación u otros ocupantes del aparato²⁰²³.

En lo que respecta a los daños por el ruido, según el Convenio de Roma, éste no es aplicable de forma expresa a los daños causados por el sobrevuelo de una aeronave que está permitido y conforme con la normativa vigente. De la aplicación del Convenio se excluye también los daños causados por la explosión sónica²⁰²⁴. De forma parecida regulan la cuestión los regímenes especiales alemán, francés y austriaco- la responsabilidad objetiva que establecen no rige en caso de la explosión sónica. Las cosas se complican incluso más en caso del ruido duradero. En este sentido, los tres Ordenamientos jurídicos germánicos (alemán, austriaco y suizo) se asemejan en su redacción, estableciendo que el régimen especial de la responsabilidad objetiva por los daños causados por la navegación aérea no comprende dentro de su ámbito de aplicación a los daños que no surgen de un suceso (“accidente”) repentino, externo e imprevisible, sino de una inmisión duradera²⁰²⁵. En Suiza dichos daños están sujetos al Derecho de vecindad y de expropiación forzosa. En Inglaterra los daños provocados por los sobrevuelos de aeronaves sobre un bien inmueble tampoco gozan de la protección otorgada por la norma especial que establece la responsabilidad objetiva²⁰²⁶. Y finalmente, el Convenio de Roma tampoco se aplica en caso de las inmisiones duraderas

²⁰²³ Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, Tratado de responsabilidad civil, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Cizur Menor, 2008, pp. 1442-1443.

²⁰²⁴ Art. 1(1) del Convenio de Roma.

²⁰²⁵ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 160. Para el Derecho alemán véase Walter SCHWENK, *Handbuch des Luftverkehrsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, pág. 604, para el Derecho austriaco Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band II, op. cit., pág. 484 y ss. y para el Derecho suizo, Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6ª ed., Stämpfli, Bern, 2002, pág. 270.

²⁰²⁶ Secc. 76(1) del Civil Aviation Act de 1982, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/16> (fc: 07.05.2014).

si éstas están causados por un sobrevuelo efectuado de acuerdo con las normas²⁰²⁷. En consecuencia, se niega la acción resarcitoria por los costes derivados del detrimento a la persona que está expuesta al ruido permanente debido a la proximidad de un aeropuerto²⁰²⁸.

Visto este panorama, se puede afirmar que constituye una excepción notable en la materia de los daños causados por el ruido duradero en la navegación aérea la interpretación dada por el *Cour de Cassation* a la regulación introducida por el derecho francés. Pues bien, el proceso empezó en los años 60, cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés extendió la aplicación de la responsabilidad objetiva por los daños causados a terceros por la navegación aérea a los daños producidos por el ruido proveniente de la explotación de una aeronave²⁰²⁹. Me refiero aquí sobre todo a los daños causados a los vecinos que viven en la proximidad de un aeropuerto por la contaminación acústica provocada por los despliegues y aterrizajes de los aviones. Dichos daños, en virtud de la interpretación del art. 1384 (1)2 del Código Civil francés, están sujetos a la responsabilidad objetiva incluso en el caso de que no existan los medios técnicos para controlar el ruido e incluso si dicho ruido está permitido por la normativa correspondiente. Con el paso de tiempo, sin embargo, el *Cour de Cassation* limitó considerablemente aplicación de la responsabilidad objetiva a los casos descritos, sujetando mayoría de dichos supuestos al Derecho de vecindad. De ahí que solamente las molestias de carácter extraordinario estén comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo citado²⁰³⁰. A este *status quo* se añade un dato más. El derecho al resarcimiento de la víctima en los casos comentados se ve todavía más limitado si tenemos en cuenta que el asentimiento en las proximidades de aeropuertos puede estar valorado como concurrencia de la culpa de la víctima y, según las reglas de la responsabilidad, puede llevar a la reducción de la indemnización²⁰³¹²⁰³².

²⁰²⁷ Art. 1 (1) del Convenio de Roma.

²⁰²⁸ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europe, op. cit.*, pp. 159-160.

²⁰²⁹ Cour de Cass. 08.05.1968, Sem. Jur. 1968 II, Nr. 15595, Cour de Cass. 17.12.1974, 2, Recueil de jurisprudence Dalloz, 1975, jur., pág. 441.

²⁰³⁰ Cour de Cass. 17.12.1974, Bull. Civ., 1974 II, nr. 335.

²⁰³¹ Cour de Cass. 20.07.1988, Resp. civ. et assur. 1988, pág. 49.

²⁰³² Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europe, op. cit.*, pág. 160.

3.3 Sujetos responsables.

Según la LNA serán responsables de los daños a terceros en el sector de navegación aérea el “transportista” o el “operador”. Ante falta de cualquier definición específica en la Ley española, sin embargo, la doctrina acude supletoriamente a la regulación establecida al respecto en el Convenio de Roma y la normativa europea²⁰³³. Así las cosas, el termino operador da más margen para la interpretación que el transportista aéreo. Este último no sale del marco del contrato del transporte aéreo de pasajeros, carga o equipaje. El CR, al igual que el CM (art. II) y *Code de l’aviation civile* (art. L. 141-2) emplea la expresión *exploitant*, que según los reconocidos diccionarios de la lengua francesa puede entenderse de doble manera, como explotador o el que utiliza. Este segundo sentido, según la doctrina española, es el que más se ajusta a los propósitos del Derecho aeronáutico. Un claro matiz comercial de la palabra “explotador”, entendido éste como explotador comercial de la aeronave para el transporte, puede causar confusión al poder estar limitada la expresión a este solamente significado. De ahí, según el art. 2 CR y el art. 3 c) del Reglamento (CE) núm. 785/2004²⁰³⁴ responderá por daños a los terceros cualquier sujeto- persona física o jurídica- que utilice una aeronave, siempre que su uso conlleve también el control y dirección de este aparato. Con ello se quiere decir que se podrán considerar responsables no solamente las empresas de transporte sino cualquiera que tiene uso efectivo y continuo de una aeronave, independientemente de la finalidad que se puede dar a tal uso; aparte del transporte pueden serlo también trabajos aéreos o la práctica de deportes²⁰³⁵. No obstante, “si el control de la navegación de la aeronave fue retenida por una persona de la que deriva el derecho de hacer uso de la aeronave, directamente o indirectamente, esta persona tendrá consideración del operador²⁰³⁶”. Se presume que el propietario registrado de la aeronave es el operador a no ser que dicho propietario pruebe durante el juicio que el operador fue otra persona y esta persona se junto a él en el proceso²⁰³⁷.

²⁰³³ Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 75.

²⁰³⁴ Cf « lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:138:0001:0006:ES:PDF» (fc: 09.08.2012).

²⁰³⁵ Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, *op. cit.*, pp. 1458-1459.

²⁰³⁶ Traducción propia de la versión inglesa del CR art. 2(1).

²⁰³⁷ Art. 2(3) CR.

En caso del llamado *wet lease* (arrendamiento de la aeronave con la tripulación), el hecho de que el propietario es a la vez suministrador de la tripulación hace que éste tendrá consideración del operador a los efectos del Convenio de Roma de 1952. En caso del *dry lease* (arrendamiento de la aeronave sin tripulación) el operador será arrendatario bajo la condición de que tuvo “el derecho exclusivo de utilizar la aeronave [en el momento en el que se produjo el accidente] por un periodo de más que 14 días, contado desde el momento en el que dicho derecho de uso comenzó”²⁰³⁸. En cualquier otro caso, la persona de la que dicho derecho derivó sería responsable de forma solidaria con el operador²⁰³⁹.

El transportista para que tenga la consideración de tal necesita una licencia de explotación²⁰⁴⁰ para el transporte aéreo comercial de pasaje o carga. Así lo define en su art. 2.1 b) el Reglamento (CE) núm. 2027/97²⁰⁴¹ en la versión modificada en el año 2002 al establecer que “compañía aérea comunitaria es toda empresa de transporte aéreo que posea una licencia de explotación válida concedida por un Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 2407/92²⁰⁴²”.

Finalmente, ambos convenios elaborados en Montreal en el año 2009, aquí el CRG y CAII, señalan como persona responsable al operador aéreo, introduciendo una definición uniforme de éste. Así, establecen que “operador significa la persona que usa la aeronave. También se considerará operador a quien habiendo conferido, directa e indirectamente, el derecho a usar la aeronave se ha reservado el control de su navegación. Se considera que una persona usa una aeronave cuando lo hace personalmente o cuando lo hacen sus dependientes o agentes en el ejercicio de sus funciones, actúen o no dentro de los límites de sus atribuciones” (art. 1^f del CRG y del CAII). La responsabilidad solidaria de quien cede el uso de la aeronave por un plazo inferior a quince días ha sido suprimida, estableciéndose expresamente que de la responsabilidad regulada por dichos Convenio se excluye al propietario, arrendador o financista que retiene el dominio o es titular de la garantía de una aeronave si no tienen consideración del operador, al igual que a sus dependientes o agentes (art. 13 CRG). En el caso del CAII esta exclusión se extiende además al fabricante de la aeronave que

²⁰³⁸ Traducción propia de la versión inglesa del CR de 1952, art. 3.

²⁰³⁹ Art.3 CR.

²⁰⁴⁰ Con más detención sobre el concepto de autorización o licencia, Marcos GÓMEZ PUENTE, “La licencia de transporte aéreo”; *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pp. 183 y ss.

²⁰⁴¹ « <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R2027:ES:HTML>» (fc: 09.08.2012).

²⁰⁴² « <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992R2407:ES:HTML>» (fc: 09.08.2012).

probó que había cumplido con los requisitos obligatorios referentes al diseño de la aeronave, sus motores o sus componentes (art. 27 CAII). Y, por último, ambos convenios eliminaron la presunción que otorgaba el estatus del operador y responsable de los daños causados al propietario inscrito en el registro de matrícula.

3.4 Régimen de la responsabilidad.

Constituye la base del sistema de la responsabilidad civil por daños causados a terceros en la navegación aérea el citado ya art. 120 de la LNA que introduce en la materia que rige el principio de la responsabilidad objetiva, fundado en la teoría del riesgo. De esta manera precepto prescinde de cualquier género de culpa del explotador u operador aéreo, siendo suficiente para apreciarse su responsabilidad la prueba del daño y del nexo causal entre éste y la actividad que dichos sujetos llevan a cabo. Ya en esta época, sin embargo, no faltan voces que, subrayando el progreso técnico conseguido en la aviación así como la eliminación práctica del riesgo específico inherente a esta actividad se pronuncian en contra de la imposición de la responsabilidad objetiva en el marco de la responsabilidad extracontractual en el Derecho aéreo. Así se apunta, por lo general, a las doctrinas francesa y anglosajona que, al criticar el *staus quo* existente en la materia comentada, no dudan en calificarlo de “palo de ciego” o de “monstruosidad jurídica”²⁰⁴³. En lo que a los Estados Unidos se refiere, ya en el año 1943 la *Commission on Uniform States Laws* retiró *Uniform Aeronatics Act* cuya influencia hizo que unos 24 Estados implementaron casi absoluta responsabilidad por los daños causados por la aeronave a la persona y a la propiedad en la superficie. En consecuencia, un número considerable de los Estados implementó en su territorio en la materia comentada la responsabilidad por culpa. Este cambio legislativo, originado por la mejora en los estándares de seguridad de los transportistas aéreos, rápido ha sido acogido también por la jurisprudencia norteamericana. Este fue el caso del *Boyd v. White*²⁰⁴⁴ del año 1954 en el que el Tribunal declaró que según la corriente reciente se establece que como regla general una aeronave pilotada por un piloto competente con el cuidado razonable no constituye un instrumento inherentemente peligroso por lo que en

²⁰⁴³ José BONET CORREA, *La responsabilidad en el Derecho aéreo*, Junta de Estudios Económicos Jurídicos y Sociales, Valladolid, 1963, pág. 203.

²⁰⁴⁴ 276 P. 2d 92 (Cal. 1954). Véase también Ch. VOLK, “Case note: *Boyd v. White*, 276 P. 2d 92 (Cal. 1954) Torts- liability of aircraft owners”, *U. Pitt. L. Rev.* núm. 16, 1954-1955, pp. 291 y ss.

ausencia de una ley se aplican usuales reglas de la responsabilidad por culpa y el propietario o el operador de una aeronave es solamente responsable de las lesiones causadas al otro cuando este daño proviene de un defecto del avión o de su operaciones negligentes²⁰⁴⁵. La mejora en los índices de los accidentes aéreos causó no solamente cambio de la tendencia en lo que al régimen de la responsabilidad se refiere, sino además dificultó la imposición del estándar de diligencia más alto, exigible de los transportistas aéreos²⁰⁴⁶. Teniendo en cuenta circunstancias descritas con anterioridad, uno no puede catalogar de sorprendente la posición que tomó los Estados Unidos en la *Conference on Private International Air Law* que llevó a la promulgación del Convenio de Roma de 1952. País este abogó entonces por la eliminación del casi absoluto régimen de la responsabilidad previsto por el Convenio de Roma de 1933 y su sustitución por el principio de la responsabilidad con presunción de la culpa. La mayoría de los países que participaron en los trabajos preparatorios, sin embargo, no compartió este punto de vista, adoptándose finalmente el sistema de la responsabilidad objetiva con limitadas causas de exoneración²⁰⁴⁷. De ahí que se pueda afirmar que durante mucho tiempo la aviación en los Estados Unidos tenía consideración de la actividad anormalmente peligrosa, siendo sujeta como tal a la responsabilidad objetiva. Hoy en día, sin embargo, mayoría de los Estados incluye esta materia entre las que se rigen por la responsabilidad por culpa dada la mayor seguridad con la que se desarrolla actualmente esta actividad²⁰⁴⁸. Otro de los países que sujeta la responsabilidad del operador por los daños ocasionados a terceros en la superficie a la responsabilidad por culpa es Japón²⁰⁴⁹. En opinión de algunos autores Europa no se dio cuenta de la compleja interacción entre la técnica y social percepción de los riesgos en aviación. Conclusiones que uno podría sacar después de observar tal interacción llegaron a Europa con retraso. En consecuencia, falta de un análisis desarrollado en esta materia contribuyó a que el Convenio de Roma de 1952 fracasó en facilitar un sistema equilibrado que podría estar

²⁰⁴⁵ Opinión de P.J. PETERES en el caso *Boyd v. White* 128 Cal. App. 2d 641 disponible en <http://law.justia.com/cases/california/calapp2d/128/641.html> (fc: 16.05.2014).

²⁰⁴⁶ George LELONDAS, *Risk and Liability in Air Law*, Informa, London, 2009, pág. 161.

²⁰⁴⁷ George LELONDAS, *Risk and Liability in Air Law*, Informa, London, 2009, pp. 160-162.

²⁰⁴⁸ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 151. Gary T. SCHWARTZ, "Unites States", *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 354.

²⁰⁴⁹ Alejandro PIERA, "El proyecto de la OACI sobre la modernización del Convenio de Roma: algunas reflexiones", *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 1, 2008, pág.236. A pesar de ello, Japón fue uno de los países que con más convicción abogaba por un sistema de la responsabilidad objetiva del operador por los daños causados como consecuencia de un acto terrorista en el marco de los trabajos preparatorios que llevaron a la elaboración del CAII:

aceptado en todo el mundo, basándose en la anacrónica interpretación de la socio-técnica realidad aérea²⁰⁵⁰.

El art. 120 de la LNA está ubicado en el Capítulo XIII en la rúbrica “De la responsabilidad en caso de accidente” que regula conjuntamente la responsabilidad derivada del contrato de transporte aéreo y la de carácter extracontractual. La normativa, por una parte, constituye una novedad respecto del anterior *status quo* que se mantenía en la materia antes de la entrada en vigor de la LNA de 1960, y que aplicaba el régimen general de la responsabilidad extracontractual previsto en el Código Civil, así como se aleja de la regulación prevista en el mismo ámbito por el Convenio de Varsovia y en la mayoría de las legislaciones nacionales vigentes al tiempo de su entrada en vigor. Por otra parte, la LAN está en línea con el Convenio de Roma y con el sistema predominante en otros Códigos aeronáuticos. A este efecto, el único Ordenamiento jurídico europeo en el que no rige el sistema de la responsabilidad objetiva en caso de los daños causados por las aeronaves a terceros en la superficie terrestre es el holandés. El Convenio de Roma nunca ha sido ratificado por los Países Bajos por lo que los daños descritos se rigen por el régimen general de la responsabilidad por culpa (art. 6:162 BW). La aplicación de la responsabilidad objetiva por las cosas muebles defectuosas está explícitamente excluida en este caso por la secc. 3 del art. 6:173 BW²⁰⁵¹. Se puede afirmar, sin embargo, que la inclusión de la responsabilidad aérea en el régimen general de la responsabilidad por culpa más que consecuencia de una convicción fundamental, constituye un estado temporal previo a la anunciada regulación de este tipo de la responsabilidad en el Libro Octavo del BW²⁰⁵².

En cuanto a los Proyectos de Convenios internacionales en materia de los daños a terceros estos fueron elaborados teniendo en cuenta tales problemáticas como protección de la víctima y la situación emergida en casos de los catástrofes derivados de los ataques terroristas con uso de las aeronaves en el curso de un vuelo internacional o nacional. En los trabajos preparatorios se tomó como referencia sobre todo al Convenio de Montreal. De ahí, el art. 3 del Convenio por daños a terceros introduce el sistema de responsabilidad en el Convenio de Montreal llamado “de doble estrato” o *two-tier liability*. Según éste en un primer nivel la responsabilidad es objetiva con la única

²⁰⁵⁰ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág.163-164.

²⁰⁵¹ Edgar DU PERRON/Willem VAN BOOM, “The Netherlands”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhar Koch/Helmut Koziol (ed.), The Hague, London/New York, 2002, pág. 240.

²⁰⁵² Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europe*, *op. cit.*, pág. 170.

posibilidad de exonerarse de ella en caso de la culpa de la víctima, total o parcial²⁰⁵³. En esta escala la responsabilidad es limitada por aeronave y suceso y en función de peso de ésta y expresada en Derechos Especiales de Giro (DEG)(art. 4 del CRG). En lo que al peso se refiere, se tiene en cuenta la masa máxima de despegue de la aeronave involucrada en el accidente (art. 4.1 CRG) o mayor masa, si en el accidente están implicadas dos aeronaves del mismo operador (art.4.2 CRG). El *rationale* de tal regulación responde a la idea de que las aeronaves que pesan más suelen tener potencial de causar daños de mayor gravedad, lo que en la realidad no siempre tiene que ser cierto. A este efecto, la doctrina apuntó, por ejemplo, a los casos de una aeronave ligera que cae sobre una superficie muy poblada²⁰⁵⁴. En un segundo tramo la responsabilidad, que aquí se configura como ilimitada, se presume²⁰⁵⁵, estableciéndose que los límites mencionados con anterioridad se aplicarán solamente si el operador prueba que los daños no se debieron a su negligencia u otra acción u omisión indebida o de sus dependientes o agentes, o de otra persona (art. 4.3 del CRG). Aparte, el Convenio abre la posibilidad de pagos adelantados, la revisión de sus límites e impone la obligación de mantener un seguro o garantía suficiente para cubrir la eventual responsabilidad civil adjudicada en su base²⁰⁵⁶. El Convenio, según su Reppporteur, configura la responsabilidad del operador como objetiva. Se opta por una unilateral asignación del riesgo que recae, de forma casi exclusiva, sobre el operador dadas escasas posibilidades de su exoneración de la responsabilidad: el operador tendría que probar que la víctima actuó de forma temeraria, sabiendo que su actuar u omisión causaría el daño. Con esto se quiere decir que la prueba de la negligencia de la víctima no es suficiente. Además, la víctima, para romper los límites establecidos en el Convenio, no necesita probar que el operador actuó de forma temeraria o deliberada; regulación que estaba prevista en el Convenio de Roma de 1952²⁰⁵⁷. No obstante, según una parte de la doctrina, la posibilidad de limitar la responsabilidad del operador sólo en caso de falta de su culpa recoloca esta causa de exoneración la cual puede estar utilizada sólo en el segundo

²⁰⁵³ Art. 8 del Convenio.

²⁰⁵⁴ María Jesús GUERRERO LEBRÓN, “La evolución del régimen de responsabilidad extracontractual del transportista aéreo: apuntes sobre los nuevos convenios por riesgos generales y por actos de interferencia ilícita que involucren a aeronaves”, *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 3, 2009, pp. 49-50.

²⁰⁵⁵ Algunos autores configuran esta responsabilidad como responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba. Véase George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 192.

²⁰⁵⁶ Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Cizur Menor, 2008, pp.1402-1404.

²⁰⁵⁷ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pp. 191-192.

tramo al primer tramo, convirtiendo el régimen de la responsabilidad previsto por el CRG en el sistema de la responsabilidad por culpa presunta con la inversión de la carga de la prueba: el operador está sujeto a la responsabilidad ilimitada a no ser que pruebe que no actuó de forma negligente o que el accidente fue causado de forma exclusiva por la culpa de otra persona²⁰⁵⁸. Una parte de la doctrina española configura el régimen de la responsabilidad establecido por el CRG como el que introduce responsabilidad *cuasi*-objetiva sometida a límites indemnizatorios, en un primer estrato, y subjetiva sin límites en el segundo²⁰⁵⁹. Al entender de la autora de este trabajo, sin embargo, se trata más bien con la responsabilidad objetiva en el primer tramo (el operador aéreo responde hasta el límite establecido a pesar de que no existía ninguna culpa por su parte en la producción de daños) y con la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba en el segundo. Los reparos que señalaban que tal regulación perjudicaba a las víctimas en la superficie, siendo injusta entre otras razones porque la protección otorgada a éstas era menor que la que se preveía para los pasajeros, a pesar de que los terceros en la superficie no estaban vinculados contractualmente con el operador, fueron remediados con el argumento que sostenía que las consecuencias prácticas de la aplicación del régimen de la responsabilidad introducido por el CRG eran las mismas que las que se desprendían del Convenio de Roma. Se subrayó lo difícil que sería para los operadores demostrar la concurrencia de la causa que permite limitar su responsabilidad al primer tramo establecido por el CRG, causa que se basa en la diligencia de éste, dada la tendencia actual de los tribunales domésticos de establecer el estándar de conducta exigible a niveles muy altos. Similares dificultades probatorias rodean al hecho de que el accidente se debió únicamente a la conducta de un tercero, por ejemplo de un fabricante o suministrador de otro servicio o producto. El uso de la aeronave significa la implicación del operador en el accidente y se traduce en que los tribunales con mucha probabilidad establezcan algún grado de su culpa²⁰⁶⁰.

Otro de los Proyectos del Convenio, por actos de interferencia ilícita, en el que se incluyen los daños irrogados a causa de acciones terroristas y resto de actos de interferencia ilícita, al igual que el primero que toma como ejemplo el CM, introduce un sistema de doble sustrato, muy semejante al aquí comentado. Así, el operador

²⁰⁵⁸ Michael MILDE, "Liability for damage caused by aircraft on the surface- past and current efforts to unify the law", *ZLW*, núm. 57(4), 2008, pág. 556.

²⁰⁵⁹ Así María Jesús GUERRERO LEBRÓN, "La evolución del régimen de responsabilidad extracontractual del transportista aéreo: apuntes sobre los nuevos convenios por riesgos generales y por actos de interferencia ilícita que involucren a aeronaves", *op. cit.*, pág. 49.

²⁰⁶⁰ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pp. 192-193.

responderá en el primer tramo de forma casi absoluta²⁰⁶¹ y limitada, estableciéndose los límites por suceso y en función de la masa máxima de despegue de la aeronave implicada en el accidente, o de la de mayor peso en caso de que hubiesen varias aeronaves operadas por el mismo operador (art.4 del CAII). Para los daños que exceden los límites establecidos en el primer sustrato, el CAII suministra una compensación adicional en forma de segundo tramo que cubrirá hasta 3 .000.000.000 de DEG pagados por un Fondo Internacional (art. 18 del CAII). El Fondo Internacional constituirá una organización independiente a cuyo cargo estará un Secretariado presidido por un Director, supervisado por la Conferencia de Partes cuyos miembros serán las Partes que ratifiquen el Convenio (art.11 del CAII). Los fondos manejados por el Fondo Internacional provendrán de las cuotas pagadas por los pasajeros y exportadores en el aeropuerto de salida de la Parte Contratante y serán recaudadas por los operadores que las remitirán al Fondo Internacional (art. 12 del CAII). Y finalmente, cuando el daño acaecido excede el máximo establecido en el segundo tramo, las víctimas pueden “romper” los límites establecidos por el COII, probando que el operador o sus empleados contribuyeron a que ocurriera el suceso mediante una acción u omisión cometida con intención de causar el daño o temerariamente y a sabiendas de que probablemente causaría el daño (art. 23.2 CAII). En dicho caso será el operador el responsable de pagar una indemnización adicional. En caso de que fuese un empleado el que contribuyese a la producción de daño, el operador se puede liberar de la responsabilidad demostrando que en la selección y supervisión del personal ha mediado un sistema adecuado (art. 23.3 CAII). A esta regulación se añade un presunción a favor del operador aéreo en virtud de la cual se presumirá que éste no ha actuado temerariamente si prueba que se ha establecido y aplicado un sistema para asegurar el cumplimiento de los requisitos de seguridad especificados de conformidad con el Anexo 17 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional y el cumplimiento de la ley del Estado Parte en el que radica la oficina principal del operador o, en el caso de que tal oficina no existiese, en el lugar de su residencia permanente (art. 23.4 CAII).

²⁰⁶¹ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, op. cit., pág. 199.

3.5 Causas de exoneración.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el art. 120 LNA impone la responsabilidad en “cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito”. La interpretación literal del citado artículo induce a que la responsabilidad dimanante de él tiene carácter de la responsabilidad absoluta, sin posibilidad de exoneración incluso en los casos de fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima. Según el art. 6(1) del Convenio de Roma, en cambio,

“La persona que sería responsable según este Convenio, estará exenta de responsabilidad si prueba que los daños fueron causados únicamente por culpa de la persona que los sufra o de sus dependientes. Si la persona responsable prueba que los daños han sido causados en parte por culpa de la persona que los sufra o de sus dependientes, la indemnización se reducirá en la medida en que tal culpa ha contribuido a los daños. Sin embargo, no habrá lugar a exención o reducción si, en caso de culpa de sus dependientes, la persona que sufra los daños prueba que actuaron fuera de los límites de sus atribuciones.”

Así las cosas, respecto a las normativas elaboradas a nivel internacional en la misma materia, como Convenio de Roma, de Varsovia y de Montreal, que contemplan la culpa exclusiva de la víctima como una de las causas de exoneración, la LNA parece destacar como la regulación más estricta de todas las mencionadas. En este sentido se acerca a otras normativas que rigen en el sector de la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas, como energía nuclear o aeronáutica espacial²⁰⁶². Como una de las posibles razones que pudiese justificar este *status quo* se podría señalar el hecho de que incluso durante los trabajos preparatorios que llevaron a la elaboración del Convenio de Roma en el año 1952 era evidente que la concurrencia de la culpa de la víctima no podía conseguir una asignación significativa de riesgos dado que los terceros en la superficie, como regla general, no tienen posibilidad ninguna de influir en las operaciones de la aeronave. Si la normativa al final incluía esta causa de exoneración era solamente para dar una falsa sensación de equilibrio que, de no estar mantenido,

²⁰⁶² Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea*, op. cit., pág. 83.

perjudicaría al Convenio²⁰⁶³. A pesar de ello, falta de un precepto específico que regulase los efectos de la culpa de la víctima con relación a la responsabilidad por daños causados a viajeros o a terceros resulta sorprendente e incomprensible para una parte de la doctrina española²⁰⁶⁴. En España tal regulación preveía la propia Ley de Bases. La contienen normativas de los países de nuestro entorno como por ejemplo el art. 141-2 del *Code de l'aviation civile*²⁰⁶⁵ en el Derecho francés. La culpa concurrente de la víctima reduce también su derecho a la indemnización o lo excluye totalmente en casos muy graves en el Derecho inglés, austriaco y suizo²⁰⁶⁶. En el Derecho portugués el propietario u operador de la aeronave está completamente liberado de la responsabilidad cuando los daños tienen su causa exclusiva en la conducta de la víctima²⁰⁶⁷. Es por ello, supuestamente, que por su inclusión al margen de la LNA y dentro del marco del derecho general, a través de la aplicación analógica ex art. 108 de la LNA, aboga una parte de la doctrina española²⁰⁶⁸. Se trataría con la culpa de la víctima, por ejemplo, en el supuesto en el que los espectadores de vuelos acrobáticos no se encontrasen en los recintos habilitados al efecto o cuando alguien irrumpiese en las zonas de aterrizaje o despegue de las aeronaves²⁰⁶⁹. La aportación causal del perjudicado ha de ser jurídicamente relevante o valorable²⁰⁷⁰. Finalmente, existe una fuerte corriente entre la doctrina española que aboga por la inclusión de la concurrencia de la culpa de la víctima entre las causas de exoneración de la responsabilidad civil en la navegación aérea²⁰⁷¹.

²⁰⁶³ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, op. cit., pág. 172.

²⁰⁶⁴ Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea*, op. cit., pág. 84.

²⁰⁶⁵ « <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074234>» (fc: 09.08.2012).

²⁰⁶⁶ Alemania: §34 LuftVG y §254 del BGB, el Reino Unido: secc. 76(2) del Civil Aviation Act 1982, Austria: §161 de la LuftFG y §1304 del ABGB, Suiza: Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, op. cit., pág. 275.

²⁰⁶⁷ Art. 12 (2) del Decreto Lei n.º 321/89, disponible en <http://www.dre.pt/pdf1s%5C1989%5C09%5C22100%5C42644268.pdf> (fc:07.05.2014).

²⁰⁶⁸ Así Ignacio QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños en los pasajeros*, Salamanca, 1977, pp. 202-208, María Jesús MONFORT FERRERO, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transportista por los equipajes”, *AJA*, núm. 423, enero 2000, pág. 4, Manuel BOTANA AGRA, *La ilimitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/1997*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2000, pp. 66-67. María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, 2003, pp. 282-283

²⁰⁶⁹ Lo último sucede en el caso de la STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) (JUR 2005, 142999) en la que una persona se acerca a un helicóptero con el motor en ralentí cuyas aspas producen su muerte.

²⁰⁷⁰ STS de 25-09-2007 (RJ 2007, 8615). Véase también comentario al caso por Fernando PEÑA LÓPEZ, Comentario a la Sentencia de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8615), *CCJC* núm. 77/2008, pp. 733-746.

²⁰⁷¹ Desde el punto de vista de la responsabilidad contractual así, M^a Jesús MONFORT FERRERO, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transportista por los equipajes”, *AJA*, núm. 423, 23 de enero de 2000, pág. 4, Ignacio QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 202-208,

En cuanto a la fuerza mayor, la regulación española se alinea con los códigos nacionales en la misma materia, italiano (*Codice della Navigazione*²⁰⁷²) y francés (*Code de l'Aviation Civile*)²⁰⁷³ excluyendo la fuerza mayor de las causas de exoneración de la responsabilidad *ex art.* 120 de la LNA, pero es más estricta que el Convenio de Roma de 1952 en cuyo marco se desarrolló que, aparte de la ya mencionada culpa exclusiva de la víctima, incluye entre los no indemnizables “los daños que sean consecuencia directa de conflictos armados o disturbios civiles”. También en el Convenio de Roma de 1952, sin embargo, la mencionada causa de exoneración no viene acompañada por *force majeure* cuya inclusión en la normativa fue explícitamente rechazada por los autores del Convenio dado que la mayoría de los 41 Estados participantes en la encuesta organizada antes de su promulgación no la incluía entre las causas de exoneración en sus leyes nacionales²⁰⁷⁴.

En lo que a Europa se refiere, todas las leyes nacionales europeas que regulan la responsabilidad aérea por los daños a los terceros en la superficie prescinden de la fuerza mayor y del caso fortuito como causa de exoneración en este tipo de accidentes. Hay veces que este *satus quo* tiene su fundamento en la exclusión explícita, otras veces la fuerza mayor no está simplemente mencionada en el catálogo de las causas de exoneración previsto por la ley²⁰⁷⁵.

Ahora bien, surgió el problema de cómo definir la fuerza mayor dentro del ámbito de la responsabilidad aérea con tal de determinar cuáles de los supuestos no van a exonerar al transportista u operador de la responsabilidad. El problema estriba en que lo que ha de constituir el mismo concepto no siempre es entendido de la misma manera. Así las cosas, mientras *Act of God* concierne solamente acontecimientos de la naturaleza, como es bien sabido, de los artículos 1905 y 1908.3 se deduce que la fuerza mayor es un acontecimiento externo al círculo de actuación del agente, que reúne las notas de imprevisibilidad y de inevitabilidad, con lo que teóricamente debería incluir también guerras, tumultos, actos terroristas y otros eventos no naturales pero que

Francisco SÁNCHEZ GAMBORRINO, “El sistema de responsabilidad objetiva de la Ley de Navegación aérea y su posible extensión a los transportes por todas las vías”, *RDM*, 1960, pág. 148, María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, 2003, pág. 282.

²⁰⁷² <http://www.fog.it/legislaz/cn-indice.htm>» (fc: 09.08.2012).

²⁰⁷³ Jean Pierre TOSSI, “Transport aérien. Application, en mati'ere aérienne, des regles du droit común de la responsabilité civile”, *Juris- Classeurs, Responsabilit  civile et assurances*, arts 1382 à 1386, Fasc. 460-5, n. 18 en lo que la regulación italiana respecta Elda TURCO BULGHERINI, “Responsabilit  per danni a terzi sulla superficie”, estrato dal *Digesto IV* ed., vol. XII Com rciale, Torino, 1996, pp. 407 y ss.

²⁰⁷⁴ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 172.

²⁰⁷⁵ Véase, en este sentido,  33 (1) LuftVG alemana, secc. 76(2) del Civil Aviation Act 1982 inglés, art. 141-2(2) del Code de l'aviation civile francés,  148 de la LuftFG austriaca, art. 64 (1) de la LFG suiza.

también son imposible de evitar. De ahí que no constituya causa de exoneración un fallo técnico que provoca la caída de un avión, al igual que no lo es la rotura de la escopeta del cazador en caso de su responsabilidad, fallo del mecanismo del automóvil en la responsabilidad civil del conductor, ni fallo de instalación en caso de daños nucleares²⁰⁷⁶. Sorprendentemente, no lo será tampoco un desastre meteorológico como una fuerte turbulencia²⁰⁷⁷, una espesa niebla, un huracán o un rayo que quizá en otras circunstancias o en otra clase de responsabilidad lo sería²⁰⁷⁸. Tales supuestos constituyen llamados “riesgos del aire” o “riesgos típicos del tráfico aéreo” (*LuftverkehrsGesetz*) que como el propio nombre indica no son inusuales para este tipo de actividad. Elaborados por la doctrina alemana parecen ubicarse dentro de los conceptos desarrollados por la LNA. Una excepción, en este sentido, constituye el Derecho portugués de acuerdo con el que la responsabilidad objetiva aeronáutica debería estar excluida en caso de los daños causados por los terremotos, otros eventos sísmicos o parecidas catástrofes naturales²⁰⁷⁹.

En cambio, no constituyen riesgos típicos de la aviación un conflicto armado, un atentado terrorista o daños de origen nuclear que como tales, según una parte de la doctrina española, deberían tener consideración de fuerza mayor a efectos del Derecho aeronáutico²⁰⁸⁰. Estos supuestos cobran una especial importancia después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 no sólo en cuanto a la probabilidad de su repetición sino también en lo que a la magnitud del daño se refiere. Así, antes de que se elaborasen los dos Convenios de la ICAO en el año 2009: el Convenio sobre riesgos generales y el Convenio sobre Actos de Interferencia Ilícita, su inclusión dentro de las causas de exoneración de la responsabilidad civil en la navegación aérea a nivel nacional, a falta de una regulación expresa, esgrimían algunos autores de la doctrina española como un postulado *ex lege ferenda*, de conformidad con la normativa internacional sobre daños a terceros producidos por las aeronaves²⁰⁸¹. Sin embargo, en lo que a los actos terrorista

²⁰⁷⁶ LuíS DíEZ PICAZO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 605-606.

²⁰⁷⁷ Véase, por ejemplo, STS de 28-05-2007 (RJ 2007, 3131).

²⁰⁷⁸ SAP de Almería de 31-03-2000 (AC 2000, 2862) en la que caso fortuito no exoneró de la responsabilidad objetiva impuesto por el art. 120 LNA en un supuesto de accidente de helicóptero provocado por las turbulencias en la zona en cuya consecuencia el aparato perdió el control y choco contra una montaña. La resolución ha sido casada por la STS de 28-05-2007 (RJ 2007, 3131) pero no en lo que interesa aquí, es decir, caso fortuito y la responsabilidad de la empresa H. SA.

²⁰⁷⁹ Art. 13(1) del Decreto Lei n.º 321/89 portugues, disponible en <http://www.dre.pt/pdf1s%5C1989%5C09%5C22100%5C42644268.pdf> (fc:07.05.2014).

²⁰⁸⁰ En este sentido, por ejemplo, María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, pág. 282, n. 338.

²⁰⁸¹ Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*.

se refiere, se ha de mencionar a este efecto que ya el Convenio de Roma de 1952 establecía en su art. 4 que

“Si una persona usa una aeronave sin el Consentimiento de la que tenga derecho al control de su navegación, esta última, si no prueba que tomó las medidas debidas para evitar tal uso, es solidariamente responsable con el usuario ilegítimo de los daños reparables según el art. 1º, cada uno de ellos en las condiciones y límites de responsabilidad previstos en este Convenio.”

Esta provisión fue pensada precisamente para los casos de toma de control de la aeronave por los terroristas organizada por ellos para promover sus objetivos a través de la producción intencional de daños en la superficie. Teniendo en cuenta que los resultados conseguidos a través de la aplicación de dicho artículo después del eventual accidente serían seguramente muy distintos de los que se desprenden de la redacción del mencionado precepto (el operador tendría que soportar los riesgos de una ilícita interferencia con la aeronave y responder por los daños ocasionados a terceros a pesar de haber ejercitado toda la diligencia exigible porque, como es imaginable, dada su responsabilidad solidaria, le sería imposible recuperar cualquier daño de un terrorista individual u organización terrorista), la regulación fue denominada por algunos autores como otro eufemismo introducido para conseguir casi absoluta responsabilidad del operador aéreo²⁰⁸². La misma razón, es decir, la de no eliminar la responsabilidad de los operadores en el caso de la eventual futura amenaza terrorista llevó a los autores del Convenio de Roma de 1952 a excluir de forma explícita los daños resultantes de la conducta culposa de un tercero de causas de exoneración incluidas en la normativa²⁰⁸³.

Los atentados del 11 de septiembre han evidenciado la necesidad de una regulación a nivel internacional que se posicionase al respecto. A este efecto, a nivel europeo primero se aprobó el Reglamento (CE) no 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos²⁰⁸⁴, modificado posteriormente por el Reglamento (UE) No 285/2010 de la

Dykinson, Madrid, 2003, pág.89.

²⁰⁸² George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 173.

²⁰⁸³ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pp. 172-173.

²⁰⁸⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:138:0001:0006:ES:PDF> (fc:

Comisión de 6 de abril de 2010, obligatorio para todos los Estados Miembros de la actual Unión Europea²⁰⁸⁵. Dicho Reglamento cambia tímidamente respecto a la redacción original incluida en la Propuesta del Parlamento y Consejo Europeo de 24 de septiembre de 2002 que introdujo una discutible e incoherente, parecería, regulación en la materia. Así, mientras en la Propuesta, por una parte, la Comisión en la Exposición de Motivos (apartado 15) afirmaba que no existen razones para que se imponga sobre las compañías aéreas la responsabilidad objetiva por los daños a terceros en el ámbito de los riesgos relacionados con actos de guerra o de terrorismo, al art. 7 de dicha Propuesta, por otra, excluía tal supuesto de las causas de exoneración estableciendo que el seguro cubrirá todos los daños causados a terceros por una aeronave en vuelo o en tierra o por una persona u objeto que caiga de ésta si el daño se debe a “un acto de guerra, secuestro sabotaje, terrorismo, disturbios sociales o laborales que tengan por objeto perturbar la explotación de la aeronave ...”²⁰⁸⁶. En el texto definitivo del Reglamento desaparece la constatación hecha por la Comisión en la Exposición de Motivos. Al mismo tiempo, los supuestos asegurables y, por eso, excluidos de las causas de exoneración se ven limitados solamente a “guerra o terrorismo”²⁰⁸⁷. De esta manera, el reglamento está en línea con el Convenio por actos de interferencia ilícita que acoge como principio la responsabilidad por actos terroristas en materia de navegación aérea, así como la obligación de asegurar los riesgos que de ellos derivan en cualquier supuesto²⁰⁸⁸.

Ahora bien, diferentes Ordenamientos jurídicos europeos distinguen entre dos situaciones distintas en lo que a los actos de terrorismo se refiere. Primero comprende la situación en la que los terroristas secuestran un avión y lo convierten en una bomba volante. Los terroristas tienen como objetivo estrellar el avión, chocando con un objeto concreto en la superficie causando los daños a terceros (este fue caso del 11 de septiembre de 2001). En Suiza estos supuestos fueron denominados “un viaje negro” (*Swarzfahrt*). Otro tipo del accidente aéreo con intervención terrorista es aquel que concierne un caso en el que los terroristas ponen una bomba al bordo de un avión en

09.08.2012).

²⁰⁸⁵Diario Oficial de la Unión Europea L. 87/19 de 07.04.2010 Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:087:0019:0020:ES:PDF> (fc: 26.06.2012).

²⁰⁸⁶ Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 89-90.

²⁰⁸⁷ Art. 7 del Reglamento (CE) no 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

²⁰⁸⁸ Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, *op. cit.*, pág.1413.

cuyo resultado éste se estrella causando daños a terceros en la superficie (por ejemplo, el atentado de Lockerbie²⁰⁸⁹)²⁰⁹⁰.

La cuestión que se plantea en el caso del primer de los escenarios es quién responde a base de la responsabilidad objetiva cuando la aeronave está pilotada por una persona sin autorización. Como regla general los Ordenamientos jurídicos europeos imponen la responsabilidad sin culpa sobre la persona desautorizada. Se observan divergencias, sin embargo, en lo que se refiere a la adicional responsabilidad solidaria de los lícitos poseedores u operadores de la aeronave. Según mencionado con anterioridad, en el Convenio de Roma el operador de la aeronave es responsable junto con el usuario desautorizado si en el vuelo negro medió su culpa²⁰⁹¹. Supuestos de vuelo negro han sido regulados también por los Ordenamientos alemán y austriaco. Si quien pilota la aeronave sin autorización es el empleado de la aerolínea del poseedor o la persona a quien la aeronave ha sido cedida, el poseedor responderá por el hecho ajeno²⁰⁹². En el Derecho suizo, además, destaca en estos casos diferente configuración de la responsabilidad solidaria del poseedor que responde siempre, independientemente de su culpa²⁰⁹³. No obstante, su responsabilidad encuentra el límite en la cuantía del seguro de la responsabilidad al que el poseedor está obligado por la Ley²⁰⁹⁴. El límite máximo de la garantía depende del peso de despegue de la aeronave y varía entre 0,75 y 700 millones de DEG²⁰⁹⁵.

En el segundo caso, de un atentado terrorista sobre la aeronave que, como consecuencia, causa daños en la superficie, el poseedor u operador lícito será responsable a no ser que entre causas de exoneración de acuerdo con la regulación nacional del país en cuestión se encuentre la conducta concurrente de un tercero cuya prueba le permitirá liberarse de la responsabilidad. Los Derechos alemán y francés prescinden de esta causa de exoneración²⁰⁹⁶. A este efecto, las consecuencias jurídicas de la solución escogida por estos Ordenamientos se asemejan a los que derivan del

²⁰⁸⁹ En el accidente un Boeing 747 de la aerolínea PanAm se estrelló a causa de una bomba puesta en su bordo el día 21 de diciembre de 1988. El suceso causó muerte de 259 pasajeros de la máquina y de 11 habitantes de la población escocesa Lockerbie.

²⁰⁹⁰ Christoph OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 165.

²⁰⁹¹ Art. 4 del Convenio de Roma.

²⁰⁹² §33(2) LuftVG y §149(2) LuftFG.

²⁰⁹³ Art. 65 LFG.

²⁰⁹⁴ Art. 70f. LFG.

²⁰⁹⁵ Art. 125 der Verordnung vom. 14. November 1973 über die Luftfahrt, SR 748.01.

²⁰⁹⁶ Para el Derecho alemán véase Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, op. cit., pág. 625. En lo que respecta Derecho francés vide León, Henrie y André TUNC, *Traté théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo II, 6ª ed., Paris, 1965, pág. nr. 1389.

Derecho suizo en virtud del cual el poseedor de la aeronave responde por los daños causados por los pasajeros²⁰⁹⁷. Dicha responsabilidad, sin embargo, tiene el límite en el importe del seguro de la responsabilidad impuesto sobre el poseedor, si el que puso bomba en el bordo del avión no pertenecía a la tripulación²⁰⁹⁸. Finalmente, también el Convenio de Roma impone la responsabilidad sobre el operador de la aeronave en caso de que un avión se estrelle a causa de un atentado terrorista con una bomba a bordo. Tal responsabilidad prospera incluso cuando el operador o su empleado no podían impedir que el acontecimiento dañoso se produjese²⁰⁹⁹.

Las dos causas de exoneración que liberaban de la responsabilidad al operador de la aeronave en virtud del Convenio de Roma de 1952, es decir, daños resultantes directamente del conflicto armado o de disturbios civiles han sido recogidas al final también en el CRG, a pesar de que su inclusión en esta normativa se estimó poco compatible con la responsabilidad objetiva allí establecida²¹⁰⁰.

A la vista de tal estado de cuestión, no parece sorprendente que tampoco exonera de la responsabilidad por los daños sufridos por terceros en la navegación aérea negligencia de unos de los controladores aéreos como causa directa del accidente, ya que el art. 120 de la LNA expresamente declara que dicha responsabilidad persiste “aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia²¹⁰¹”. De ahí que la actuación de una persona distinta al operador o transportista (un tercero) no les exonere total ni parcialmente de la responsabilidad.

3.6 Fundamento de la responsabilidad.

A su entrada en vigor, se esgrimían siguientes razones como los que estaban detrás de la introducción de la responsabilidad objetiva en la nueva, por entonces, Ley de Navegación Aérea:

1. La cada vez más omnipresente responsabilidad por riesgo y las modernas tendencias hacia la objetivación del principio de la culpa,

²⁰⁹⁷ Art.64(2)b LFG.

²⁰⁹⁸ Art. 70 y 71 del LFG.

²⁰⁹⁹ Isabella Herietta Philepina DIEDERICK-VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, 8ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, pág. 221.

²¹⁰⁰ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 193.

²¹⁰¹ Yolanda BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 90-91.

2. La idea de remediar a la víctima la limitación de la responsabilidad establecida a favor del transportista,
3. Muy frecuentes dificultades probatorias que acompañan a los accidentes aéreos en los que es muy usual que se desconozca las causas de los siniestros. La introducción de la responsabilidad objetiva conduce en realidad a los mismos resultados que la imposición de la presunción de culpa a favor del perjudicado, dados los problemas con los que normalmente se enfrentará el transportista para demostrar que tanto él, como sus dependientes han cumplido con las necesarias medidas de seguridad²¹⁰². La idea de que la prueba de la culpa del operador aéreo es muchas veces muy difícil y por eso los terceros- víctimas del accidente deberían estar aliviados de su carga está estrechamente relacionada con el principio de la protección de las potenciales víctimas de los accidentes que resultan en la realización del riesgo dimanante de la aviación aérea²¹⁰³. Ambos aspectos han sido debatidos durante las negociaciones sobre el Convenio de Roma en la *Conference on Private International Air Law* en Roma en septiembre/octubre del 1952²¹⁰⁴. Las dificultades probatorias jugaron también un papel importante en la justificación de la imposición de la responsabilidad objetiva por muerte y lesiones en materia del transporte aéreo, introducida por el Convenio de Montreal.
4. El hecho de que la responsabilidad limitada se podría cubrir con un seguro que, por el entonces, no representaba una carga económica excesiva y se consideraba como un gasto más inherente a la explotación del transporte²¹⁰⁵. La imposición de la responsabilidad objetiva por daños de cuyos riesgos el operador se puede asegurar constituyó también un método de la distribución de los riesgos previsibles, inherentes en las operaciones de vuelo. De esta manera, el pago de las primas de seguro está dividido, en última instancia, entre los pasajeros, subvenciones estatales y, hasta cierto punto, entre el operador. Así, según la opinión dominante, el operador está no solamente en

²¹⁰² AA VV, *Comentario a la Ley española de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960*, Ministerio del Aire, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, pág. 162.

²¹⁰³ Brigit BAUDISCH, *Die gesetzgeberischen Haftungsgründe der Gefährdungshaftung*, Shaker Verlag, Augsburg, 1998, pág. 57.

²¹⁰⁴ ICAO, Document 7379-LC/34, pág. 15.

²¹⁰⁵ AA VV, *Comentario a la Ley española de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960*, Ministerio del Aire, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, pág. 162.

la mejor posición para manejar los riesgos dimanantes del transporte aéreo, sino también para distribuir dichos riesgos entre todas las partes involucradas²¹⁰⁶. Según Harold POULTON, el Delegado que representaba Australia en los trabajos preparatorios que llevaron a la promulgación del Convenio de Roma de 1952, el Convenio no se rige por el mismo principio al que está sujeta la responsabilidad por los animales peligrosos. La normativa trata más bien de facilitar el medio para distribuir los daños que derivan de determinados riesgos previsibles, inherentes en la aviación. Dicho esto, el método más científico para conseguir este resultado era grabar con la carga de pagar la indemnización por los daños sufridos al operador que está en la mejor posición para contratar un seguro que en la última instancia está pagado por los pasajeros, subsidios gubernamentales y, hasta cierto punto, por el operador mismo²¹⁰⁷. *Loss spreading* está citado muchas veces como fundamento de la responsabilidad objetiva en la literatura sobre la revisión del Convenio Internacional de Roma sobre la responsabilidad por los daños ocasionados en la superficie a terceros y causados por la actividad aérea²¹⁰⁸.

5. A veces se mencionaba también acusada peligrosidad de las aeronaves, el hecho de que una vez producido el accidente normalmente suele serlo una catástrofe así como las circunstancias de rapidez, imprevisión y altura a que habitualmente se producen.
6. Algunas fuentes apuntan también a la no obtención por parte de las víctimas de ninguna ventaja por tales riesgos permanentes a que estaban sometidas sus vidas y bienes; hecho que no de todo consiste en una válida causa de justificación puesto que mientras los terceros no gozan de ventajas del transporte aéreo, no pudiéndose decir lo mismo sobre los pasajeros que también están sometidos al régimen de la responsabilidad objetiva (art. 120 LNA)²¹⁰⁹.

²¹⁰⁶ Michael JENNISON, "Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage by Foreign Aircraft to Third Parties, *op. cit.*, pág. 800.

²¹⁰⁷ Véase actas del Congreso ICAO 1952RC CD, vol. I, Minutes, Second meeting, pág. 15 citadas por George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law, op. cit.*, pág. 164.

²¹⁰⁸ Michael JENNISON, "Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage by Foreign Aircraft to Third Parties, *op. cit.*, pág. 800.

²¹⁰⁹ Emiliano CASADO IGLESIAS, *La responsabilidad por daños a terceros en la navegación aérea*, Universidad de Salamanca, 1965, pág. 38.

En lo que a la jurisprudencia española se refiere, según algunos *obiter dictas* en el fondo de dicha regulación se encuentra el principio *pro damnato* que como finalidad tiene la protección de las víctimas a través de los paliativos cuyo objeto es suavizar las procesales exigencias probatorias dimanantes del art. 1902 CC y 217 LEC (anteriormente 1214 CC)²¹¹⁰. Así, se declaró, la responsabilidad objetiva en caso de la navegación aérea se impone con carácter palmario²¹¹¹. Según la SAP de Sevilla de 21 de febrero de 2001 detrás de la imposición de la responsabilidad más rigurosa en caso de los daños a terceros en el sector aeronáutico está también el principio *ubi emolumentum ibi onus* de acuerdo con el que ante determinadas actividades ciertamente peligrosas, de las cuales sus autores obtienen unos beneficios, es lógico que estos respondan por los daños que produzcan²¹¹². Tal responsabilidad está limitada en los arts. 115, 116, 119 y 120 y se combina con una responsabilidad por dolo o culpa grave; supuestos recogidos en los art. 121 y 122 de la LNA, para los que no operan los límites establecidos en los arts. 117 y 119²¹¹³. Principio según el cual el que se beneficia de la actividad debería asumir el riesgo que de ella dimana se encuentra también entre los fundamentos de la responsabilidad objetiva establecida por el Convenio de Roma de 1952²¹¹⁴.

Pero quizá el más importante entre los fundamentos en los que se basa la imposición de la responsabilidad objetiva en caso de los accidentes aéreos con daños a los terceros es el riesgo. Así las cosas, la célebre resolución del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990²¹¹⁵ declaró que el art. 120 LNA, junto al art. 17 del Convenio de Varsovia establece

“aún aparte de la estricta responsabilidad objetiva, una responsabilidad por riesgo, fundada en la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados y que se desplaza sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; frente a los que el eventual perjudicado carece de estructuras o medios propios de defensa como ocurre, por ejemplo, en la navegación aérea en sus diversas facetas de

²¹¹⁰ SAP de Castellón de 01-07-1999 (AC 1999, 1552).

²¹¹¹ SAP de Madrid de 14-01-1997 (RAJ 1997, 3138).

²¹¹² (RAJ 2001, 48559).

²¹¹³ Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, Tratado de responsabilidad civil, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Cizur Menor, 2008, pág. 1403.

²¹¹⁴ Isabella Henrietta Philepina DIEDRICKS-VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, op. cit., pág. 217 y ss.

²¹¹⁵ (RJ 1990, 10282)

operaciones en tierra o en el aire. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad para quien creó esos riesgos”.

El especial peligro que dimana del mantenimiento y funcionamiento de los aparatos aéreos ha sido determinante a la hora de imponer la responsabilidad objetiva en mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos²¹¹⁶. Los riesgos dimanantes de este transporte e impuestos sobre la población civil influyeron también en la decisión de someter los accidentes aéreos al régimen de la responsabilidad sin culpa, tomada en el marco de las negociaciones que concluyeron en la creación del Convenio de Roma. Se señalaba que la aviación presentaba un fenómeno único en lo que se refiere a la no recíproca imposición del riesgo, a su no recíproca habilidad de minimizarlo y una posición singularmente favorable del operador aéreo de distribuir los daños con menor perjuicio social posible²¹¹⁷. En este sentido, volar fue considerado una actividad de alto riesgo, creador de este incluso para las personas que no participaban por completo en la explotación del tráfico aéreo²¹¹⁸. Con la misma razón (peligro dimanante de los aparatos aéreos) ha sido justificada la introducción de la responsabilidad objetiva en el Convenio de Montreal. A este efecto, a las empresas aéreas se les otorga la consideración de las entidades que están inclinadas al daño; se las percibe como una fuente potencial de daños incontables a terceros. A pesar de ello, la actividad goza de aprobación, siendo su desarrollo en interés de la sociedad. No obstante, quien expone a los demás al riesgo de producción de daños, debería soportar la responsabilidad que de este riesgo deriva²¹¹⁹.

Los riesgos que dimanan del transporte aéreo cumplen con todas premisas que permiten catalogarlos como extraordinarios. Una aeronave se mueve con mucha velocidad y tanto fuerza de tracción del avión como fuerza de atracción de la tierra pueden, en caso de accidente, llevar a consecuencias catastróficas en cuanto a daños. En la literatura se apunta también a la inevitabilidad del riesgo de producción de daños para

²¹¹⁶ Para el Derecho austriaco véase Michael AUFNER, “Das österreichische Luftfahrthaftpflichtrecht auf neuem Kurs”, *ZVR*, 2006, pág. 353, para el Derecho alemán vide Karl LARENZ/Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Teilband 2, op. cit., pág. 625, Para Derecho francés consúltense Henrie/Léon/Jean MAZEAUD, *Traté théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.II, op. cit., nr 1393 y para el Derecho suizo: Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6ª ed., Bern, 2002, pág. 267.

²¹¹⁷ Lawrence VOLD/Harry WEST/Justin WOLF, „Aircraft operator’s liability for ground damage and passenger injury”, *Neb. L. Bull.*, núm. 13, (1934-1935), pág. 384.

²¹¹⁸ Michael MILDE, *The Problems of Liabilities in International Carriage by Air. A Study in Private International Law*, Acta Universitatis Carolinae iuridica, Prague, 1963, pág. 111.

²¹¹⁸ Isabella Henrietta Philepina DIEDRICKS-VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, op. cit., pág. 217.

²¹¹⁹ Christopher OERTEL, *Objektive Haftung*, op.cit., pág. 171.

los terceros en la tierra. Un avión realiza su trayecto en el aire y no está sujeto a ningún límite de velocidad. En caso de un accidente los terceros en la tierra no están protegidos del peligro de la caída de un avión ni bajo el techo de su hogar²¹²⁰.

Ahora bien, el riesgo fue el factor que influyó en la imposición de la responsabilidad objetiva sobre todo en los principios de la aviación. La técnica era nueva y poco investigada. Era difícil valorar la defectuosidad de aviones y con esto el potencial de los daños acarreados. Este razonamiento, sin embargo, ha sido cuestionado con ocasión de la revisión del Convenio de Roma²¹²¹. A este efecto, se ha puesto de relieve que gracias al progreso tecnológico el transporte aéreo puede estar hoy catalogado como uno de los medios más seguros de transporte. Tal situación evidencia, por tanto, la posibilidad de que en la materia aquí analizada el riesgo de producción del daño esté reemplazado por otro fundamento de la imposición de la responsabilidad objetiva²¹²² o incluso que el régimen de la responsabilidad objetiva esté sustituido por el general principio de la responsabilidad por culpa. Tal fue el caso del régimen aplicable en caso de la responsabilidad por los accidentes aéreos en los Estados Unidos. Los primeros precedentes del *Common Law* norteamericano tratan la aviación como una actividad ultra peligrosa, imponiéndose, en consecuencia, sobre el operador de la aeronave responsabilidad objetiva. Uno de los primeros casos de este tipo se remonta al año 1822 cuando el Tribunal de Nueva York hizo uso de la responsabilidad sin culpa, declarando haber lugar a la responsabilidad del operador de un globo aerostático que aterrizó en un jardín de New York City, destrozando sus pasajeros la verdura que cultivaba el propietario del jardín (*Guille v. Swan*)²¹²³. Hoy en día, sin embargo, según la dominante opinión norteamericana la aviación comercial se convirtió en un medio de transporte tan omnipresente y seguro que, considerándose de uso común, pierde calificación de una actividad anormalmente o ultra peligrosa. Según los estudios elaborados en los años 50 del siglo pasado, por ejemplo, durante el año 1951 hubo 16,000,000 despliegues y aterrizajes sin que se produjese cualquier daño a la persona. Entre marzo del 1946 y marzo del 1953 en los estados Unidos tuvieron lugar solamente 6 accidentes con los daños graves a la persona en la superficie y cuatro más en los que

²¹²¹ Michael JENNISON, “Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage by Foreign Aircraft to Third Parties”, *Unif. L. Rev.*, 2005, pp. 785 y ss.

²¹²² Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 171.

²¹²³ Paul STEPHEN DEMPSEY, *Aircraft Operator: Liability for Surface Damage*, disponible en <http://www.mcgill.ca/files/iasl/ASPL636-Surface-Damage-Liability.pdf> (fc: 19.05.2014)

las personas han sido sólo lesionadas de forma leve²¹²⁴. La falta inicial de confianza en la capacidad de la industria de proteger a la propiedad y vida de los terceros en la superficie perdía fundamento. Con el paso de tiempo volar se convirtió en un medio de transporte maduro, comparable con los demás²¹²⁵ (es axiomático a este respecto que los accidentes de tráfico en los Estados Unidos se rigen por el principio de la responsabilidad por culpa). No obstante, de la regla de imponer la responsabilidad por culpa en los supuestos de los accidentes aéreos existen varias excepciones. Este será el caso, por ejemplo, de la llamada aviación anormal, es decir, aviación acrobática, experimental y estampido sónico. Se ha de subrayar también que la expuesta con anterioridad es la línea mayoritaria. Existen tribunales que aplican la responsabilidad por culpa en caso de abordajes y la responsabilidad objetiva en caso de los daños a terceros en la superficie justificando esta decisión con el principio de que la aviación es fuente de un riesgo no recíproco en lo que respecta al daño en la superficie²¹²⁶. Tal fue también la argumentación del mencionado delegado australiano Harold POULTON, presentada en las negociaciones que concluyeron en la elaboración del Convenio de Roma de 1952. Según este último, el hecho de que el transporte aéreo deje de ser percibido como una actividad anormalmente peligrosa no convierte en injustificada la aplicación de la casi absoluta responsabilidad del operador aéreo. Los accidentes en la superficie constituyen una parte de los costes relacionados con la explotación de la aerolínea en el tráfico aéreo, al igual que el desgaste y las reparaciones de la maquinaria y de las herramientas empleadas. Este argumento incluye implícito otro de acuerdo con el que las personas en la superficie no participan en los beneficios que derivan del transporte aéreo y, al no ser partícipes en la actividad, no deberían cargar con ningún riesgo inherente en volar. La idea de la asignación unilateral de los riesgos encuentra sus simpatizantes también en la doctrina extranjera. Así se señala que ésta encuentra su justificación incluso desde el punto de vista de la reparación del daño cuando una parte controla instrumentalidad del daño y otra es meramente pasiva. Esta situación se da en el caso de la responsabilidad por los daños sufridos por los terceros en la navegación aérea²¹²⁷.

²¹²⁴ G. ORR, "Is Aviation ultra hazardous?", *Ins. Counsel J.*, núm. 21, 1954, pp. 54-55.

²¹²⁵ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, Informa, London, 2009, pág. 161.

²¹²⁶ Paul STEPHEN DEMPSEY, *Aircraft Operator: Liability for Surface Damage*, disponible en <http://www.mcgill.ca/files/iasl/ASPL636-Surface-Damage-Liability.pdf> (fc: 19.05.2014)

²¹²⁷ William K. JONES, "Strict Liability for Hazardous Enterprise", *Colum. L. Rev.*, núm. 92, 1992, pág. 1751 y George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, Informa, London, 2009, pág. 165.

Finalmente hoy en día se distingue entre los riesgos de seguridad relacionados con aviación en el sentido técnico (*safety related risks*) y los riesgos de seguridad dimanantes de las interferencias ilícitas que afectan al tráfico aéreo (*security related risks*)²¹²⁸. Ahora bien, según mencionado con anterioridad, en virtud del progreso tecnológico experimentado a lo largo de las últimas décadas se percibe que la magnitud de los primeros disminuyó considerablemente, en caso de los segundos se admite su carácter impredecible y sus efectos catastróficos a la vez que se señala las limitaciones operacionales con los que se encuentran los operadores aéreos en la era post-industrial. Así, según el cada vez más común entender se trata más que con la decisión dónde alojar dichos riesgos- sobre el operador aéreo o pasajeros/público en general, con la entera administración de aquellos dado que el operador ya no tiene la consideración del actor que está en mejor posición para reducir o eliminar los riesgos intencionales creados por el ser humano. Es cierto que podría transferir las consecuencias económicas que de ellos dimanen a un asegurador, pero cada vez queda más claro que la realidad exige que dichos riesgos fueran “físicamente” transferidos a una tercera parte- por ejemplo Estado- que se encuentra en la mejor posición para soportar la responsabilidad por ciertas actividades y que podría asumir determinadas exposiciones y cargar con los daños que de ellas derivan²¹²⁹. No obstante, al prescindir del tercer tramo inicialmente establecido que preveía la socialización de riesgos a través de la cobertura de los daños por los fondos de solidaridad suministrados por los Gobiernos/Estados para el caso de desastre²¹³⁰, el Convenio sobre Terrorismo se convirtió en un esquema de distribución de riesgos entre los usuarios del transporte aéreo y operadores aéreos²¹³¹. De esta manera, se puso hincapié en que estos últimos también son víctimas de los riesgos intencionales creados por el ser humano (la aerolínea en sí no constituye el objetivo de los que están a cargo de un ataque; es un instrumento empleado para conseguir los fines perseguidos²¹³²) y se obligó a los primeros a participar en la administración de dichos riesgos²¹³³. En consecuencia, en opinión de los mismos redactores del CAII la fórmula implementada por el Convenio se asemeja más a “un esquema de compensación para las

²¹²⁸ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 178.

²¹²⁹ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 179.

²¹³⁰ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 196.

²¹³¹ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 200.

²¹³² Alejandro PIERA, “El proyecto de la OACI sobre la modernización del Convenio de Roma: algunas reflexiones”, *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 1, 2008, pág. 241.

²¹³³ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 198.

víctimas” próximo al *Risk Management* que a un sistema de la responsabilidad civil²¹³⁴. Al fin y al cabo, pues, la normativa sigue el mismo *rationale* que el Convenio de Roma de 1952, es decir, que los inocentes espectadores (terceros en la superficie) se merecen un trato mejor que los pasajeros, sin que se facilite, al mismo tiempo, una asignación unilateral de los riesgos²¹³⁵.

Dicho esto, los regímenes especiales de la responsabilidad objetiva en todos de los países europeos serán de aplicación sólo en caso de la realización del riesgo específico dimanante de la explotación de la aeronave. Tal riesgo se realiza cuando una aeronave está en explotación, siendo este concepto más o menos estrecho dependiendo del Ordenamiento jurídico europeo en cuestión. Así, el art. 64(1) de la LFG se refiere a “aeronave en el vuelo”, sect. 76(2) del Civil Aviation Act inglés habla de “vuelo, despliegue o aterrizaje, la §33(1) de la LuftVG alemana, el art. L.141-2 del Code de l’aviation civile francés y la §148(1) de la LuftFG austriaca utilizan el término “la evolución de una aeronave”. Pues bien, una aeronave está en evolución cuando está volando. No obstante, el periodo en el que puede materializarse el riesgo específico que deriva típicamente de una aeronave se extiende también al espacio temporal que abarca las maniobras de despliegue y aterrizaje en la tierra²¹³⁶.

Se ha dicho que el riesgo típico que deriva de la explotación de una aeronave se materializa en el momento en el que la aeronave se estrella causando daños corporales o materiales en la superficie o cuando tales daños han sido causados por los objetos o personas que se habían caído del aparato²¹³⁷. Ahora bien, en la doctrina se planteó la cuestión de cómo tratar los casos en los que entre la aeronave y la víctima o entre aquella y el objeto destruido o deteriorado no tiene lugar ningún contacto físico. Según el Derecho alemán y austriaco lo importante es que se hayan realizado las consecuencias específicas de materialización de este riesgo. Se dieron estas circunstancias, por ejemplo, en un supuesto en el que lo que causó los daños fue la presión del impacto de aire de un helicóptero²¹³⁸ o en un supuesto en el que el ruido

²¹³⁴ Alejandro PIERA, “El proyecto de la OACI sobre la modernización del Convenio de Roma: algunas reflexiones”, *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 1, 2008, pág. 236.

²¹³⁵ George LELOUDAS, *Risk and Liability in Air Law*, *op. cit.*, pág. 198.

²¹³⁶ Así secc. 76(2) del Civil Aviation Act, art. 64(3) del suizo LFG y el art. 1(2) del Convenio de Roma de 1952.

²¹³⁷ Véase art.1(1) del Convenio de Roma de 1952, art. 141-2(1) del Code de l’aviation civile francés y secc. 76(2) del Civil Aviation Act.

²¹³⁸ Para Derecho alemán consulte BGH27.01.1981, BGHZ 79, 259. Para el derecho austriaco véase OGH

extraordinario de un motor provocó una reacción de susto en cuya consecuencia se produjo el accidente²¹³⁹. Desde el punto de vista de la realización del riesgo específico dimanante de la explotación de una aeronave fueron analizados también los supuestos de daños causados sin colisión en la jurisprudencia belga. En una de las sentencias, por ejemplo, el Tribunal Supremo belga enjuiciaba el caso en el que de un globo de aire caliente que sobrevolaba un prado ha sido tirada la bombona. Hecho este asustó a una vaca preñada que a causa de este ocurrido perdió el ternero. El Tribunal condenó al poseedor del globo al pago de una indemnización con fundamento en el art. 1(1) frase 1ª del Convenio de Roma argumentando que entre el vuelo y el aborto espontáneo existió una relación causal directa²¹⁴⁰. Un caso parecido fue oído ante los tribunales alemanes. Se trataba con un supuesto en el que el ruido producido por un globo con motivo de un vuelo de aproximación provocó una reacción de pánico en un caballo²¹⁴¹.

4. Responsabilidad por la Circulación de Vehículos de Motor (daños a la persona).

4.1 Normativa aplicable.

Son tres tipos de normas que regulan la circulación automovilística en España: las de carácter administrativo referentes a conducción, que recogidas en una colección se podría llamar Código de Circulación, las de carácter civil que establecen normas de responsabilidad civil y las de perfil mixto que a través de un seguro de carácter obligatorio permiten la socialización de los riesgos dimanantes de los accidentes de tráfico²¹⁴². Nosotros nos centraremos sobre todo en los segundos, haciendo solamente alguna referencia a los terceros.

Poco antes de la entrada en vigor de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre sobre uso y circulación de vehículos de motor (LUCVM) se observan primeros rasgos del

30.10.1991, SZ 64/152.

²¹³⁹ BGH 01.12.1981, NJW 1982, 1046.

²¹⁴⁰ Cour d'appel Gent 18.10.1995, R.W. 1995-1996, pág. 1214.

²¹⁴¹ OLG Düsseldorf 16.03.1998, *VersR* 1999, pág. 1113.

²¹⁴² Luis SEGOVIA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por accidente de circulación*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 61.

posterior debate en la materia de los accidentes de circulación, hasta hoy en día escaso en las fuentes bibliográficas²¹⁴³.

La mencionada ley regula la responsabilidad civil, constituyendo un importante punto de inflexión en varios sentidos. Por primera vez se introduce un seguro obligatorio de la responsabilidad hasta la cuantía fijada, desdoblándose el sistema de responsabilidad en dos regímenes distintos, dependiendo del tipo del daño de que se trate: corporal o material. De ahí que a los daños a la persona se les someta a la responsabilidad objetiva mientras los daños materiales sigan sometidos al régimen general del art. 1902 CC. Con el seguro obligatorio se busca amparar al asegurado, permitiendo que se desentienda de los futuros y eventuales menoscabos producidos en caso de necesidad de reparar los daños causados, prohibiéndose la circulación a los vehículos no asegurados en la forma establecida.

La entrada en vigor de la Ley está aplazada varias veces con tal de que las correspondientes disposiciones que la desarrollan facilitasen su implantación con mayor facilidad, proporcionando una suave transición del sistema antiguo al actual. La Ley entra finalmente en vigor el día 1 de junio de 1965.

El 19 de noviembre de 1964 se publica el Decreto 3787/1964 que regula el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor. Según la Exposición de Motivos el seguro se configura como una modalidad del seguro privado que además de ser un seguro de límite responde a una fuerte finalidad social de garantizar a la víctima una indemnización mínima. No obstante, y para cumplir con la mencionada finalidad, se limita la libertad contractual de las partes, declarándose la nulidad de los pactos contrarios a lo legalmente establecido.

Medio año más tarde, el día 6 de mayo de 1965 se promulga otro Decreto 1199/1965 que adapta la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor y el Reglamento del Seguro Obligatorio al Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo²¹⁴⁴. De esta manera, se vincula la obligación de reparar el perjuicio causado impuesto por la ley solamente al daño a las personas. En lo que se refiere a la responsabilidad por daños a las cosas o por daños corporales no comprendidos en el ámbito de cobertura del seguro

²¹⁴³ A este efecto véase Rafael GAY DE MONTELLA, “El problema de la responsabilidad civil resultante de los accidentes de automóvil”, *RJC*, 1909, pág. 103 y ss., CASES, *Lesiones por automóviles*, Madrid 1932, Emilio COLOM /Federico MARIMON, *Compendio jurídico del accidente de automóvil*, 2 tomos, Bosch, Barcelona, 1933, José y Luis BELMONTE DÍAZ, *Defensa y Responsabilidad en el Accidente de Automóvil*, Barcelona, 1956 (2ª ed.), Alberto Jorge BARREIRO, “Responsabilidad sin culpa o culpa sin responsabilidad en accidentes de tráfico”, *RDEA*, 1958, pp. 308 y ss.

²¹⁴⁴ «<http://www.boe.es/boe/dias/1965/05/11/pdfs/A06726-06727.pdf>» (fc: 03.10.2012).

obligatorio, éstos han de regirse, se establece, por las disposiciones de la legislación común civil y penal.

Poco después a través del Orden Ministerial de 26 de mayo de 1965²¹⁴⁵ se regula el seguro voluntario de automóviles dirigido a cubrir, por una parte, las indemnizaciones que exceden los límites previstos por el seguro obligatorio para daños personales, y, por otra, los daños materiales resultantes de la responsabilidad del conductor o propietario del vehículo.

A continuación, siguiendo lo establecido en la Disposición Adicional 3ª de la Ley de 8 de abril de 1967 se deroga los títulos 1º y 2º de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre. El texto refundido de la misma normativa está, en consiguiente, aprobado por el Decreto 632/1968²¹⁴⁶.

En los años 70 del siglo pasado se publican varias normativas europeas en la materia relacionada, en cuya consecuencia el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio²¹⁴⁷ emprende la tarea de adaptar el mencionado Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario. Tal transferencia abarca la Directiva núm. 72/66/CEE, de 24 de abril de 1972, modificada posteriormente por la de 19 de diciembre de 1972 y por la núm. 84/5/CEE de 30 de diciembre de 1983, relativas al aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. El desarrollo de la normativa mencionada con anterioridad exige, por una parte, la adaptación de de la cobertura del actual seguro obligatorio del automóvil al ámbito territorial de los Estados miembros, exigencia que parcialmente ha sido cumplida por España en el momento de su adhesión a las Comunidades Europeas y, por otra, la suscripción obligatoria de un Seguro de Responsabilidad Civil que cubra, en los términos y con la extensión prevista en la Directiva, tanto los daños corporales como los materiales. A este efecto, se deroga el Título 1º del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo²¹⁴⁸, y el Decreto-Ley4/1965, de 22 de marzo, por el que se estableció la aplicación gradual de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre.

²¹⁴⁵ [«http://www.valenciaseguros.com/documental/legislacion/automoviles/650526_auto.pdf»](http://www.valenciaseguros.com/documental/legislacion/automoviles/650526_auto.pdf) (fc:03.10.2012).

²¹⁴⁶ [«http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454»](http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454) (fc: 03.10.2012).

²¹⁴⁷ [«http://www.judicatura.com/Legislacion/0411.pdf»](http://www.judicatura.com/Legislacion/0411.pdf) (fc: 03.10.2012).

²¹⁴⁸ [«http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454»](http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454) (fc: 03.10.2012).

Como consecuencia de la entrada en vigor del mencionado Real Decreto Legislativo 1301/1986 y de acuerdo con su Disposición Adicional otro Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, incorpora al ordenamiento jurídico español el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria que expresamente deroga el Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, el cuál aprueba el Reglamento de Seguro Obligatorio de responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor y sus modificaciones establecidas por Decreto 1199/1965, de 6 de mayo; Real Decreto 1653/1980, de 4 de julio y Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre.

La incorporación de, entre otras, la Tercera Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada del circulación de vehículos automóviles se efectúa a través de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados, que, por su parte, cambia a través de la Disposición Adicional Octava la denominación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM)²¹⁴⁹.

El día 12 de enero de 2000 mediante el Real Decreto 7/2000 ha sido aprobado el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor²¹⁵⁰; un proyecto ambicioso que, aparte de regular las cuestiones que exigen una norma de este rango pretendía integrar y clarificar la regulación del seguro de automóviles a través de la incorporación a él de los preceptos de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Tarea esta ha sido finalizada tres años más tarde con la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004²¹⁵¹, de 29 de octubre, que envistió la regulación de un texto armonizado y único que integraba todas las importantes modificaciones que a lo largo del tiempo había padecido la normativa aquí comentada.

Finalmente a 11 de julio de 2007 se promulga la Ley 21/2007²¹⁵² por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la

²¹⁴⁹ La recopilación del historial legislativo en la materia de la circulación de vehículos de motor proviene de Luis SEGOVIA LÓPEZ, *Responsabilidad Civil por accidente de Circulación*, op. cit., pp. 61-65.

²¹⁵⁰ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r2-rd7-2001.html» (fc: 03.10.20112).

²¹⁵¹ <http://www.boe.es/boe/dias/2004/11/05/pdfs/A36662-36695.pdf>» (fc:03.10.2012).

²¹⁵² <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13410>» (fc:03.10.2012).

circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que cambia de forma significativa la configuración de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor y del seguro obligatorio que la cubre. El vigente texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor constituye texto casi completo que deja poca margen para consiguientes desarrollos legislativos. Sus pequeñas deficiencias en algunos aspectos del seguro obligatorio que garantiza la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor suple el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor²¹⁵³.

4.2 Ámbito de aplicación.

La LRCSCVM en su art. 1.1 establece que “[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.” De ahí que las nociones “vehículo de motor” y “accidente” o “hecho de circulación” constituyan piezas clave en la interpretación de la expresión “con motivo de la circulación”. Como consecuencia, la intervención de un vehículo es imprescindible para que la LRCSCVM aplique. No siempre, como veremos más adelante dicha circunstancia equivaldrá a tal aplicación²¹⁵⁴.

El art. 1.4 de la LRCSCVM delega la delimitación de ambos conceptos a un futuro reglamento; solución que ha sido criticada en su tiempo por una parte de la doctrina española que señaló la falta de idoneidad de tal solución dada la relevancia de la LRCSCVM, por una parte, y el desarrollo de esta regulación mediante solamente una norma reglamentaria, por otra, sin que sea suficiente justificación la remisión del art. 1.4

²¹⁵³ http://www.dgt.es/was6/portal/contenidos/documentos/normas_legislacion/otras_normas/otrasnormas_022.pdf (fc: 03.10.2012).

²¹⁵⁴ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 159.

de la propia Ley²¹⁵⁵. El legislador, parece, no se dio cuenta de que el entonces vigente Reglamento aludía a los conceptos de “vehículo de motor” y “hecho de la circulación” en su art. 4 y 5. Dichas nociones, examinadas más adelante, son objeto de desarrollo por el nuevo Reglamento, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero.

4.2.1 El hecho de la circulación.

Para definir con propiedad la noción del “hecho de circulación” se ha de atender en primer lugar a la regla general basada en un elemento espacial de la que, en segundo lugar, habrá que excluir ciertas excepciones. Así las cosas, se consideran los “hechos de circulación” los derivados del riesgo creado por la conducción de vehículos de motor “tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”. Dicho esto, el art. 1.1 del Reglamento General de Circulación de 1992²¹⁵⁶ extendía su ámbito de aplicación a “las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común, y, en defecto de otras normas, a los de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios”.

Así delimitado, de forma muy amplia, el concepto espacial del hecho de circulación parece no concernir solamente a aquellos lugares en los que sea materialmente imposible el acceso y circulación de vehículos terrestres de motor.

Como hemos visto con anterioridad, la titularidad de la vía, pública o privada, no influye en la conceptualización del “hecho de circulación”. Una correcta interpretación de la noción exige tener en cuenta una compleja serie de factores dentro de los que uno podría mencionar el tipo de vehículo utilizado en cada caso, el tipo de actividad que según su destino éste ha de desempeñar o que está realizando y el lugar en el que acaece el hecho dañoso²¹⁵⁷. Dicha relación vehículo-lugar en que se produce el accidente está

²¹⁵⁵ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “Apuntes en torno al Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero”, *RdP* 7, 2001-2, pág. 90.

²¹⁵⁶ Véase http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-rd13-1992.tp.html#a1.(fc:16.10.2012) . El Reglamento ha sido vigente hasta 23 de enero de 2004.

²¹⁵⁷ Con más detención sobre el tema Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 160-

reflejada con visibilidad en la jurisprudencia española. Por tanto, para que un hecho entre dentro del ámbito de aplicación de la LRCSCVM se ha de evaluar no solamente el tipo de vehículo y el lugar en que se produce el accidente, sino también ha de averiguarse si tal lugar es por el que habitualmente circula el tipo de vehículo de que se trate²¹⁵⁸.

En lo que a las excepciones de esta amplia regla general se refiere, el art. 1.4 LRCSCVM establece que “[e]n todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización de vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”. Una misma regulación está contenida en el art. 3.3 del Reglamento. De las siguientes dos excepciones se puede extraer un denominador común, es decir, que el hecho de la circulación comprende un hecho que tenga su causa en el uso y circulación del vehículo y no en el de su utilización para otros fines. Es por ello que no serán hechos de circulación las pruebas deportivas y la realización por el vehículo de tareas industriales o agrícolas.

4.2.2 Vehículo de motor.

Al igual que en el caso de “hecho de circulación”, para definir “vehículo de motor” la LRCSCVM hace una vez más uso de la delegación a la regulación reglamentaria vigente en la materia. Así las cosas, el art. 2 del RRCSCVM núm. 1 dispone con carácter general que “[t]ienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semirremolques, estén o no enganchados, con exclusión de ferrocarriles, tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias.” Al precepto se refieren también los conceptos recogidos en el vigente anexo del RDLeg 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial²¹⁵⁹ (LTCVMSV) (art. 2.3). Las definiciones han sido recogidas también en el ap. A) del Anexo II del RD 2822/1998, de 23 de

162.

²¹⁵⁸ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 162.

²¹⁵⁹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg339-1990.html (fc: 22.10.2012).

diciembre²¹⁶⁰. La delimitación de este último es menos amplia que la propuesta por el Reglamento. Así se define como vehículo de motor el “[v]ehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida”. De esta manera, se exceptúa de la definición además a los vehículos especiales de motor, si comparamos tal precepto con la regulación introducida por el Reglamento.

Catalogar determinado vehículo como “vehículo de motor” equivale a que éste ha de estar asegurado obligatoriamente.

Aunque la definición suscitada líneas arriba es clara y fácil de interpretar, cuenta también con algunos casos engañosos y otros que suponen un contrasentido. Así, la exclusión del concepto de “hecho de circulación” de los incidentes derivados de la realización de tareas industriales o agrícolas por vehículos de motor especialmente destinados a ello se hace “sin perjuicio de la aplicación del apartado 1 en caso de circulación por las vías o terrenos mencionados en dicho apartado”. Con ello se quiere decir que no es la tarea que normalmente desempeñan tales vehículos, sino el hecho de si pueden circular o no por las vías enumeradas en el art. 3.1 RRCSCVM, estén o no destinadas para ello, decisivo a la hora de calificar determinado suceso como “hecho de circulación”. Por tanto, son las circunstancias mencionadas con anterioridad las que condicionan la aplicación de la LRCSCVM y de su Reglamento y no el destino principal de los vehículos, sea éste el de realizar labores industriales y/o agrícolas o no.

La LRCSCVM y el Reglamento otorgan el estatus del “vehículo de motor” independientemente de si un vehículo sea susceptible de matriculación o no. El hecho de no estar matriculado no convierte al vehículo en uno no apto para circular por vías públicas. De esta regla se exceptúan mencionados ya vehículos de competición.

El contrasentido reside en que los vehículos para poder circular por las vías públicas están requeridos a cumplir con determinados preceptos contemplados en el Reglamento General de Vehículos (RD 2822/1998, de 23 de diciembre), es decir, han de pasar por la correspondiente homologación técnica, al igual que han de concertar necesariamente una póliza SOA para ellos. No obstante, falta de habilitación legal para la circulación no hace que tales vehículos no pueden circular *de hecho* por vías públicas. Así en caso de accidente de un vehículo que circula sin estar homologado para ello, por ejemplo de una carretilla elevadora que transita por una nave, o de un vehículo que

²¹⁶⁰ «http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd2822-1998.html» (fc: 22.10.2012).

circula por vía pública con motivo de traslado de una nave industrial a otra, el daño producido en tal accidente estará cubierto por el SOA. La infracción tiene carácter administrativo y como tal dará lugar a correspondiente sanción administrativa, pero no a la exclusión de los daños de la cobertura del seguro²¹⁶¹.

4.2.3 El concepto del “accidente o hecho de circulación”.

El debate en la materia se centra alrededor de los accidentes derivados del transporte de mercancías, peligrosas o no, en los que los incidentes dañosos están cubiertos en doble sentido, tanto por el SOA, como por el seguro específico de la responsabilidad civil que cubre los daños que tienen su origen en la carga. Es precisamente en estos supuestos que habría de plantearse la respuesta a la pregunta de quién indemniza los daños producidos y si estos, a los efectos del seguro obligatorio, están cubiertos por éste.

Para que la acción de indemnización del SOA prospere se ha de tratar con un accidente de circulación. Por tanto estarán excluidos de su cobertura los daños originados exclusivamente por la acción de carga, por ejemplo, por la explosión del gas transportado. La situación se complica en el supuesto en que la causa original del incidente reside en un accidente de circulación. Tal suceso tiene una doble solución y depende de la posibilidad de delimitación de los daños que tengan causa en un acontecimiento de los que lo tienen en otro. De ahí que haya que decidir cuáles de los daños tienen su origen en el accidente en sí, es decir, cuáles de ellos se hubieran producido de no haber existido la carga, porque son los que tienen la cobertura en el SOA. Los daños imputables a la carga corren de parte de su asegurador. En caso de que dilucidar estas circunstancias no fuera posible entran en juego las reglas generales del Código Civil (art. 1138 CC) de acuerdo con las que ambos aseguradores responden de forma solidaria y en partes iguales (presunción de la división de la deuda)²¹⁶².

²¹⁶¹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 193-194.

²¹⁶² Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 219.

4.3 Sujetos responsables.

Todas las regulaciones en materia de accidentes de circulación anteriores de 1995 imponían la responsabilidad por los eventuales daños producidos en dichos incidentes sobre el conductor del vehículo causante de aquellos. Hecho este ha sido criticado con insistencia en la doctrina española²¹⁶³. La primera en romper con esta regla es la LRCSCVM/1995 que junto al conductor del vehículo hace responsable a su propietario. A este efecto, el parr. 5º del art. 1.1 LRCSCVM establece que “[e]l propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuanto esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código Civil y 22 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

El artículo constituye una clara muestra de que la responsabilidad del propietario, en vez de derivar del deber jurídico que pesa sobre él de mantener el vehículo en adecuadas condiciones de uso y seguridad, se basa en la relación que le vincula con el conductor. De ahí que tal responsabilidad sea un típico ejemplo de la responsabilidad por el hecho ajeno y por tanto, sin ser de carácter objetivo y directo, es subjetiva, por culpa. El conductor sigue siendo el principal responsable, mientras el propietario lo es en cuanto entre él y el conductor existe “alguna de las relaciones que regulan los arts. 1903 CC y 120.5 CP (el texto de 1995 menciona el art. 22 CP). El hecho de que el propietario puede exonerarse de la responsabilidad mostrando que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño hace que su responsabilidad se basa en culpa aunque sobre ésta opera la inversión de la carga de la prueba²¹⁶⁴.

El art. 1.1.V de la LRCSCVM refleja *status quo* existente en la doctrina jurisprudencial con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, que imputaba la responsabilidad al propietario no conductor aplicando vía analogía el art. 1903 CC²¹⁶⁵.

²¹⁶³ Gregorio GUIJARRO CONTRERAS, “Responsabilidad civil automovilística”, *ADC*, 1963-11, pág. 668. De forma parecida Fernando SANCHEZ CALERO, “La evolución del seguro de automóviles”, *RES* núm. 49, enero-marzo 1987, pp. 30 y ss.

²¹⁶⁴ STS de 16-10-1989 (RJ 1989, 6923).

²¹⁶⁵ Mariano MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, pp. 197 y ss., Fernando REGLERO CAMPOS, Comentario a la STS- Sala 1ª- de 23 de septiembre de 1998, *CCJC* núm. 18, septiembre-diciembre 1988, pág. 845,

Muchas veces, sin embargo, la jurisprudencia en vez de imponer la responsabilidad sobre la base de la responsabilidad subsidiaria del art. 1903, condena suscitando la responsabilidad directa del art. 1902 por *culpa in vigilando* o *eligendo* o en virtud del principio *cuius commoda, eius incommoda*.

En consecuencia de esta regulación el SOA cubre tanto los daños causados por el propietario como por el conductor del vehículo, independientemente de si éste sea su propietario o que lo sea otra persona, con la única condición de que lo conduzca con la autorización expresa o tácita de aquél. En este sentido, no constituye la condición imprescindible la que requiere que el conductor sea a la vez el tomador del seguro²¹⁶⁶. El conductor sigue también siendo el principal responsable y el único que responde objetivamente. Si son varios sujetos responsables, éstos responden solidariamente²¹⁶⁷.

Y finalmente una parte de la doctrina española aboga por incluir entre los sujetos responsables otras, que el propietario de vehículo y conductor, personas. Así, se argumenta que existen algunas situaciones posesorias, como, por ejemplo, usufructo o la adquisición con reserva de dominio, por leasing, que, sin involucrar el título de la propiedad, otorgan al poseedor el efectivo control del vehículo y que, por tanto, deberían dar lugar a la responsabilidad de aquél, antes que del titular meramente formal. Remitiéndonos al ejemplo mencionado con anterioridad, una empresa de leasing o de renting debería quedarse fuera del alcance de la responsabilidad por el hecho de que es la mera titular formal del vehículo; vehículo que, en consecuencia, se encuentra por completo fuera de su control. Esta regla encuentra una excepción. Las mismas empresas serán responsables si asumen el deber de mantenimiento del vehículo y en cuanto el accidente ocurrido tenga su causa en la falta de mantenimiento imputable a la empresa o en las deficiencias del mismo. No sucede lo mismo con las empresas de alquiler de automóviles. A dichas compañías se imputará la responsabilidad debido a que asumen riesgo que, en este caso, deriva de la propia explotación empresarial.

La responsabilidad no debe alcanzar tampoco a las empresas que adquieren automóviles para cederlos a sus empleados, con la misma salvedad señalada líneas

Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Breve reflexión sobre la responsabilidad civil extracontractual del propietario no conductor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, *La Ley*, 2000-1, D-4, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código Penal”, *RRCCS*, junio 1997, pp. 333 y ss.

²¹⁶⁶ SAP de Córdoba de 02-07-1997 (AC 1997, 1618).

²¹⁶⁷ SSTS de 18.12.1995 (RJ 1995, 9145), de 22.04.1995 (RJ 1995, 3492), de 05.07.1993 (RJ 1993, 5795), 07.05.1993 (RJ 1993, 3464), 13.02.1993 (RJ 1993, 768). De esta manera, no es imprescindible dirigirse contra todos los eventuales responsables SSTS de 22.04.1995 (RJ 1995, 3492) y 05.07.1993 (RJ 1993, 5795).

arriba. Esta regla no es, sin embargo, incondicional. La responsabilidad de dichas empresas dependerá del alcance del uso del vehículo que se otorga al empleado en cuestión. La compañía no responderá si tal uso es exclusivo. Si es mixto, la responsabilidad se le imputará si el accidente se produce mientras el empleado usa el vehículo para fines propios de la empresa. Se exonerará a ésta si el trabajador circula con motivo de sus propios fines²¹⁶⁸.

La idea de que quien ostenta el control efectivo del vehículo debe responder por los daños ocasionados por éste no es desconocida en la jurisprudencia española. Un claro ejemplo de ello constituye la STS de 30 de diciembre de 1992²¹⁶⁹. Los antecedentes de hecho versan sobre un caso en el que una empresa cede el uso de su vehículo a favor de uno de sus empleados, que, en cambio, deja el coche a su hijo que recién aprobó el examen de conducir. A causa de su inexperiencia el chico provoca un accidente en el que varias personas sufren graves lesiones. La empresa propietaria está absuelta de la responsabilidad en la última instancia en consecuencia de la casación de la sentencia de la Audiencia Provincia por el Tribunal Supremo.

El Derecho Comparado conoce y proporciona numerosos ejemplos de la figura no prevista por nuestro Código Civil. Así las cosas, el *Code des Assurances* francés habla del quien tiene la guarda del vehículo (*ayant la garde*) (art. L211-1)²¹⁷⁰. En el Derecho alemán la responsabilidad (§7.1 Straßenverkehrsgesetz)²¹⁷¹ y la obligación de aseguramiento (§1 KrfPVG)²¹⁷² recaen sobre la figura de *Halter*- persona que utiliza el

²¹⁶⁸ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 270-273.

²¹⁶⁹ (RJ 1992, 10565).

²¹⁷⁰ “*Les contrats d’assurance couvrant la responsabilité mentionnée au premier alinéa du présent article doivent également couvrir la responsabilité civile de toute personne ayant la garde ou la conduite, même non autorisée, du véhicule, à l’exception des professionnels de la réparation, de la vente et du contrôle de l’automobile, ainsi que la responsabilité civile des passagers du véhicule objet de l’assurance.*”

Las pólizas de seguros que cubran la responsabilidad mencionada en el párrafo primero del presente artículo deben cubrir también la responsabilidad de cualquier persona que tenga la guarda y custodia, aunque no esté autorizada, de vehículo, con excepción de los profesionales de la reparación, de la venta y del control del coche, así como la responsabilidad civil de los pasajeros del vehículo objeto de aseguramiento.

²¹⁷¹ “*Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeugs verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*”

Si a consecuencia del funcionamiento de un vehículo de motor una persona muere, se lesiona cuerpo o salud de una persona o se daña una propiedad, el *Halter* del vehículo está obligado a indemnizar a la parte perjudicada el daño ocasionado.

²¹⁷² “*Der Halter eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers mit regelmäßigem Standort im Inland ist verpflichtet, für sich, den Eigentümer und den Fahrer eine Haftpflichtversicherung zur Deckung der durch den Gebrauch des Fahrzeugs verursachten Personenschäden, Sachschaden und sonstigen vermögensschaden nach den folgenden Vorschriften...*”

coche por cuenta propia²¹⁷³. El concepto sustituye el original término “operador” (*Betriebsunternehmer*) propuesto inicialmente en el primer proyecto de la *Kraftfahrzeuggesetz* de 1909 que nunca entró en vigor²¹⁷⁴. El Ordenamiento italiano menciona aparte del propietario del vehículo y del conductor, al usufructuario o al adquirente con pacto de reserva de dominio (núm. 3 y 4 del art. 2054 del Codice Civile)²¹⁷⁵.

Los textos internacionales también hacen referencia al poseedor o detentador de vehículo haciéndole normalmente responsable solidario junto con el conductor. El conductor, sin embargo, puede ser responsable también de forma exclusiva. Así lo establece el Anteproyecto de Ley Uniforme sobre la responsabilidad civil de los automovilistas y sobre el seguro obligatorio que fue promocionada por el Instituto para la Unificación del Derecho. Según el art. 2.1 de la regulación bajo el término detentador se entendía la persona que tuviere el poder de utilizar el vehículo. A este efecto, al propietario, si no probase que no disponía del poder de utilizar el vehículo en el exacto instante de producción de accidente, se consideraba presunto detentador.

El Convenio Europeo de Estrasburgo de 1959, relativo al seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor impone la obligación de cubrir con seguro la responsabilidad civil del propietario, de todo conductor y de todo detentador del vehículo asegurado (*person in charge of the insured vehicle* ing.), con la excepción de aquellos que obtuvieran el control del vehículo por robo o violencia, o simplemente sin la autorización del propietario o del detentador, a no ser que ello hubiera sido posible

El titular de un vehículo de motor o remolque con un sitio regular en Alemania está obligado adquirir, para él, para el propietario y el conductor un seguro de responsabilidad civil para cubrir los daños causados por el uso del vehículo, lesiones personales, daños a la propiedad y daños u otros activos con arreglo a las siguientes disposiciones ...

²¹⁷³ Sebastian LOHSSE, “Development of Traffic Liability in Germany”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág. 94.

²¹⁷⁴ Para la primera propuesta de la Ley dirigese a Fritz MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*, Stilke, Berlin, 1938, pp. 168 y ss., Werner FULL, *Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr*, Duncker/Humbolt, Berlin/New York, 1980, pp. 92 y ss, Reinherd GREGER, *Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr*, Duncker/Humbolt, Berlin/New York, 1990, pp. 4 y ss.

²¹⁷⁵ “ 3) Il proprietario del veicolo o, in sua vece, l’usufruttuario o l’acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà. 4) In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo”.

3) El propietario del vehículo o, en su defecto, el usufructuario o el adquirente con pacto de reserva de dominio, es solidariamente responsable con el conductor, si no prueba que el uso del vehículo se hizo en contra de su voluntad. 4) En cualquier caso, las personas mencionadas en los párrafos anteriores serán responsables de los daños resultantes de defectos de construcción o falta de mantenimiento del vehículo.

por culpa de cualquiera de ellos, o cuando el conductor fuera una persona encargada de conducir el vehículo (art. 3.1 del Anexo al Convenio²¹⁷⁶).

Y finalmente, el Convenio Europeo relativo a la responsabilidad civil por daños causado por vehículos de motor de Estrasburgo de 1973, elaborado por el Consejo de Europa también considera como responsable de los daños causados por el vehículo de motor a su detentador (*keeper* ing.) (art. 4.1). A este efecto, el concepto del detentador abarca toda la persona que dispone del empleo de ese vehículo, persona que se presume el titular de la matriculación o, en defecto de ésta, su propietario. El usuario ocasional del vehículo no será considerado como disponente de empleo de éste, a menos que se haya procurado ilegalmente su uso (art. 3.1b)²¹⁷⁷.

Y finalmente, para acabar esta sección, en lo que a la responsabilidad del propietario por el incumplimiento de la obligación de asegurarse se refiere, conforme al ap.1 del art. 1 LRCSCVM:

“El propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor de los daños a las personas y en los bienes, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.”

4.4 Régimen de la responsabilidad.

Si la comparamos con la antigua LUCVM/1962, la nueva LRCSCVM que derogó el RDLeg 1301/1986 estableció cambios en las siguientes materias: se introduce mención expresa del título de imputación- “en virtud del riesgo creado por la conducción del vehículo”, la nueva, y, según una parte de la doctrina española, desafortunada mención a la “conducta” de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad²¹⁷⁸, el régimen de la responsabilidad por daños materiales, la

²¹⁷⁶ Véase texto en inglés en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/029.htm> (fc: 25.10.2012).

²¹⁷⁷ Véase el texto en inglés en <http://www.worldlii.org/int/other/treaties/COETS/1973/1.html> (fc: 25.10.2012).

²¹⁷⁸ Véase el análisis de la cuestión en Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 284-286.

unificación del criterio de imputación en cuanto a los daños corporales, la concurrencia de culpas y la responsabilidad del propietario del vehículo.

Ahora bien, en la primera redacción la LRCSCVM instauró el mismo régimen jurídico de la responsabilidad objetiva para todo el tipo del daño, independientemente de si se tratara con daños corporales o con daños materiales (art. 39 LUCVM/1962). La misma regulación se repitió en el Texto Refundido de 1968. Sin embargo, ya el Decreto-Ley 4/1965 eliminó de la cobertura del SOA los daños materiales. Este estado de cuestión se mantuvo hasta el año 1986 cuando mediante RDLeg 1301/1986, de 28 de junio y con tal de adaptar el Derecho español a las Directivas comunitarias los daños materiales vuelven a ser cubiertos por el SOA. Con la entrada en vigor del mencionado ya RDLeg 1301/1986 tiene lugar también el desdoblamiento del régimen de la responsabilidad civil en cuya consecuencia los daños corporales están sujetos a la responsabilidad objetiva (art. 1.2), mientras los daños materiales se rigen por las reglas generales del Código civil y penal (art. 1.3)²¹⁷⁹. Tal cambio tiene su origen en una iniciativa del Gobierno; iniciativa que por una parte de la doctrina española ha sido calificada de extralimitación. Se ha señalado, a este efecto, que la finalidad del legislador era adaptar el Ordenamiento español al comunitario, en lo que el legislador claramente se extendió, debiendo limitarse únicamente al restablecimiento de la cobertura de los daños materiales por el SOA. Al no ser así, y al no tratarse de una exigencia comunitaria, se vulneró las bases legislativas establecidas por las Cortes Generales²¹⁸⁰. En consiguiente, ambos textos de la LRCSCVM, tanto el del 1995 así como el del año 2004, mantienen el doble régimen de la responsabilidad en función del tipo de daño de que se trate, a la persona o material. Se ha de subrayar aquí, que el original Proyecto de la Ley de la LOSSP de 1995 introducía el mismo régimen para ambos tipos de daños²¹⁸¹ y que el desdoblamiento de la responsabilidad en la LRCSCVM es consecuencia de una enmienda presentada al Proyecto por el Grupo

²¹⁷⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 249-250.

²¹⁸⁰ Mariano MEDINA CRESPO, *El seguro obligatorio de automóviles: cuestiones básicas: principios y límites : compensación de culpas : treinta años después o la agonía de la razón*, Lerko Print, Madrid, 1994, pág. 107. Véase la crítica también en Fernando SÁNCHEZ CALERO, “La evolución del seguro de automóviles”, RES, 49, enero- marzo 1987, pág. 32 y María José MORILLAS JARILLO, “La adaptación del derecho español al ordenamiento comunitario en materia de seguros”, *CDJ (CGPJ)*, XIX. Derecho de Seguros, junio 1995, pág. 560.

²¹⁸¹ BOCG Congreso, serie A, núm. 105-1, de 3 de marzo 1995. El Anteproyecto está también publicado en núm. 1 de *Iniuria*, pp. 135 y ss.

Popular en el Congreso²¹⁸². La Ley, y más concretamente su Proyecto, justificaba la disección en dos regímenes de la responsabilidad en lo inoportuno “en las presentes circunstancias” del régimen único debido a que, según se argumentaba, con toda probabilidad incrementaría la siniestralidad, se encarecerían las primas, a lo que no podría permitirse el mercado español. Un régimen de la responsabilidad, se decía, era contrario a todas las tendencias actuales del Derecho comparado y fue duramente criticado por el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Proyecto de la Ley.

En cuanto a los daños a la persona, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existe acuerdo alguno respecto a qué tipo de la responsabilidad se trata. Hay quienes invocan para este tipo de casos la responsabilidad objetiva atenuada²¹⁸³, hay resoluciones que hablan de la responsabilidad cuasi objetiva²¹⁸⁴ o de “moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva”²¹⁸⁵ y finalmente algunos autores y tribunales entienden que se trata de la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba²¹⁸⁶. Una línea jurisprudencial minoritaria sostiene incluso que la responsabilidad por daños corporales en casos de los accidentes de circulación no es de carácter objetivo²¹⁸⁷. Según la mejor doctrina, sin embargo, la responsabilidad del art. 1.1.1 LRCSCVM (daños personales) se configura como responsabilidad sin culpa, es decir, el causante del daño es responsable sin que se le exija que en su conducta medie culpa alguna, con causas de exoneración que impiden su calificación como responsabilidad absoluta²¹⁸⁸.

²¹⁸² Enmienda núm. 290 BOCG Congreso, Serie A, núm. 105-7, de 22 de mayo 1995.

²¹⁸³ Así, por ejemplo, SSTS de 04.02.1997 (RJ 1997, 677), 28.02.1983 (RJ 19983, 1079) o de 24.06.1982 (RJ 1982, 3440), entre otras. En la doctrina utilizan esta terminología Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, “La nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor”, *Mon Jurídico*, núm. 126, marzo-abril, 1996, pág. 28, Francisco SOTO NIETO, *Responsabilidad civil derivada de accidente automovilístico (seguro de suscripción obligatoria)*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 25-33 y Jaime SANTOS BRIZ, “La compensación de culpas. Su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles”, *RDP*, vol. 72, septiembre 1988, pág. 775.

²¹⁸⁴ En este sentido, SSTS de 14.12.2006 (RJ 2006, 8231), 24.05.1996 (RJ 1996, 4009), 27.01.2005 (RJ 2005, 1828), 12.12.1997 (RJ 1997, 9336) y 02.04.1986 (RJ 1986, 1788).

²¹⁸⁵ SSTS de 11.04.1984 (RJ 1985, 2352) y 09.03.1995 (RJ 1995, 1848), entre otras.

²¹⁸⁶ A modo de ejemplo STS de 17.11.1989 (RJ 1989, 7889).

²¹⁸⁷ STS de 27.10.1989 (RJ 1989, 6968). Véase también SSTS de 21.01.1997 (RJ 1997, 253), 27.11.1995 (RJ 1995, 9803), 09.03.1995 (RJ 1995, 1848).

²¹⁸⁸ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio*, op. cit., pág. 251, Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, op. cit., pp. 59-60 y Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, “La responsabilidad obbjetiva”, en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykins, Madrid, 2007, pág. 817. Así también la STS de 12.12.2008 (RJ 2009, 527).

Y finalmente, tal y como se mencionó con anterioridad, con la nueva LRCSCVM viene la unificación del régimen de la responsabilidad por daños a las personas. Hasta este momento, se mantenía vigente la regulación introducida por el RDLeg 1301/1986 que establecía los “límites de seguro obligatorio”. De acuerdo con éstos y en lo que a los daños a la persona se refiere, regía un doble régimen de responsabilidad: la responsabilidad objetiva hasta un límite cuantitativo marcado por el SOA y la responsabilidad por culpa a partir de esta cifra. La nueva LRCSCVM trajo cambios en la materia. A partir de su entrada en vigor el conductor responde siempre, independientemente de del alcance de los daños y de si éstos están o no cubiertos por un seguro, a no ser que sobrevenga una de las causas de exoneración. Tal regulación constituye una novedad respecto de todas las anteriores regulaciones vigentes en la misma materia dado que tradicionalmente la responsabilidad objetiva se ha enmarcado dentro de los límites cuantitativos de cobertura de un seguro de responsabilidad civil, casi siempre de naturaleza obligatoria²¹⁸⁹.

En el caso de los daños materiales, como ya se señaló, la Ley remite a los arts. 1902 y ss. del CC y al art. 109 del actual Código Penal. Hecho éste que llevó inicialmente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a situar la responsabilidad del conductor del vehículo frente a terceros por este tipo de daños en la responsabilidad por culpa²¹⁹⁰. No obstante, hoy en día se puede afirmar que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que en materia de daños materiales afirman que

“De la interpretación sistemática de preceptos que se acaban de citar se infiere la necesidad de que se pruebe la culpa o negligencia por parte del conductor, si bien la referencia al principio de responsabilidad por riesgo, según una jurisprudencia inveterada de esta Sala surgida, entre otros ámbitos, en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, coporta una presunción de culpabilidad en contra del conductor del vehículo causante del daño, que puede ser destruida por prueba en contrario²¹⁹¹.”

²¹⁸⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 253-254. Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La concurrencia de causas, op. cit.*, pág. 60.

²¹⁹⁰ Así, entre otras, SSTs de 09.03.1995 (RJ 1995, 1848) y de 05.10.1994 (RJ 1994, 7453). En el grado de apelación, por ejemplo, SAP dde Girona de 10.06. 2002 (JUR 2002, 224502) y SAP de Madrid de 29.06.2007 (RJ 2007, 156281).

²¹⁹¹ STS de 16.12.2008 (RJ 2009, 1353). Así también las SSAP de Islas Baleares de 30.06.2008 (JUR 2008, 337413), de 16.07.2002 (JUR 2002, 245622) y de 18.12.2000 (JUR 2001, 95006).

La referencia que la LRCSCVM hace al factor riesgo como criterio de imputación de la responsabilidad, sin distinción alguna en caso de tipos de daños personales y materiales acaecidos en el marco de la circulación de vehículos a motor, no pasó tampoco desapercibida en la doctrina española. En la actualidad en algunos círculos doctrinales, aunque minoritarios, y a la vista de la redacción mencionada con anterioridad existe una clara tendencia de interpretar la redacción del art. 1.1 de la LRCSCVM en el sentido de que los daños materiales se rigen por la responsabilidad subjetiva “objetivada”, presumida o con inversión de la carga de la prueba²¹⁹². Algunos autores van incluso más allá, rechazando la aplicación de cualquier género de responsabilidad por culpa a dichos supuestos y asumiendo la postura según la cuál los daños materiales se rigen por el mismo sistema de responsabilidad que los daños personales, es decir, por la responsabilidad objetiva²¹⁹³. Acogerse a diferentes posicionamientos sería, en opinión de los mencionados círculos, ir en contra del espíritu y finalidad de la LRCSCVM que enmarca expresamente ambos tipos de daños dentro de la teoría del riesgo. Esta última normativa, siendo *lex specialis* frente al art. 1902 del CC, permite la aplicación del mismo sólo en cuanto no contradiga la anterior y, por lo general, sólo en aquello no expresamente regulado en ella²¹⁹⁴.

Una cuestión más se ha de abordar en esta sección; de si el sistema de la responsabilidad establecido por la LRCSCVM rige de la misma manera para todo tipo de la víctima, puesto que bajo este término se entiende en mayoría de las veces a los peatones o a los ocupantes no conductores. Dicho esto, queda la cuestión de qué es lo que sucede cuando quienes sufran los daños corporales son los conductores de los vehículos colisionados. A falta de una regulación expresa, el art. 1.1 II LRCSCVM no distingue entre los diferentes tipos de las víctimas en lo que al criterio de imputación aplicable se refiere y no regula la repartición de la reparación de daños entre ellos, la solución del asunto queda en manos de la doctrina y de la jurisprudencia, que como posibles tiene las siguientes opciones a escoger:

²¹⁹² Así parecen pronunciarse, por ejemplo, Mariano MEDINA CRESPO, “La nueva disciplina de la responsabilidad civil automovilística, BIMJ, núm. 1775, 1 de junio de 1996, pág. 2426 y Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, op. cit., pp. 151-152.

²¹⁹³ Así Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ, “La responsabilidad por daños materiales en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos a motor. Especial referencia a los daños recíprocos.”, RRCCS núm. 11, noviembre de 1997, pág. 601.

²¹⁹⁴ Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ, “La responsabilidad por daños materiales en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos a motor. Especial referencia a los daños recíprocos.”, RRCCS núm. 11, noviembre de 1997, pp. 602 y 603.

1. Cada uno de los conductores lesionados involucrados en el accidente soportará sus propios daños. Regla esta aplica de igual modo en la situación en la que no puede determinarse cuál de los vehículos fue el causante del accidente. (Solución establecida por el Código de Comercio en los arts. 827-828 referentes al abordaje de buques).
2. Cada conductor responderá en proporción al grado de culpa en la causación del accidente. Este dato será decisivo a la hora de calcular la participación de cada uno de ellos en la reparación de los daños causados a otro. Cuando no se pueda determinar el grado de culpa de cada uno de los participantes, se presume que éstos han contribuido al accidente de la misma medida [criterio de la proporcionalidad y presunción de la igualdad de culpas aplicado por el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje de Bruselas de 23 de septiembre de 1910²¹⁹⁵ (art. 4.1)]; o se determina la proporción por la potencia de los respectivos vehículos (art. 114.2 del RRCSCVM).

En lo que concierne al criterio de imputación antes mencionado, al no estar la cuestión regulada por la LRCSCVM todo conductor de vehículo colisionado debería, en principio, responder de forma objetiva (daños corporales) o cuasi-objetiva (daños materiales), si nos acogemos a las últimas tendencias jurisprudenciales y doctrinales. Antiguamente en la doctrina, o por lo menos de acuerdo con una parte de ella²¹⁹⁶, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales parecía prevalecer la opinión según la cual no solo los daños materiales, sino también los corporales en los casos aquí comentados estarían excluidos tanto del régimen de la responsabilidad objetiva como del de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba. Con ello se quiso decir que en los casos de accidentes de circulación en los que resultasen lesionados ambos conductores de los vehículos colisionados y resultase imposible determinar la contribución de cada uno al accidente sobre la base de las reglas de concurrencia de culpas, ambos principios quedaban excluidos de

²¹⁹⁵ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf (fc: 27.10.2012), pp- 131-135.

²¹⁹⁶ Así Fernando SÁNCHEZ CALERO, “La colisión de vehículos con daños recíprocos en el artículo 39 de la Ley de 1962”, *RDC*, núm. 2, enero- febrero 1964, pág. 75 y Rodrigo URÍA, Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil”, *Actas del coloquio sobre el seguro de RC en la Ley del Automóvil*, Bilbao, 1963, pág. 30.

aplicación, al encontrarse los conductores en la misma situación y anularse las consecuencias de la aplicación de la teoría del riesgo²¹⁹⁷. Dicha doctrina parece, sin embargo, estar superada por la jurisprudencia más reciente que prescinde de la “doctrina de la neutralización de las presunciones de culpa” en el caso de los daños materiales, y de la anulación del riesgo generado por un vehículo por el riesgo generado por el otro²¹⁹⁸.

En lo que al contexto europeo se refiere, en Alemania hasta la promulgación de la *Kraftfahrzeuggesetz* de 3 de mayo de 1906 la responsabilidad de los conductores de vehículos de motor estaba sujeta a las reglas generales de la responsabilidad por culpa del Código Civil (§823 BGB). Muy pronto, sin embargo, el incremento de los accidentes de tráfico en la primera década del siglo XX levantó preocupación en los círculos de los que practicaban Derecho que en el año 1902 en un encuentro celebrado anualmente abogaron por la introducción de la responsabilidad objetiva en la materia comentada. La presión ejercida por los ejercentes llevó a la erupción del primer proyecto de la Ley en el 1906 que estableció la responsabilidad objetiva en el campo de los accidentes de circulación, similar a la que se había previsto para los accidentes ferroviarios en la §1 de la *Reichshaftpflichtgesetz*, con la única causa de exoneración en la fuerza mayor. La diferencia respecto a la ley comentada reside en que el proyecto cubría además los daños materiales. No obstante, el borrador no aguantó la resistencia por parte del lobby automovilístico (la Asociación Imperial de Automóviles) que preparó un contra-proyecto en el que la responsabilidad del guardián del vehículo de motor se regía por la responsabilidad por culpa (del guardián, del conductor o por defectos en materiales) con la inversión de la carga de la prueba. El temor de que la interpretación de la *vis maior* por la jurisprudencia fuese igual de restrictiva que en caso de los accidentes ferroviarios hizo que dicho proyecto incluyó entre las causas de exoneración al caso fortuito. El gobierno adoptó dicho borrador como suyo²¹⁹⁹. No

²¹⁹⁷ Así SSTS de 06.03.1998 (RJ 1998, 1496), 17.07.1996 (RJ 1996, 5676), 17.06.1996 (RJ 1996, 5070), 29.04.1994 (RJ 1994, 2983), 28.01.1994 (RJ 1994, 574), 28.05.1990 (RJ 1990, 4089), 10.03.1987 (RJ 1987, 719), entre otras. En lo que a las Audiencias se refiere, véase SSAP de Almería de 23.01.1998 (AC 1998, 219), de Badajoz de 21.05.1998 (AC 1998, 997) y 10.09.1998 (AC 1998, 1740), y Barcelona de 06.04.1998 (AC 1998, 4552), Barcelona de 28.04.1998 (AC 1998, 4546), Barcelona de 07.09.1998 (AC 1998, 1853), Castellón de 04.05.1998 (AC 1998, 960), Córdoba de 06.07.1998 (AC 1998, 1588), Córdoba de 26.03.1998 (AC 1998, 537), A Coruña de 05.12.1997 (AC 1997, 2550), Cuenca de 28.04.1997 (AC 1997, 941), Guadalajara de 12.03.1998 (AC 1998, 3947), Jaén de 13.03.1998 (AC 1998, 663), León de 22.10.1998 (AC 1998, 2023), Toledo de 09.02.1998 (AC 1998, 336), entre otras.

²¹⁹⁸ STS de 16.12.2008 (RJ 2009, 1353), SSAP de Baleares de 30.06.2008 (JUR 2009, 337413), de 16.07.2002 (JUR 2002, 245622), 18.12.2000 (JUR 2001, 95006).

²¹⁹⁹ Sebastian LOHSSE, “Development of Traffic Liability in Germany”, *The Development of Traffic*

obstante, bajo las críticas que evidenciaban la insuficiencia de los remedios en él previstos²²⁰⁰, la responsabilidad del guardián fue extendida por encima de la culpa y los defectos en material a todos los casos en los que el accidente no había sido debido a un evento inevitable²²⁰¹. Es decir, en materia de los accidentes de tráfico en Alemania rige el principio de la responsabilidad objetiva²²⁰².

En Holanda la responsabilidad objetiva en caso de los accidentes causados por los vehículos de motor está limitada a los supuestos de daños causados a los peatones, ciclistas, dueños de los animales atados y a las autoridades de autopistas²²⁰³. Los demás supuestos, aquí la responsabilidad del conductor hacia otros vehículos de motor, sus conductores y los pasajeros se rige por el principio de la responsabilidad por culpa²²⁰⁴. El eventual responsable está exonerado de la responsabilidad objetiva en caso de la llamada *overmacht*²²⁰⁵, que ha sido traducida por la doctrina como fuerza mayor²²⁰⁶, y de la concurrencia de la culpa de la víctima²²⁰⁷. En los años noventa, Holanda concluyó un largo proceso de elaboración del nuevo régimen de la responsabilidad por los accidentes causados por los vehículos de motor presentando en el Parlamento un proyecto de la nueva Ley en la materia. La normativa, influenciada por las Leyes recién introducidas en Francia (1985) y Bélgica (1994), establecía que el poseedor o el guardián de un vehículo de motor involucrado en un accidente de tráfico era responsable de los daños causados a los peatones, ciclistas o pasajeros a no ser que dichos daños fueron causados por su comportamiento intencional o conscientemente imprudente. Entre las causas de exoneración no se preveía la fuerza mayor. El proyecto, aunque acogido muy bien por la doctrina, tropezó con falta de apoyo político en el Parlamento y al final ha sido retirado²²⁰⁸.

Liability, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 93-94.

²²⁰⁰ Georg EGGER, “Der Entwurf eines Gestezes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen“, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1908, cols. 993 y ss.

²²⁰¹ Sebastian LOHSSE, “Development of Traffic Liability in Germany”, *op. cit.*, pág. 95.

²²⁰² §7 StVG.

²²⁰³ Art. 185 del Wegenverkeerswet de 1994.

²²⁰⁴ Art. 6:162 BW.

²²⁰⁵ Art. 185.1 del Wegenverkeerswet de 1994.

²²⁰⁶ Cees VAN DAM/Gerrit VAN MAANEN, “Traffic Liability in the Netherlands”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág. 132. La definición dada al precepto por la jurisprudencia apunta, sin embargo, a que se trate más bien con el caso fortuito véase *ibidem*, pp. 137-139 y la sección referente a la fuerza mayor de este subcapítulo.

²²⁰⁷ Art. 6:101 BW. Véase la traducción al inglés de todos los preceptos citados en Wolfgang ERNST (ed.), *The Development of Traffic Liability*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 233-236.

²²⁰⁸ Cees VAN DAM/Gerrit VAN MAANEN, “Traffic Liability in the Netherlands”, *op. cit.*, pág. 135.

4.5 Causas de exoneración de la responsabilidad.

4.5.1 La culpa de la víctima.

El legislador, desde principio, es decir, antes de todas y cada una de las reformas de la Ley, decidió incluir en la LCSCVM dos solamente causas de exoneración: la culpa de la víctima y la fuerza mayor (art. 1.1 II).

Dicho esto, la regulación contiene una novedad respecto de sus antecedentes. La originaria “culpa del perjudicado” está sustituida por un nuevo concepto: “loa conducta o negligencia del perjudicado”. Cabría preguntarse si dicho cambio, llamado por algunos perturbador, constituye un mero retoque de redacción o encubre bajo su faceta intenciones más profundas. A quien le interesan divagaciones filosóficas, crítica del existente *staus quo* y eventuales respuestas a la pregunta, les dejaremos en manos del citado autor, confiándoles la lectura de su gran obra que trata sobre éste y otros temas del ámbito de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor²²⁰⁹.

Otra de las cuestiones controvertidas que devienen de la redacción de la nueva Ley es la de la equiparación de la conducta de los inimputables a la conducta de la víctima. Según el aprt. 1º.2 del Anexo a la LCSCVM, pues,

“[s]e equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo.”

Tal precepto ha sido interpretado por algunos en el sentido de que la conducta de la víctima debe situarse en la “sede adecuada de causalidad”, de forma que la conducta del inimputable, a pesar de la técnica imposibilidad de configurarla como culpable, llevará aparejada la ausencia de este elemental presupuesto o, en su caso constituirá una aportación causal²²¹⁰. Según un importante sector doctrinal tal regulación aparte de que sería inaplicable según su tenor literal por absurdo, constituirían una violación del principio de igualdad ante la Ley y, en consecuencia, debería ser declarada

²²⁰⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 284-286.

²²¹⁰ Mariano MEDINA CRESPO, *La valoración legal del daño corporal*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 182.

inconstitucional. Esta argumentación sería criticable también si lo que tuviéramos en cuenta fuera la política legislativa, puesto que deja desprovista de protección a esa parte de la sociedad a la que otras regulaciones normativas conceden un mayor amparo²²¹¹. Una considerable parte de la doctrina²²¹², opina que un sujeto puede ser declarado culpable solamente si es imputable, entendiéndose aquí culpa en un sentido técnico jurídico. En consecuencia, no toda la conducta negligente es reprochable y, como tal, resulta en que el daño acaecido pueda ser imputado a su causante. Se exige que el daño sea subjetivamente imputable. De ahí que la imputabilidad tenga dos facetas: objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista de la primera el sujeto es culpable porque objetivamente infringió el deber jurídico de no dañar a otro (*alterum non laedere*). La otra exige que el comportamiento de la persona sea merecedor de reproche, lo que se mide mediante el juicio de previsibilidad. Así que se considerará inimputable a quien no es capaz de discernir entre lo malo y lo bueno y de representarse las eventuales consecuencias de su conducta. La condición subjetiva, por tanto, radica en que el sujeto tenga la capacidad valorativa de sus propios actos o, de otra manera, en la consciencia del acto y en su libre ejecución²²¹³. A pesar de ello, la conducta de un inimputable tendrá la fuerza exoneratoria y liberará de la responsabilidad al causante del daño en cuando aquel acepte plena y conscientemente el riesgo²²¹⁴.

Remitiéndonos al Derecho Comparado, en virtud de la francesa Ley Badinter no exonerará de la responsabilidad la conducta de la víctima si ésta es menor de 16 años o mayor de 70 años o si le ha sido declarada incapacidad permanente o invalidez de al menos el 80 % (art. 3.2), a no ser que en la producción del daño intervino dolo (art.3.3). De forma parecida regula el asunto la Ley belga de 13 de abril de 1995. Según la normativa se excluye la culpa de la víctima de las causas de exoneración de la

²²¹¹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 290.

²²¹² Rodrigo URÍA, “Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil”, *op. cit.*, pág. 29, Francisco SOTO NIETO, “Adaptación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario”, *La Ley*, núm. 4, 1986, pág. 4, MARTÍ, “La responsabilidad civil automovilística en la Ley de 24 de diciembre de 1962”, *RDM*, abril- junio 1964, pág. 308, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS de 27 de enero de 1983”, *CCJC*, núm. 1, enero- marzo 1983, pp. 97 y ss.

²²¹³ Rodrigo URÍA, “Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil”, *op. cit.*, pág. 29 y MARTÍ, “La responsabilidad civil automovilística en la Ley de 24 de diciembre de 1962”, *RDM*, abril- junio 1964, pág. 308.

²²¹⁴ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 290.

responsabilidad en caso de las víctimas menores de 14 años²²¹⁵. En el BGB alemán la misma cuestión está regulada en los §§ 827 y 828. Según el segundo, la conducta de la víctima no será culpable y, por tanto, no exonerará de la responsabilidad a pesar de que objetivamente sea causa de los daños ocasionados por ésta si la víctima en el momento de producirse el daño se encontraba en el “estado de inconsciencia o de perturbación enfermiza de la aptitud mental que excluya la libre determinación de la voluntad”, con la excepción de la situación en la que tal estado sea transitorio y tenga su causa en la ingesta de bebidas alcohólicas u otros medios semejantes, salvo que en la colocación en dicho estado no mediaba su culpa. El §827 parte de un doble criterio. Primero, objetivo, de acuerdo con el cual el menor de 10 años es absolutamente inimputable y segundo, abstracto, que aplica a los menores de entre 10 y 18 años²²¹⁶. Sujeto con estas características se considerará inimputable si “no tiene el discernimiento necesario para darse cuenta de la responsabilidad²²¹⁷”.

Estos amplios privilegios otorgados a los menores de edad son fruto de las consideraciones que tienen su fundamento en la llamada psicología de desarrollo. Según ésta, los niños no tienen capacidad de reconocer los riesgos particulares dimanantes del tráfico motorizado, no pudiendo, en consecuencia adaptar su conducta a dicho riesgo. Tal situación tiene su causa en las particulares condiciones físicas de los más pequeños que les imposibilitan valorar las distancias y velocidades. Aparte de éstas, los niños poseen otras características, como, por ejemplo, impulsividad, reacciones de afecto, falta de capacidad de concentración y las llamadas actitudes de dinámica del grupo que hacen que su comportamiento se sale del marco reglamentariamente establecido para el tráfico de vehículos de motor. Estos argumentos expuestos, muy persuasivos para una parte de la doctrina extranjera, hablan a favor de la restricción de la concurrencia de la culpa de la víctima en caso de los menores de edad²²¹⁸.

²²¹⁵ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 291.

²²¹⁶ Es la Segunda Ley de modificación de las disposiciones de Derecho de daños (*Entwurf Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*) de 10 de mayo de 2002 la que hace inimputables de la responsabilidad civil por los accidentes automovilísticos y ferroviarios a los menores de 10 años. Es una novedad respecto de la regulación anterior que establecía tal límite en los 7 años. Véase Albert LAMARCA I MARQUÈS/ Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños, InDret 96*, julio 2002, http://www.indret.com/pdf/096_es.pdf (fc: 04.11.2012).

²²¹⁷ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 295.

²²¹⁸ Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa, op. cit.*, pág. 102.

Otra de las imprecisiones que resulta de la nueva redacción de la LCSCVM es la que se refiere a la “culpa o negligencia del perjudicado” en vez de remitirse a la culpa de la víctima. Desde el punto de vista jurídico las dos expresiones no tienen el mismo significado. Así, en lo que a la indemnización se refiere, ambos conceptos pueden materializarse en la misma persona si el accidente no resulta en daños mortales. Pero no tiene porque ser así. La persona del perjudicado no coincidirá con la de víctima si en un accidente ésta muere de forma instantánea y los terceros resultan directamente perjudicados por su fallecimiento. Se considerará víctima, entonces, quien sufre directamente una lesión psicofísica o un daño en su patrimonio, y perjudicados a quienes no siendo las víctimas del accidente experimentan un daño moral o patrimonial como consecuencia del mismo²²¹⁹. Dicho esto, cabría preguntarse qué es lo que tenía en mente el legislador a la hora de incluir referida expresión en la nueva ley. Se remitía al sentido literal de la palabra o bien el término fue dirigido simplemente a indicar la culpa de la víctima. En este sentido, la mayoría de la doctrina se pronunció a favor de ésta última solución²²²⁰.

Y finalmente, para que la culpa de la víctima prospere como causa de exoneración, la jurisprudencia española ha impuesto una serie de requisitos que se han de cumplir con tal de dispensar de la obligación de indemnizar al asegurador del causante del daño. Estos requisitos son los siguientes: que la única conducta culpable sea la de la víctima, irreprochabilidad de la conducta del agente, imprevisibilidad de la conducta de la víctima. Hasta el año 1995, que es cuando cambió la redacción de esta causa de exoneración, introduciéndose desde entonces la expresión “conducta o negligencia del perjudicado²²²¹”, la culpa, además, había de interpretarse en el sentido técnico-jurídico y no en la aceptación vulgar de la “causa material”. Del requisito que la culpa de la víctima sea única, total y exclusivamente originadora del daño se ha de extraer la conclusión de que una concausa en forma de la conducta de un tercero, por lo mínima que sea su intervención, es capaz de excluir esta causa de exoneración de la

²²¹⁹ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pág. 296.

²²²⁰ Vicente CUÑAT EDO, “La responsabilidad de la entidad aseguradora en el seguro obligatorio de automóviles”, *Estudios sobre delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975, pág. 99. Luis ALONSO PRIETO, “Tendencias jurisprudenciales sobre el seguro de responsabilidad civil automovilística. Aspectos procesales”, *RDC*, 1974, pág. 233, Mariano MEDINA CRESPO, “Nota de urgencia relativas a la nueva normativa del seguro obligatorio de automóviles”, *BIMJ*, núm. 1445, 5 febrero 1987, pág. 307. En contra, Jesús Nicolás MARTÍ, “La responsabilidad civil automovilística en la Ley de 24 de diciembre de 1962”, *RDM*, abril- junio 1964, pág. 308.

²²²¹ Par. 2 del art. 1,1 de la LRCSCVM.

responsabilidad²²²². Sin embargo, se han registrado casos en los que, a pesar de que la conducta de la víctima no era la causa culpable del daño, su magnitud era tal que absorbía por completo una culpa leve del eventual responsable del daño²²²³.

La irreprochabilidad de la conducta del agente significa que para que la culpa de la víctima prospere como causa de exoneración la conducta del agente ha de caracterizarse por máxima pericia y diligencia en la conducción del vehículo²²²⁴, debiendo haber efectuado éste todas las maniobras necesarias para evitar o aminorar el daño, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Así las cosas, la jurisprudencia repite con reiteración una fórmula de acuerdo con la que el comportamiento del agente no solamente tiene que estar de acuerdo con las prescripciones reglamentarias, sino que “ha de acomodarse a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar, a más del sector del tráfico o de la vida social en la que tal conducta se proyecte²²²⁵”.

Con el requisito de imprevisibilidad de la conducta de la víctima se quiere decir que existen algunas conductas de éstas, especialmente si los peatones lesionados han sido niños o personas de tercera edad que, aunque culposas, podrían haber sido fácilmente previstas por el conductor del vehículo. Tales conductas no le exonerarán de la responsabilidad²²²⁶.

Y, por último, el sentido técnico jurídico de la culpa exigía, como se ha mencionado con anterioridad, que la conducta de la víctima le fuera imputable subjetivamente. Eso no sucedía con toda certeza en caso de los niños o dementes materialmente causantes del daño. Más dudosos eran los casos de ciego, sordo, minusválido o anciano que requieran una valoración estimativa de las concretas circunstancias del caso²²²⁷. En el año 1995, sin embargo, la regla 1.2 del anexo a la Ley 30/1995 estableció que se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo²²²⁸. El precepto deja claro que a partir de entonces las víctimas

²²²² SAP de Vitoria de 23-09-1985.

²²²³ STS de 06-10-1981 (RJ 1981, 3585).

²²²⁴ SSTS de 20-02-1970 (RJ 1970, 938), 17-06-1970 (RJ 1970, 3116), 13-02-1973 (RJ 1973, 3203), 17-11-1973 (RJ 1973, 4228), 05-03-1976 (RJ 1976, 1172).

²²²⁵ SSTS de 23-12-1952 (RJ 1952, 2673), 30-06-1959 (RJ 1959, 2944), 05-04-1963 (RJ 1963, 1956), 09-06-1969 (RJ 1969, 3353), 08-07-1972 (RJ 1972, 3710), 13-12-1985 (RJ 1985, 6527), 08-05-1986 (RJ 1986, 2669), 22-12-1986 (RJ 1986, 7796) y 17-07-1987 (RJ 1987, 9974).

²²²⁶ Gregorio GUIJARRO CONTRERAS, “Responsabilidad civil automovilística”, *ADC*, 1963-11, pág. 672.

²²²⁷ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 298- 302.

²²²⁸ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados disponible en

inimputables, es decir, las que no son capaces de ser negligentes pueden ser la única causa del daño que han sufrido. Esta regulación ha sido muy criticada por la doctrina²²²⁹

En lo que al Derecho comparado se refiere, en Francia la admisibilidad de la concurrencia de la culpa de la víctima como causa de exoneración en caso de los accidentes de tráfico ha sido el objeto de un largo debate. A este efecto, se ha señalado que el riesgo creado por el peatón en el tráfico de vehículos de motor deriva en la mayoría de los casos de su pequeño fallo resultante de una pura imprudencia que no puede estar regulado efectivamente por el Derecho. Se ha estimado poco realista la posibilidad de conseguir los efectos preventivos en caso de las víctimas a través de la deducción de la cuantía que corresponde a la concurrencia de la culpa de dicha víctima de la indemnización perteneciente a ella²²³⁰. Otra de las razones con la que se justifica el *satus quo* existente en la actual legislación que regula dicha materia es que es el conductor él que crea el riesgo dimanante del transporte de vehículos de motor, mientras la participación del peatón en el tráfico es puramente pasiva. El peatón carece también de la protección en forma de una “coraza de acero” (*una enveloppe d’acier*) de la que goza el conductor²²³¹.

En lo que a la jurisprudencia francesa se refiere, desde el célebre caso *Desmares* de 21 de julio de 1982²²³² existían varias líneas jurisprudenciales de pronunciamientos contrarios causantes de una inseguridad jurídica que no desaparecería hasta la promulgación de la llamada *Loi Badinter* (la Ley 85/677, de 5 de julio de 1985). La Ley constituyó la culminación del mencionado debate jurídico entorno a la idea de la indemnización automática de las víctimas²²³³. El supuesto de hecho de la sentencia versaba sobre un accidente de circulación que había ocurrido porque dos peatones al intentar atravesar una carretera de cuatro carriles con tráfico intenso fueron atropellados por un automóvil. El Tribunal declaró que en este tipo de casos (basados en el art. 1384 CC) era imposible reducir la cuantía de la indemnización por los daños causados a la víctima a través de la concurrencia de su culpa argumentando que “sólo un suceso que

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r8-l30-1995.t3.html (fc: 18.04.2014).

²²²⁹ Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Development of Traffic Liability in Spain”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág. 185.

²²³⁰ André TUNC, “Compensation: Law and Proposal”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, capítulo 14, Tübingen, 1980, secc. 82.

²²³¹ Boris STRACK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Obligations. I. Responsabilité délictuelle*, 5ª ed., 1996, nr 703.

²²³² Cas. 2 Civ. 21 de Julio de 1982, D. 1982. J. 449.

²²³³ André TUNC, “Traffic Accident. Compensation”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997, pág. 461.

sea un caso de fuerza mayor exonera al guardián de la cosa, instrumento del daño, de la responsabilidad en la cual incurre por aplicación del art. 1384.1 CC (...) pues, el comportamiento de la víctima, no puede exonerarle, ni aun parcialmente si el caso no fuese imprevisible e irresistible²²³⁴.

La Ley de Badinter despejó las dudas existentes en la materia estableciendo que:

Art.3 A excepción de los conductores de vehículos terrestres a motor, los accidentados son indemnizados de los daños personales que han sufrido, sin que sea posible oponerles la propia culpa, a menos que ésta sea inexcusable y causa exclusiva del accidente.

Las víctimas mencionadas en el apartado anterior, cuando tienen menos de dieciséis años o más de setenta, o cuando, cualquiera que sea su edad, so titulares en el momento del accidente, de un título que reconozca un coeficiente de incapacidad permanente o de invalidez igual o superior a 80%, son, en todos los casos, indemnizados de los daños personales.

Sin embargo, en los casos mencionados en los dos apartados anteriores, la víctima no es indemnizada por el autor del accidente de los daños personales que ha sufrido cuando ella ha buscado voluntariamente dichos daños.

Art. 5 La culpa de la víctima limita o excluye la indemnización de los daños materiales que ella ha sufrido²²³⁵.

Pues bien, se puede decir que por lo general el Derecho francés ignora la culpa de la víctima en caso de los daños causados por los vehículos de motor en el tráfico automovilístico a no ser que dicha culpa era especialmente grave o flagrante²²³⁶. El principio general de la exclusión de la culpa de la víctima como causa concurrente del daño encuentra, por tanto, algunos límites. La indemnización se otorgará a la víctima incluso cuando ésta incidió en la producción del daño sólo en caso de los daños personales y sólo si su culpa no era voluntaria y consciente (caso de ambos: víctimas superprotegidas y ordinarias) y si no era inexcusable (caso de las víctimas ordinarias

²²³⁴ Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 79. El caso fue comentado también por Redmond-Cooper, “No-Fault Liability.

²²³⁵ Traducción por MAURIN, “Comentarios sobre la Ley francesa de 5 de julio de 1985 para el mejoramiento de la situación de las víctimas de accidentes de circulación y la aceleración del procedimiento de indemnización de los daños”, *RDC*, 1986, pp. 229-230.

²²³⁶ Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, “Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa”, *RDP*, vol. 76, febrero 1992, pág. 502.

sólo). La inexcusabilidad de la culpa de la víctima no excluye la indemnización en caso de las víctimas superprotegidas, es decir, menores de dieciséis años y mayores de setenta e incapaces permanentes e inválidos en 80 % independiente de la edad²²³⁷. En este sentido el sistema francés en la materia aquí comentada ha sido etiquetado como el que reconoce una indemnización automática a las víctimas y no como un derecho de responsabilidad²²³⁸. En cuanto a la delimitación de la “culpa inexcusable”, parece que la idea del legislador era limitar este término solamente a los excepcionales casos del “comportamiento asocial en el contexto de la circulación” de la víctima. Es por ello supuestamente, que la interpretación dada a este precepto por la jurisprudencia francesa del *Cour de Cassation* es muy restrictiva, negándose la indemnización a la víctima únicamente en los supuestos de su completa indiferencia hacia su propia seguridad²²³⁹.

La decisión de mantener finalmente esta causa de exoneración en el Derecho francés en el ámbito aquí analizado tiene su base en la preocupación de que dejar a las víctimas del tráfico exentas de cualquier responsabilidad podría erosionar el principio de imputabilidad personal²²⁴⁰.

Bélgica optó por una solución similar. Casi una década después de la entrada en vigor de la ley francesa de 1985 se aprobó la ley belga relativa a la indemnización de la víctima por accidentes de circulación, de 30 de marzo de 1994 que fue modificada con posterioridad el 19 de enero de 2001 (el llamado Código de seguro obligatorio de la responsabilidad). Según dicha ley toda la víctima, con excepción del conductor y pasajeros, estará indemnizada por los daños personales causados en un accidente de circulación a no ser que dicho accidente tenga la única causa en su culpa inexcusable. De acuerdo con el tenor literal del art. 29 bis “es únicamente inexcusable la culpa voluntaria de excepcional gravedad, que expone sin razón válida a su autor a un peligro del cual debería haber tenido conciencia.”²²⁴¹

²²³⁷ Yves SAINT-JOURS, “De la garantie des victimes d’accidents corporels par les générateurs des risques, Recueil Dalloz, núm. 20, 27 de mayo de 1999, pág. 121, Geneviève VINEY, “Responsabilité civile”, *La Semaine Juridique*, núm. 24, Juris-Classeur, Paris, 1995, pp. 273-275.

²²³⁸ G. LÉGIER, “La fault inexcusable de la victime de un accident de la circulation régi par la loi du 5 juillet 1985”, Recueil Daloz, 1986, Chronique, XV, pág. 97.

²²³⁹ Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, op. cit., pág. 81.

²²⁴⁰ Boris STRACK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5ª ed., 1996, nr 789.

²²⁴¹ Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, op. cit., pág. 83.

4.5.2 Fuerza mayor.

El art. 1.1 par. 2 de la LRCSCVM introduce, sin cambios respecto de la legislación anterior, como segunda causa de exoneración la fuerza mayor, exigiéndose que ésta sea extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo y precisándose que no serán considerados como tal “los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”. Por tanto, una estricta interpretación de dicha regulación conlleva de por sí que el agente responderá por los daños ocasionados si éstos tienen su causa en el caso fortuito; no tanto, sin embargo, si en la producción del daño media una fuerza mayor. Tal situación requiere una definición y delimitación de los conceptos. Como hemos dicho con anterioridad, “no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”. Así las cosas, el precepto alude con claridad al hecho interno, configurando la excepción de forma abierta, es decir, introduciendo más que un *numerus clausus* una enumeración ejemplificativa que señala los casos más comunes de imputación no culpable. La expresión “extraña a la circulación o funcionamiento del vehículo” se refiere a conceptos genéricos. De ahí que la causa haya de ser extraña a la circulación de vehículos de motor en general. Así, la calificación de un suceso como fuerza mayor exige el cumplimiento de tres condiciones básicas: 1. Que aquellos constituyan la causa última del daño, 2. Que no tengan la consideración de los riesgos típicos o inherentes a la circulación de vehículos de motor y 3. Que se caractericen por imprevisibilidad e inevitabilidad. En este sentido, se señala como fuerza mayor los actos de terrorismo, los tumultos y manifestaciones violentas, guerras, actos de terceros ajenos al fenómeno circulatorio, catástrofes etc. En todos estos casos, el daño no está relacionado de ninguna manera con el ámbito material de la Ley y la verdadera causa desencadenante no tiene su origen en el vehículo. Este último se convierte en mero instrumento del suceso que produjo el daño en realidad. Es por ello que la indemnización por este tipo de daños procede muchas veces de fondos suministrados por el Estado a base de distintas Leyes especiales como, por ejemplo, la cobertura de los daños a las víctimas del terrorismo o de los llamados “riesgos extraordinarios”, proveniente del CCS [art. 3a) y 4 del Reglamento CCS²²⁴²]²²⁴³.

²²⁴² Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las personas y los bienes, Aprobado por el Real Decreto 2022/1986, de 29 de agosto (BOE nº 235, de 1 de octubre de 1986), desarrollado por la Orden Ministerial de 28 de noviembre de 1986 (BOE nº 298, de 13 de diciembre de 1986), y modificado, en sus artículos 7º y 9º por el Real Decreto 354/1988, de 19 de abril (BOE nº 98, de 23 de abril de 1988); disponible en

Ilustrativa de esta definición es la SAP de Castellón de 4 de marzo de 2004²²⁴⁴ que declara lo que sigue:

“ ... La fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo que se articula como causa de oposición a la ejecución del auto de cuantía máxima dictado en un proceso penal por hechos derivados de la circulación de vehículos a motor (art. 556.3.3ª LECiv) no puede abarcar, por lo tanto debe de rechazarse, cuando, por los medios humanos, se hubiese podido evitar el accidente de circulación, puesto que dicha causa de oposición debe reunir como requisitos : a) una desconexión absoluta entre la conducta del conductor del vehículo que causó los daños y éstos, cuyo origen mediato reside en un hecho natural (rayo, huracán, inundación etc.) o en la conducta de un tercero, siendo necesario que se haga desaparecer la relación de causalidad entre la acción y el resultado; b) la imposibilidad absoluta de evitar el daño; y c) la exclusividad, es decir, que el daño se deba de forma exclusiva y absoluta a la fuerza mayor, considerada en los términos expuestos, de forma que aunque se aprecie su existencia, si concurre con otra motivación probada de cualquier género que sea, pierde efectividad como motivo de oposición.”

Hubo una época que abarcaba el periodo entre el Derecho romano y Exner, en la que ambos conceptos, el de la fuerza mayor y el de caso fortuito, eran utilizados de forma indistinta²²⁴⁵. Se equiparaba ambas nociones, por lo menos en cuanto a los efectos jurídicos. A partir de entonces algunos de los Ordenamientos jurídicos, entre ellos España, acogen el principio de diversificación, en función de criterios distintos, de los dos conceptos. Diferenciación esta, como hemos mencionado con anterioridad, es muy importante desde el punto de vista de la responsabilidad en la circulación de vehículos a motor puesto que es la fuerza mayor y no el caso fortuito la que exonera de ella.

<http://www.agpericial.es/informacion/ReglamentoCCS.htm> (fc: 07.11.2012).

²²⁴³ Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: Responsabilidad civil y seguro. Estudio del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, op. cit.*, pp. 303-311.

²²⁴⁴ (AC 2004, 842).

²²⁴⁵ Véase Adolf EXNER, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, Nabu Press, 2010.

Así las cosas, un buen ejemplo de la delimitación de las dos nociones se da en la SAT de Albacete, de 11 de diciembre de 1985. Según sus fundamentos de derecho:

“El art. 1 del TR de la LUCVM acoge en términos casi absolutos la teoría del riesgo , en virtud de la cual la creación de un riesgo lleva consigo el acarreo de la responsabilidad derivada de aquel, cuando establece que el conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación causa daños en las personas o en las cosas, está obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fue debido “únicamente “ a culpa o negligencia del perjudicado o a la “fuerza mayor” extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, dejando, pues, dentro de la obligación de reparar al caso fortuito, para eximir de la responsabilidad la *vis maior*, como ocurre también en otros preceptos del Código Civil, arts. 1784 y 1905 o en el art. 6 del antiguo Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 8 de octubre de 1932, y aunque en el presente caso no se haga preciso establecer la diferenciación entre el caso fortuito y la fuerza mayor, desde el momento en el que el mismo art. 1 del TR de la LUCVM, indicado, expresamente aclara que no se entenderá como casos de fuerza mayor los defectos de los vehículos ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos, para una mayor comprensión de este precepto y a mayor abundamiento, siguiendo la sentencia del TS de 30 de septiembre de 1983, señalaremos los criterios que pueden marcar la distinción entre ambas instituciones; uno subjetivo, en virtud del cual, en tanto el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse pero que previsto podría haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiere previsto habría sido inevitable (*vis cui resisti no potest*), y otro objetivo, que configura el caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa, actividad o circuito afectado por la obligación, y la fuerza mayor como el acontecimiento que se origina fuera de la actividad de la empresa o círculo del deudor; de ahí que la rotura y el fallo de los mecanismos del vehículo que origina los daños, queden integrados como caso fortuito, por ser evitables de ser previstos y por quedar dentro del título o actividad propia del obligado, y no den lugar a la exención de

responsabilidad²²⁴⁶».

En lo que se refiere a la aplicación práctica del precepto, el Tribunal Supremo acogió fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad en la circulación de vehículos de motor en muy contadas ocasiones. Así las cosas, se declaró que dispensaba de la responsabilidad la invasión de los peatones en la calzada²²⁴⁷ o la colisión con animales fuera de control que han invadido la calzada²²⁴⁸. En lo que a estos últimos eventos se refiere, en el año 2005 entró en vigor una reforma de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial²²⁴⁹ que en la disposición adicional novena introdujo una provisión sobre la responsabilidad civil en caso de los accidentes de tráfico causados por la invasión de los animales en la calzada²²⁵⁰. A partir de entonces, el conductor es responsable si se le puede imputar la infracción de las regulaciones de tráfico. Por lo contrario, el Tribunal Supremo entendió que no se trataba con fuerza mayor por no tener tal consideración los defectos del vehículo o la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos en casos de la rotura de los frenos del vehículo²²⁵¹, del reventón de un neumático en mal estado, considerando como un defecto de conservación imputable al propietario²²⁵², o de la rotura de una pieza de dirección²²⁵³. Tampoco se ha calificado como caso de fuerza mayor la existencia de un banco de niebla que ocasionó una colisión en cadena²²⁵⁴ así como de un fuerte viento reinante a cuya causa el conductor perdió el control del vehículo, colisionando contra un camión²²⁵⁵. Por lo general, los eventos naturales tales como males condiciones atmosféricas, invasión de los animales en la carretera, obstáculos imprevisibles en la carretera o insuficiente señalización de tráfico no tendrán consideración de un evento

²²⁴⁶ Parten de esta diferenciación también SSTS de 21.07.1989 (RJ 1989, 5772), 09.07.1987 (RJ 1987, 5213), 29.10.1987 (RJ 1987, 7483), 17.11.1989 (RJ 1989, 7889), 22.12.1992 (RJ 1992, 10639) y 27.10.1989 (RJ 1989, 6968), entre otras.

²²⁴⁷ 17.11.1989 (RJ 1989, 7889). Véase Fernando REGLERO CAMPOS, “Comentario a la STS de 17.11.1989, *CCJC* núm. 21, 1989, pp. 1061.1072,

²²⁴⁸ 08.02.1992 (RJ 1992, 1198).

²²⁴⁹ Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo, BOE núm. 63, de 14/03/1990.

²²⁵⁰ Ley 17/2005, de 19 de julio, BOE núm. 172, de 20/07/2005.

²²⁵¹ STS 09.07.1987 (RJ 1987, 5213).

²²⁵² SSTS de 26.03.1997 (RJ 1997, 1864), 14.06.1995 (RJ 1997, 2888) y 19.10.1988 (RJ 1988, 7588).

²²⁵³ STS de 21.07.1989 (RJ 1989, 5772).

²²⁵⁴ STS de 24.05.1997 (RJ 1997, 4323).

²²⁵⁵ Tal circunstancia se calificó de caso fortuito; véase STS de 22.12.1992 (RJ 1992, 10639).

independiente, a no ser que “interrumpan completamente el nexo causal”²²⁵⁶.

La última cuestión que queda por resolver en cuanto al alcance de la fuerza mayor es la del hecho de un tercero. A medida que la LRCSCVM guarda silencio y no enumera el hecho de un tercero entre las causas de exoneración, la jurisprudencia se ocupó del tema incluyendo esta circunstancia en el ámbito de aplicación de la fuerza mayor, como hemos visto con anterioridad.

Entre la doctrina española las opiniones están divididas. Un sector de los estudiosos de Derecho se pronuncia a favor de la aplicación de la fuerza mayor en casos del hecho de un tercero. A este efecto, si la culpa es compartida con la del conductor, habrá de limitarse la responsabilidad de éste. Si la culpa de un tercero constituye la causa única del accidente, habrá de aplicarse la causa de exoneración de fuerza mayor²²⁵⁷. Los hay quienes, por el contrario, sugieren que si el legislador hubiera querido la culpa de un tercero como causa excluyente de la responsabilidad objetiva que instaure, lo habría dispuesto de forma expresa, tal y como menciona la conducta o negligencia del perjudicado. Otra de las razones por la que, según estos autores, la obligación de indemnizar debería subsistir es la de que la ley prevea el derecho de repetición contra el tercero causante del daño²²⁵⁸.

En lo que al Derecho comparado se refiere, el legislador francés decidió excluir de las causas de exoneración tanto a fuerza mayor (*force majeure*) como a la intervención de un tercero con tal de mejorar las condiciones de compensación de las víctimas de accidentes de tráfico²²⁵⁹. Según el *Cour de Cassation* la inclusión de la

²²⁵⁶ Esther MONTERO CASADO, *Responsabilidad civil por accidentes de circulación*, *op. cit.*, pp. 292 y ss., María José MORILLA JARILLO, *El seguro del automóvil. El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 434 y ss., Francisco SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva.*, Editorial Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1972, pp. 198, 201 y ss.

²²⁵⁷ Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, 2ª ed., Aguirre, Madrid, 1983, pág. 423, Jesús Nicolás MARTÍ, “La Responsabilidad civil automovilística en la Ley de 24 diciembre 1962” *RDM*, 1964 (abril-junio), pp. 309 y ss. y Mariano MEDINA CRESPO, “Los principios normativos del seguro obligatorio y el desvanecimiento de su singularidad”, *DJ*, núm. 81, 1994, pág. 236.

²²⁵⁸ Rodrigo URÍA, “Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil”, *op. cit.*, pp. 30 y ss., Juan GÓMEZ CALERO, “La responsabilidad objetiva en la nueva Ley de automóvil”, *RDP*, enero 1965, pág. 37 y Francisco SOTO NIETO, “Causas de exoneración y de exclusión de cobertura en el seguro de suscripción obligatoria (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)”, *Noticias de la UE*, núm. 139-140, 1996, pág. 107.

²²⁵⁹ LE BUREAU CENTRAL FRANÇAIS/ LA FÉDÉRATION FRANÇAISE DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES/ LE FONDS DE GARANTIE AUTOMOBILE/ LE GROUPEMENT DES ENTREPRISES MUTUELLES D'ASSURANCES, “Franch La won Compensation for Road Traffic Accidents”, disponible en http://www.bcf.asso.fr/system/files/Guide_indemnisation_EN_octobre_2008_1.pdf (fc: 13.03.2014). Véase también Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, pág. 137.

fuerza mayor y de la conducta concurrente de un tercero entre las causas de exoneración dentro del marco de la general responsabilidad extracontractual acerca el régimen de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa. La supresión de ambas causas de exoneración venía motivada también por otra razón. El Alto Tribunal francés optó por poner fin a la inseguridad jurídica, generada en esta materia por la jurisprudencia que se ha convertido en muy compleja, confusa y apenas previsible²²⁶⁰.

La solución adoptada por el Ordenamiento jurídico francés no es aislada. Se inspira en ella el Derecho belga que también la aplica, aunque solamente de forma limitada. Así las cosas, la completa exclusión de las causas de exoneración en forma de la fuerza mayor o acontecimiento inevitable ha sido introducida en caso de la responsabilidad por los accidentes de tráfico solamente en el marco de daños a la persona cubiertos por el seguro. Los accidentes de tráfico no gozan de una legislación específica en Bélgica, estando sujetos, en consecuencia, a las normas generales de la responsabilidad por culpa (art. 1382 y ss del Código Civil belga). Esta regla tiene una excepción en caso de los daños a la persona que, según el art. 29bis del Código de seguro obligatorio de la responsabilidad automovilística se rigen por el régimen de la responsabilidad objetiva. Los conductores de los vehículos de motor están excluidos de esta protección. La obligación de indemnizar en este caso recae sobre el asegurador o el Fondo de Garantía (*waarborgfonds*)²²⁶¹. Por tanto, los peatones, ciclistas y pasajeros en los vehículos de motor, es decir, los llamados usuarios de carretera débiles, verán su reclamación insatisfecha solamente en caso de un acto intencional (por ejemplo, un peatón que decide lanzarse contra el coche con tal de suicidarse)²²⁶².

En cuanto a la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito el panorama europeo se muestra dividido. Mientras en algunos de los sistemas europeos es suficiente con que el responsable pruebe con éxito la intervención en el accidente de un acontecimiento inevitable²²⁶³, otros exigen la concurrencia de fuerza mayor²²⁶⁴. Pero incluso allí donde el caso fortuito se encuentra entre las causas de exoneración no existe

²²⁶⁰ Boris STARCK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5ª ed., Paris, 1996, nr 784 y ss.

²²⁶¹ «<http://www.fevr.org/new/wp-content/uploads/2009/09/Microsoft-Word-BELGIUM.pdf>» (fc: 16.03.2014). Véase también Herman COUSY/Dimitri DROSHOUT, “Belgium”, *Unification of Tort Law: strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/New York/London, 2002, pp. 50-51.

²²⁶² Holger BACKU, “Indemnity law in Germany, Belgium and the Netherlands”, disponible en «http://intra.intereuropeag.com/download/konferenz3_regional/backu_vortrag_eng.pdf» (fc: 16.03.2014).

²²⁶³ Éste es el *status quo* existente en Italia y Austria.

²²⁶⁴ Así, por ejemplo, el Derecho alemán, griego, holandés, polaco, portugués, español y suizo.

acuerdo sobre qué es lo que se entiende bajo tal acontecimiento²²⁶⁵. La semejanza de estos conceptos hizo que en numerosas ocasiones se haya cuestionado la necesidad de diferenciación entre ambas causas de exoneración²²⁶⁶. La cuestión no es baladí si tenemos en cuenta que de la elección de uno u otro enfoque depende el resultado que puede ser diferente en circunstancias particulares. En el Derecho alemán en la materia de la responsabilidad civil en el transporte tal diferenciación se considera no solamente posible sino además necesaria. A este efecto, en el año 2002 la Segunda Ley por la que se modifica la legislación en materia de reparación de daños (*Zweite Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*) ha eliminado de las causas de exoneración en el marco de la responsabilidad por los accidentes en la circulación a vehículo de motor el caso fortuito que ha sido reemplazo por la fuerza mayor²²⁶⁷. Este cambio ha sido motivado por la intención de otorgar una mayor protección a los participantes no motorizados del tráfico, especialmente a los niños, ancianos u otras personas necesitadas. Se señaló que frente a estas personas la exoneración del responsable a causa de la consideración de todas las circunstancias de cuidado disponibles lleva a resultados insatisfactorios (para que caso fortuito operase como la causa de exoneración se exigía que la persona que conducía el vehículo en cuestión probase que había prestado toda la diligencia debida en la situación en cuestión, es decir, que incluso un conductor ideal, con el máximo cuidado, atención, lucidez y prudencia, no podía haber evitado el accidente²²⁶⁸. En lo que al comportamiento de otros usuarios de la carretera o peatones se refiere, la regla se traducía en que el guardián del vehículo de motor tenía que tener en cuenta cada comportamiento imprudente de éstos, pudiendo liberarse de la responsabilidad en base del caso fortuito solamente cuando, teniendo en cuenta dicho comportamiento, había actuado para evitar cualquier accidente resultante de él, siendo su reacción comparable a la de un conductor perfecto²²⁶⁹. Insatisfactorio, en este sentido, podría ser, por ejemplo, el caso de un niño desprovisto de indemnización en caso de que su comportamiento, objetivamente indebido en el tráfico, fuese percibido como un acontecimiento inevitable²²⁷⁰. Esta

²²⁶⁵ Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 99.

²²⁶⁶ Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, II, C.H. Beck, München, 1999, nr 318 y ss.

²²⁶⁷ Vergleiche das Zweite Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002, BGBl, núm. 50, 2002, pág. 2674, disponible en <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XBCBGI0250.pdf> (fc: 16.03.2014)

²²⁶⁸ Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, "Germany", op. cit., pág. 163.

²²⁶⁹ Sebastian LOHSSE, „Development of Traffic Liability in Germany”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 100-101.

²²⁷⁰ Ernst VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung. Vortrag gehalten vor der Berliner*

situación se daría en el supuesto en el que el accidente tuvo lugar porque un niño se había introducido en la carretera de forma inesperada, sin haber sido visible para el conductor porque, por ejemplo, había estado entre dos coches aparcados²²⁷¹. A partir de la reforma de 2002 el hecho de que los niños se introdujeron en la carretera, a pesar de que tal comportamiento podía haber sido imprevisible en las circunstancias del caso, no puede estar catalogado dentro de ninguna de las causas de exoneración, pues tal acontecimiento no constituye fuerza mayor por no ser excepcional²²⁷². Por otra parte, desde el punto de vista dogmático dicha decisión tiene su justificación también en el hecho de que la imposición de la responsabilidad objetiva encuentra su fundamento en la realización del peligro que dimana de la explotación del vehículo de motor. Por tanto, desde la perspectiva de la víctima, es indiferente si los daños han sido causados por el defecto de vehículos de motor, por una repentina impotencia del conductor, por una desconocida mancha de aceite o por un súbito lanzamiento de piedra²²⁷³.

Con un argumento similar niega la fuerza exoneratoria al acontecimiento inevitable en materia de la responsabilidad por el transporte la literatura austriaca. Según ésta, los daños y su alcance en caso de caso fortuito dependen directamente de la velocidad con la que se mueve el vehículo de motor, siendo este último factor estrechamente vinculado con el riesgo específico dimanante de la conducción automovilística. No se puede decir, por tanto, que el acontecimiento inevitable constituye la causa única del accidente y que los daños no pueden estar atribuidos al poseedor del vehículo²²⁷⁴.

En el Derecho holandés la *overmacht*, traducida al inglés como fuerza mayor²²⁷⁵, libera al conductor si éste prueba que 1) su conducta no es reprochable legalmente, es

Juristischen Gesellschaft am 20. November 1970, Berlin/New York, 1971, pág. 21 y ss., Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesministerium der Justiz, Köln, 1981, pág. 1805, Gerda MÜLLER, „Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG“, *VersR* 1995, pág. 491, Gerhard WAGNER, „Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz“, *NJW* 2002, pág. 2061.

²²⁷¹ BGH (1985) *NJW* 1950, OLG Karlsruhe (1984) *DAR* 19, OLG Köln (1980), *Versicherungsrecht* 338, OLG Hamm (1993), *Versicherungsrecht* 711.

²²⁷² Adalbert KUNSCHERT, „Haftung des Kraftfahrzeughalters und Führers“, *Der Haftpflichtprozess* Reinhard GEIGEL (ed.), 24 ed., Beck, München, 2004, pág. 882.

²²⁷³ Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2 ed., Köln/Berlin, 1996, nr 697, Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesministerium der Justiz, Köln, 1981, pág. 1805.

²²⁷⁴ Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band II, 2ª ed., Wien, 1984, pág. 545 y ss.

²²⁷⁵ Cees VAN DAM/ Gerit VAN MAANEN, „Traffic Liability in Netherlands“, *op. cit.*, pp. 132.

decir, que cumple con el estándar de un conductor perfecto, y 2) que el accidente fue debido solamente a la culpa de otra persona (incluida la culpa de la víctima) y que la conducta de dicha persona era tan improbable que el conductor, considerando las cosas de forma razonable, no podía tenerla en cuenta mientras conducía. En la práctica la jurisprudencia interpreta este estándar de forma muy estricta. Se requiere que el conductor tenga en consideración que mencionadas otras personas (en el marco de los accidentes de tráfico peatones y ciclistas) cometen errores, incluso si éstos son muy improbables. En la práctica esto se traduce en que el conductor ha de prever la violación de las normas de tráfico por parte de los peatones y ciclistas como, por ejemplo, saltar el semáforo en rojo, cambiar de dirección sin indicar, cruzar la carretera sin mirar o montar la bicicleta sin luces. Así las cosas, el *Hoge Raad*²²⁷⁶ declaró que el conductor de ciclomotor tenía que anticipar que los peatones en una carretera para ciclomotores y ciclistas pueden moverse de lado²²⁷⁷. Según el mismo tribunal, el conductor está obligado también a prever que los peatones pueden de repente cruzar la carretera en frente de su coche²²⁷⁸. En algunos supuestos, sin embargo, los conductores consiguieron liberarse de la responsabilidad con éxito, alegando la fuerza mayor. Este fue el caso de un conductor de autobús que chocó con un ciclista que saltó un semáforo en rojo. El autobús circulaba con poca velocidad y el conductor vio al ciclista en el último momento²²⁷⁹²²⁸⁰. Finalmente, a esta estricta interpretación a partir de los años noventa del siglo pasado se sumaron otras restricciones en la aplicación de la fuerza mayor, desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés. Así las cosas, la *overmacht* y la concurrencia de la culpa de la víctima han sido virtualmente prohibidas en caso de los menores que tengan menos que catorce años, a no ser que han actuado de forma intencional (la llamada regla 100%)²²⁸¹. En caso de que la víctima tenga catorce o más años, la *force majeure* puede estar invocada por el conductor solamente si, desde el punto de vista jurídico, éste no merece ningún reproche porque el accidente se debía únicamente a la culpa de otra persona (incluida la víctima), siendo, además, el comportamiento de esta otra persona tan improbable que el conductor razonablemente

²²⁷⁶ El Tribunal Supremo holandés.

²²⁷⁷ HR de 22 de mayo de 1992, NJ (1992), 527 (ABP/Winterthur).

²²⁷⁸ HR de 24 de diciembre de 1982, NJ (1983), 443, VR (1983), 40 (Wijman/Corten).

²²⁷⁹ HR de 16 de febrero de 1996, NJ (1996), 393, VR (1996), 195 (Plomp/Ketelaar).

²²⁸⁰ Cees VAN DAM/Gerrit VAN MAANEN, "Traffic Liability in Netherlands", *op. cit.*, pág. 137-138.

²²⁸¹ HR de 2 de Junio de 1995, NJ (1997), 700, nota CJHB (Marloes de Vos). En el mismo sentido, HR de 17 de noviembre de 2000, NJ (2001), 260, nota CJHB (FBTO/Delta Lloyd).

no podía haberlo tenido en cuenta mientras conducía²²⁸². En caso de que lo que contribuye a la concurrencia de la fuerza mayor es conducta de un peatón o ciclista adulto, el Tribunal garantiza la compensación de por lo menos 50% del daño (la llamada regla 50%)²²⁸³.

4.6 Fundamento de la responsabilidad.

La LRCSCVM sienta el fundamento de la responsabilidad en ella regulada en la creación del riesgo. A este efecto, según el art. 1. “[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.”

La enmienda mencionada líneas arriba y presentada en el Congreso por el Grupo Popular al Proyecto de la Ley de la LOSSP de 1995²²⁸⁴, tuvo supuestamente como resultado indirecto un error técnico de redacción muy importante a la hora de interpretar el precepto afectado. Me refiero aquí a la expresión “riesgo creado” como criterio de imputación del art.1.1 de la LRCSCVM que la regulación emplea indistintamente a casos de ambos regímenes de responsabilidad, sin tener en cuenta que uno de ellos se basa en el criterio subjetivo de culpa (daños materiales) cuyo fundamento no reside en la idea del riesgo. Como bien observaron algunos autores nada más entrar en vigor la nueva LRCSCVM ese “lapsus lingüístico” pudo y finalmente llevó a desfigurar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que inicialmente sostenían de forma casi unánime que los daños materiales estaban sujetos al sistema subjetivo de la responsabilidad por culpa. La jurisprudencia más reciente tanto en grado de casación²²⁸⁵, como en grado de apelación²²⁸⁶ hizo uso de esta circunstancia e introdujo soluciones objetivadoras en el caso de los daños materiales producidos en el marco de la circulación vial, tal y como había previsto una parte de la doctrina española. En este sentido, antes de que se produjese el mencionado giro jurisprudencial algunos autores sostenían ya que proponer de entrada en tales casos un sistema de responsabilidad objetiva sería ir demasiado lejos, pero sin embargo no lo sería tanto

²²⁸² HR de 28 de febrero de 1992, NJ (1993), 566, nota CJHB (IZA/Vrerink).

²²⁸³ Cees VAN DAM/ Gerrit VAN MAANEN, *Traffic Liability in the Netherlands*, op. cit., pp. 139-140.

²²⁸⁴ Enmienda núm. 290 BOCG Congreso, Serie A, núm. 105-7, de 22 de mayo 1995.

²²⁸⁵ STS de 16.12.2008 (RJ 2009, 1353).

²²⁸⁶ Véase SSAP de Islas Baleares de 30.06.2008 (JUR 2008, 337413), de 16.07.2002 (JUR 2002, 245622) y de 18.12.2000 (JUR 2001, 95006).

invertir la carga de la prueba. Ya entonces se señalaba que la nueva redacción de la LRCSCVM podría servir de soporte para una reorientación de la doctrina jurisprudencial dominante para este tipo de daños²²⁸⁷.

El riesgo ha sido erigido como fundamento de la responsabilidad objetiva que deriva de la LRCSCVM también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A este efecto, se declaró que el simple uso o posesión del automóvil “ya de por sí implica un riesgo y que este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad²²⁸⁸”.

Al riesgo como fundamento de la responsabilidad por los accidentes de tráfico apunta también el Derecho comparado. A este efecto se señala que la magnitud del riesgo dimanante de los vehículos de motor viene marcada por la especialmente alta probabilidad de producción del daño²²⁸⁹. Otro factor que incide en el carácter especial de dicho riesgo es su inevitabilidad dada la práctica imposibilidad de que una persona ajena evite los riesgos resultantes de la pérdida de control del vehículo²²⁹⁰. Se ha dicho también que el riesgo dimanante de la conducción de vehículos de motor no puede estar eliminado incluso a través de empleo de todas las medidas razonables de cuidado²²⁹¹. Y finalmente, se trata con el riesgo abstracto que deriva de la explotación de todos los vehículos sin que se considere circunstancias particulares de cada caso concreto. Es decir, tal riesgo es igual para todos los participantes del tráfico²²⁹².

Dicho esto, la superación del principio de la responsabilidad basada en el reproche culpabilístico y la imposición de la responsabilidad objetiva en estos casos parece justa teniendo en cuenta la nula o marginal posibilidad de autodefensa de la víctima de accidente viario²²⁹³. La responsabilidad sin culpa, por tanto, protege las víctimas de dichos accidentes contra los riesgos que, aunque de gran magnitud, están tolerados y permitidos en el interés de la comunidad²²⁹⁴, constituyendo de esta manera una compensación por soportarlos²²⁹⁵.

²²⁸⁷ Mariano MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, op. cit., pp. 135 y ss.

²²⁸⁸ Así STS de 04.02.1997 (RJ 1997\677). En este mismo sentido, entre otras, STS de 29.03.1983 (RJ 1983, 1649), 16.02.1988 (RJ 1988\1994), 19.10.1988 (RJ 1988, 7588), 26.03.1990 (RJ 1990, 1731), 21.05.1990 (RJ 1990, 4089), 31.01.1992 (RJ 1992, 540), 09.03.1995 (RJ 1995, 1848).

²²⁸⁹ Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, op. cit., nr.6/15 y Karl LARENZ/Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, op. cit., pág. 607.

²²⁹⁰ Karl LARENZ/Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, op. cit., pág. 606.

²²⁹¹ Franz WERRO, *La responsabilité civile*, Stämpfli, Bern, 2005, nr. 836.

²²⁹² Karl LARENZ/Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, op. cit., pág. 605 y Reinhard GREGER, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs, Handbuch und Kommentar*, 4ª ed., De Gruyter, Berlin, 2007, §3, nr. 2.

²²⁹³ Karl LARENZ/Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, op. cit., pág. 606

²²⁹⁴ Franz WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit., nr. 836 y Helmut KOZIOL/Rudolf WELSER, *Grundriss*

Ahora bien, la aplicación de la responsabilidad en materia de los accidentes de circulación en mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos está condicionada por la realización del riesgo específico dimanante del transporte de vehículo de motor. En el Derecho español el daño ha de surgir de la conducción del vehículo de motor²²⁹⁶. Los únicos que establecen excepción en esta materia son el Derecho francés y su seguidor el Derecho belga. Ambos ordenamientos prescinden de la realización de un riesgo específico dimanante de vehículos de motor para la aplicación de un régimen especial de compensación. A este efecto, consideran suficiente que el vehículo de motor esté “implicado” en el accidente²²⁹⁷. Dicha “implicación” ha sido interpretada por la jurisprudencia francesa y belga de manera especialmente amplia. Así las cosas, se exige solamente que el vehículo de motor esté involucrado de algún modo en el accidente. Dicho criterio se supone cumplido incluso cuando el papel causal del vehículo de motor en el accidente ocurrido no ha sido demostrado. Un vehículo está involucrado en un accidente cuando se encuentra respecto a este accidente en una zona temporal y espacial en la que el nexo causal entre el accidente y el daño es probable²²⁹⁸. Tan laxa formulación del criterio llevó en algunas ocasiones a decisiones que resultan poco comprensibles y están justificadas solamente por el hecho de que la carga económica de cada decisión está soportada por el seguro de la responsabilidad civil. Así, a modo de ejemplo, el *Cour de Cassation* en la decisión de 28 de febrero de 1990 declaró que para que nazca la responsabilidad de la Ley Badinter es suficiente que el pasajero sentado en el banquillo trasero de un vehículo de motor esté lesionado por una piedra que cayó de una pendiente, rompiendo el parabrisas en el coche²²⁹⁹.

En lo que al resto de los Ordenamientos se refiere, diferentes son formulas con las que se delimita el término el riesgo específico dimanante de vehículo de motor. En el

des Burgerliches Recht, Band II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13^a ed., Manz, Wien, 2007, pág. 371.

²²⁹⁵ Josef ESSER/Hans Leo WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, Teilband 2, 8^a ed., Müller Juristischer, Heidelberg, 2000, pág. 267 y Franz WERRO, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, nr. 836.

²²⁹⁶ Art. 1.1 de la Ley de responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos de motor, BOE núm. 267, de 05/11/2004.

²²⁹⁷ Para el derecho francés véase el art. 1 de la Ley núm. 85-677 de 5 de julio de 1985 (*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* la llamada *Loi Badinter*), disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902&dateTexte=20100114> (fc: 14.04.2014). Para el Derecho belga vide art. 29bis de la Ley de 21.11.1989 sobre el seguro obligatorio de la responsabilidad por los automóviles (*Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs*), disponible en <http://www.code-de-la-route.be/textes-legaux/sections/lois/w211189>, (fc: 14.04.2014).

²²⁹⁸ Jean CARBONIER, *Droit Civile*, t. IV, *Les obligations*, Themis, Paris, 2000, nr. 278.

²²⁹⁹ Cour de Cassation 28.02.1990, D. 1991, jur., pág. 123.

derecho alemán²³⁰⁰ y austriaco²³⁰¹ para poder aplicar el régimen especial de la responsabilidad por accidentes de circulación el vehículo de motor tiene que estar en marcha (*im Betrieb war*). Según el Derecho holandés el vehículo de motor en el momento de ocurrir el accidente ha de circular por la calle²³⁰². En el Derecho danés se tratará con tal riesgo específico si los daños resultantes de accidente de circulación han sido causados por el vehículo de motor o por la explosión originada por el dispositivo o instalación de combustible de vehículo de motor²³⁰³. Finalmente, de acuerdo con el Derecho suizo²³⁰⁴ y su fiel seguidor Derecho turco²³⁰⁵, la responsabilidad objetiva por los accidentes de circulación se aplicará si los daños a la persona o a la cosa han sido causados por la marcha de un vehículo de motor. Los demás accidentes en los que la participación de vehículo de motor adquiere cualquier otra forma implican la obligación de la víctima de probar la culpa del poseedor o de la persona de la que éste responde o el concurso de la naturaleza defectuosa del vehículo de motor²³⁰⁶.

Otra de las cuestiones que causa divergencias a nivel europeo es el problema de si los daños causados por el vehículo parado o estacionado tienen consideración de los que resultan del riesgo dimanante de transporte a vehículo de motor. Así, por ejemplo, a efectos del Derecho suizo un vehículo no está en funcionamiento y, por tanto, no está sujeto a la responsabilidad objetiva que rige en materia de accidentes de circulación cuando un vehículo está inmóvil y constituye meramente un obstáculo²³⁰⁷. El Derecho alemán, en cambio, incluye dentro del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva también a los vehículos mencionados con anterioridad si éstos presentan un riesgo para la circulación. Cumple con este requisito, por ejemplo, un vehículo de motor estacionado en el borde de la carretera²³⁰⁸. Se prescindirá de la imposición de la responsabilidad objetiva si el vehículo de motor está completamente fuera de funcionamiento, correctamente estacionado sin que se le pueda otorgar una protección adicional contra los riesgos que comprende la circulación viaria²³⁰⁹. El Derecho holandés, finalmente, optó por una solución que se podría denominar como intermedia.

²³⁰⁰ §7 StVG.

²³⁰¹ §1 EKHG.

²³⁰² Art. 185(1) Wegenverkeerswet 1994.

²³⁰³ § 101(1) Færdselsloven.

²³⁰⁴ Art. 58(1) SVG.

²³⁰⁵ Art. 85(1) TSVG.

²³⁰⁶ Art. 58(2)SVG y art. 85(2) TSVG.

²³⁰⁷ BG 08.06.1976, BGE 102, II, pág. 281 y ss.

²³⁰⁸ BGH 09.01.1959, BGHZ 29, pág. 163 y ss.

²³⁰⁹ Werner WUSSOW/Reinhard BAUR, *Unfallhaftpflichtrecht*, 15ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, cap. 17, nr 11.

De ahí que para que la responsabilidad objetiva de *Wegenverkeerswet* de 1994 vincule al eventual causante de daños el vehículo tiene que “estar circulando” en el momento de accidente. Ahora bien, un vehículo “está circulando” a efectos de dicha ley también cuando se encuentra en determinadas situaciones de tráfico parado. Un claro ejemplo de la situación descrita constituye el caso en el que el coche cede el paso a otros participantes de circulación o cuando el conductor para en el arcén para limpiar la luneta trasera²³¹⁰.

La imposición de la responsabilidad objetiva en el marco de los accidentes de circulación se sustenta también en la máxima latina *ubi emolumentum ibi onus*²³¹¹. Así, se ha dicho que la decisión de imponer la responsabilidad objetiva en la materia analizada está justificada porque el vehículo de motor constituye una fuente de peligro para los terceros a la vez que su uso genera beneficios a su usuario²³¹². La jurisprudencia española basó en este argumento la aplicación de las soluciones cuasiobjetivas a la responsabilidad por los accidentes de circulación que se adoptaron “a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa”²³¹³. En Portugal este fundamento ha sido reconocido expresamente por la Ley de acuerdo con la que responde quien utiliza el vehículo en su propio interés²³¹⁴.

Los hay quienes argumentan también que la imposición de la responsabilidad objetiva en caso de los accidentes viarios tiene su razón en la idea de aseguramiento o, en otras palabras, en la distribución del riesgo o de costes²³¹⁵. Según las teorías modernas, pues, lo que justifica la introducción de las formas más estrictas de la responsabilidad en la materia comentada es el hecho de que la peligrosidad del uso de vehículos de motor incrementa con el mayor número de personas que los explotan dado que todos ellos cometen errores. A pesar de que el masificado uso de los vehículos de motor crea unos riesgos considerables la sociedad permite desarrollo de dicha actividad en beneficio de los que utilizan este transporte. Esta situación, en cambio, permite cargar a la comunidad de los titulares de los vehículos de motor con el seguro

²³¹⁰ Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, Beck, München, 1999, nr. 389, n. 552 y 553.

²³¹¹ Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, op. cit., pág. 56 y Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pág. 86.

²³¹² Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, op. cit., pág. 56.

²³¹³ Véase, por ejemplo, la STS de 16.12. 1988 (RJ 1988, 1994).

²³¹⁴ Art. 503(1) del Código civil portugués.

²³¹⁵ Esther MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad por accidentes de circulación. La concurrencia de causas.*, op. cit., pág. 56 y Christopher OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, op. cit., pp. 87-88.

obligatorio de responsabilidad civil mediante el cual se distribuyen los riesgos, pulverizándose las consecuencias dañosas del accidente entre todos los propietarios²³¹⁶.

Los Ordenamientos jurídicos alemán y suizo justifican también la introducción de la responsabilidad objetiva en los supuestos de los accidentes de tráfico con las dificultades probatorias con las que se encuentra el demandante a la hora de probar la culpa del conductor de vehículo de motor. Tales dificultades son consecuencia de la rapidez con la que suceden los accidentes de tráfico, de la falta de testigos y del excitado estado de ánimo en el que se encuentran las víctimas en el momento de siniestro²³¹⁷.

En el Derecho alemán detrás de la decisión de someter al conductor del vehículo de motor a la responsabilidad sin culpa se esconde además la esperanza de que el régimen más estricto de la responsabilidad incida en la conducción más cautelosa que, como consecuencia, llevará a la disminución del número de accidentes. Por tanto, la introducción de la responsabilidad objetiva tiene su explicación también en la idea de prevención²³¹⁸. Algunos autores, sin embargo, han cuestionado validez de dicho argumento alegando en contra que la mayoría de los países europeos gravó a los conductores de los vehículos de motor con la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, eliminando de esta manera todos los estímulos para conducir de forma más prudente incluso cuando se imponga la responsabilidad objetiva, dado que en caso de que se produzcan los daños el conductor no está obligado a soportarlos²³¹⁹. En

²³¹⁶ José Francisco VALLS GOMBAU, “La extensión de la culpa extracontractual hacia un carácter social”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, núm. 1, enero-marzo 1980, pág. 105. En la literatura extranjera véase también Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, *Comparative Conclusions*, *op. cit.*, pág. 412 y Helmut KOZIOL, “Vereinheitlichung der Gefährdungshaftung in Europa”, *Österreichische Notariatskammer, Festschrift für Nikolaus Michalek*, Wien, 2005, pág. 225.

²³¹⁷ Para el Derecho alemán véase Preámbulo al Primer Borrador de la Ley de la Responsabilidad Objetiva por los Vehículos de Motor del Reich alemán de 1906 (*Begründung des deutschen Gesetzgebers zum ersten Entwurf einer objektiven Kraftfahrzeughaftung für das Deutsche Reich von 1906*) publicado en Fritz MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*, Werner FULL/Wolfgang MÖHL/Karl RÜTH, Band I, 22ª ed., Berlin, 1969, §7 StVG, nr. 16. Para el Derecho suizo vide Noticia del Consejo Federal en la Asamblea Federal sobre el Proyecto de la Ley Federal sobre el tráfico de vehículos de motor y bicicletas (*Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr*), BBl 1930 II, pág. 849, 868. Véase también Sebastain LOHSSE, “Development of Traffic Liability in Germany”, *op. cit.*, pág. 93-94.

²³¹⁸ Preámbulo al Primer Borrador de la Ley de la Responsabilidad Objetiva por los Vehículos de Motor del Reich alemán de 1906. Véase a este efecto Fritz MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*, Werner FULL/Wolfgang MÖHL/Karl RÜTH, Band I, 22ª ed., Berlin, 1969, §7 StVG, nr. 16.

²³¹⁹ André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI-2 (Torts), 1983, capítulo 14, secc. 56 y 82. En la literatura norteamericana sobre la interdependencia entre la responsabilidad civil y el seguro con las similares conclusiones Juido CALABRESI, *The Costs of Accidentes. A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970, Alfred F. CONRAD, “The Economic Treatment of Automobile Injury”, *Michigan Law Review*, vol. 63, núm.2, 1964, pp. 279-326, David KLEIN/Julian WALLER,

replica se ha señalado que, a pesar de que el seguro obligatorio de la responsabilidad constituye una garantía financiera para los causantes de accidentes, no disminuye el efecto de estímulo que puede lograrse indirectamente haciendo depender el precio de la prima del seguro del número de accidentes causados por el vehículo de motor²³²⁰.

Y finalmente, en Holanda los esfuerzos dirigidos a la introducción de la responsabilidad objetiva en materia de los accidentes de tráfico en el año 1924 tenían como propósito mejorar la posición de la víctima. *Pro damnato*, por tanto, fue la base no sólo de las propuestas de introducción de la responsabilidad sin culpa elaboradas por la doctrina holandesa desde los principios del siglo XX, sino también de la iniciativa legislativa de dos miembros de Parlamento (VAN RAPPERD y VAN SASSE VAN YSSELT) que llevó a la implementación del art. 25²³²¹ en la *Rijwewet* (la Ley de vehículos de motor y ciclistas)²³²².

Causation, Culpability and Deterrence in Highway Crashes, Department of Transportation, Automobile Insurance and Comparative Study, 1970, pp. 19, 117-145, 147-183, 209-218.

²³²⁰ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10ª ed., München, 2006, nr.79.

²³²¹ Actualmente art. 185 de la WVV.

²³²² Cees VAN DAM/Gerit VAN MAANEN, *Traffic Liability in the Netherlands*, *op. cit.*, pp. 132-133.

5. Responsabilidad por productos defectuosos.

5.1 Normativa aplicable. Evolución histórica.

La regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos en España viene impuesta por la Unión Europea. Rige en esta materia la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estado miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos²³²³ (en adelante Directiva 85/374). La transposición de dicha Directiva al Ordenamiento jurídico español se efectuó, con mucho retraso, a través de la Ley 22/1992, de 6 de julio de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos²³²⁴ (en adelante Ley 22/1992) que ha sido derogada, en consiguiente, de forma expresa por la Disposición Derogatoria Única (ap.4) del RDLeg 1/2007; hecho este que han evidenciado recientemente numerosas resoluciones judiciales²³²⁵. Con posterioridad la regulación pasa a constituir parte integrante del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²³²⁶. A este efecto, la Disposición Final 5ª de la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios ha delegado al Gobierno la elaboración del Texto Refundido, sin especificar qué leyes había que refundir en un único texto junto a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señalando solamente que deberían ser lo “las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella”. En la tarea de escoger las normas que habrían de ser objeto de la refundición coadyuvó al Gobierno el listado recogido en el Anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de casación en materia de protección de

²³²³ « <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:es:HTML> » (fc: 15.12.2012).

²³²⁴ «<http://legislacion.derecho.com/ley.22.1994.de.responsabilidad.civil.por.los.danos.causados.por.productos.defectuosos> » (fc: 15.12.2012).

²³²⁵ SAP de Córdoba de 18.01.2008 (JUR 2008, 218211), de Tarragona de 28.02.2008 (JUR 2008, 144040), de Castellón de 04.04.2008 (AC 2008, 1344), de Valencia de 23.04.2008 (JUR 2008, 187567), Orense de 24.04.2008 (AC 2008, 1658) y de Cádiz de 28.04.2008 (JUR 2008, 233850).

²³²⁶ Véase «<http://legislacion.derecho.com/ley.22.1994.de.responsabilidad.civil.por.los.danos.causados.por.productos.defectuosos> » (fc: 15.12.2012).

los intereses de los consumidores, aunque finalmente algunas normas de transposición de la Directiva enumeradas en el mismo se han quedado fuera del Texto Refundido²³²⁷.

Finalmente, el descubrimiento y la detección por primera vez en el ser humano, así como la posterior extensión en forma de epidemia de la “encefalopatía espongiforme bovina” (EEB o “enfermedad de las vacas locas”), que tenía lugar en la segunda década de los años 90, dio origen a la aprobación de la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en la materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos²³²⁸ que imponía la responsabilidad objetiva sobre los productores e importadores de bienes agrícolas, de ganadería, de la caza y de la pesca que no hubieran sufrido transformación inicial en todo el territorio de la Unión Europea²³²⁹.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1992 el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, a falta de una regulación expresa que rigiese en la materia, han adoptado la práctica de resolver los casos de los daños producidos a causa de los productos defectuosos aplicando los arts. 25-28 de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios²³³⁰.

Un caso emblemático en este sentido, y precedente a escala de *Escola v Coca Cola Bottling Co, of Fresno*²³³¹, constituye en España el enjuiciado por el Tribunal Supremo el 23 de junio de 1993²³³². Los hechos del caso versan sobre un accidente sufrido por la Sra. Fernanda Solís López al explotarle una de las botellas de cerveza Cruzcampo en el momento de intentar sacarla de la bolsa de compras. La actora pierde la visión en el ojo izquierdo como consecuencia del hecho de que varias piezas del cristal se le introducen en este ojo después de la explosión. La víctima interpuso una

²³²⁷ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos. (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 27.28.

²³²⁸ « <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0034:ES:HTML> » (fc: 15.12.2012).

²³²⁹ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo, en el *Tratado de la responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 645.

²³³⁰ El art. 28 de la LGDCU se aprobó un año antes que la Directiva 85/374. Pablo SALVADOR CODERCH/Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Evolución histórica de la responsabilidad civil del fabricante, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 53.

²³³¹ 150 P.2d 436 (Cal. 1944).

²³³² RJ 1993, 5380.

reclamación por daños y perjuicios contra el fabricante de la cerveza, Cruzcampo S.A. y contra la vendedora solicitando una indemnización de 60.101 euros. El JPI de Huelva desestimó la demanda al entender que en el caso no se probó la culpa del fabricante ni que la explosión se hubiera producido por la defectuosa elaboración o envasado de la cerveza. Interpuesto el recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte con fundamento en el art. 28 de la LGDCU, condenado a Cruzcampo S.A. al pago de 30.050 euros.

Se puede afirmar, que los casos de las botellas defectuosas dieron origen a la responsabilidad objetiva del fabricante en España. La resolución comentada con anterioridad fue la primera en aplicar el régimen de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, poniendo puntos sobre la “i” en el largo debate jurisprudencial sobre cuál de los estándares de responsabilidad aplicar a la responsabilidad civil del fabricante; discusión que muchas veces acababa en medio camino entre la responsabilidad objetiva y la por culpa²³³³.

5.2 Sujetos responsables.

De acuerdo con la regulación específica de la responsabilidad por productos defectuosos, incluida en el Capítulo I, Título II, Libro Tercero del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, “los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen” (art. 135). El principio general enunciado en el art. 135 del TRLGDCU se complementa con la regulación contenida en los arts. 5 y 138 del TRLGDCU. Éstos establecen lo siguiente:

Art. 5 Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a los efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el

²³³³ Pablo SALVADOR CODERCH/Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Evolución histórica de la responsabilidad civil del fabricante, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 55.

envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”

Art. 138

1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de:
 4. Un producto terminado.
 5. Cualquier elemento integrado en un producto terminado.
 6. Una materia prima.
2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o al perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.

Como se puede observar, la relación entre ambos artículos se configura a través de dos remisiones internas y recíprocas²³³⁴. Abstrayendo de lo adecuado o no de tal solución, el TRLGDCU, siguiendo la regulación de la misma materia contenida en la Directiva 85/374, canaliza la responsabilidad por productos defectuosos al “productor”, acogiendo una amplia definición del mismo²³³⁵. De diferentes aproximaciones a cómo identificar al responsable del producto defectuoso; aproximaciones que especifican las condiciones que éste ha de reunir para que pueda considerarse responsable, la regulación española optó por escoger al modelo comunitario que enumera de forma taxativa a los eventuales responsables. Así las cosas, se establece la regla general de la

²³³⁴ Para la crítica de esta solución véase Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, AC, núm. 1, 2008, pág. 22, Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 226.227, y Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 174-176.

²³³⁵ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad del fabricante y del prestador de servicios*, Colección de Derecho del Consumo, Antoni VAQUER ALOY, Madrid, 2011, pág. 147.

responsabilidad directa de quien participa en el proceso de fabricación del producto y no en el de suministro de éste; regla de la que se introducen cuatro excepciones: a) la responsabilidad directa del fabricante aparente, b) la responsabilidad directa del importador, c) la responsabilidad potencial y subsidiaria del proveedor en caso de que fuera imposible identificar al responsable directo o al subsidiario anterior en la cadena de comercialización²³³⁶ d) y la responsabilidad directa del proveedor en caso de que suministrase a sabiendas un producto defectuoso (art. 146 TRLGDCU).

El legislador comunitario esgrime dos razones detrás de la introducción de la responsabilidad de quien participa en fabricación a nivel europeo: primero, es el fabricante quien responde por el proceso de producción y, consecuentemente, quien está en mejor posición de controlarlo y de evitar que los productos que se integran en el mercado sean inseguros. Estadísticamente hablando, se ha señalado que quien de hecho en la mayoría de las veces es el causante de los defectos del producto es precisamente el fabricante. Y segundo, con tal regulación, dirigida a que se evitase la multiplicación de seguros de responsabilidad entre diferentes sujetos en la cadena de producción y distribución de productos, se optó por cargar con el coste de seguro a la persona que se encuentra en la mejor posición para negociar su precio y amortizarlo después en el precio del producto²³³⁷.

En cuanto a la justificación que se da a la responsabilidad del importador y su equiparación a la responsabilidad del fabricante se señala, por una parte, que es él quien puede acceder sin mayores problemas a este último, especialmente si lo comparamos con el acceso que tienen al fabricante las víctimas, y, por otra, es el sujeto más idóneo para que se le impute la responsabilidad por el defecto del producto que está importando dado el conocimiento de los requisitos de seguridad que se le exige en los países en los que introduce dichos productos²³³⁸.

²³³⁶ Así Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 222 quienes sin embargo parecen olvidar de la última de las excepciones aquí enumerada.

²³³⁷ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, en *Act. Civ.*, núm 36, 1995, pág. 738, LA MISMA “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), 3^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1477 y LA MISMA, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicio*, *op. cit.*, pág. 147. En el mismo sentido Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007.

²³³⁸ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, *op. cit.*, pág. 1479.

La imposición de la responsabilidad al fabricante del producto defectuoso tiene una justificación más. A este efecto, se considera como riesgo típico en el que se basa la responsabilidad objetiva establecida por la Directiva de fabricación de los productos defectuosos con tal de distribuirlos después, proceso que se efectúa en la persecución de los fines económicos, o la fabricación de dichos productos o su comercialización en el marco de una actividad empresarial. Esta es la razón por la que la responsabilidad se ha de imponer sobre el sujeto que está a cargo de la descrita organización y no a sus trabajadores o colaboradores, dado el hecho de que aquel actúa bajo responsabilidad propia²³³⁹. Resulta irrelevante en qué forma se organice jurídicamente la empresa, sus dimensiones así como la naturaleza jurídica privada o pública del sujeto en cuestión. Así lo entendió el TJCE en el asunto *Veedfald* al suscitar que una prestación financiada por completo con fondos públicos no impide que se la considere como una fabricación de los productos realizada con carácter económico y profesional²³⁴⁰.

La nueva legislación tiene como finalidad “aproximar la legislación nacional en materia de protección de consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en terminología utilizada²³⁴¹”. Algunos de estos “ajustes” terminológicos se tradujeron en la sustitución del término “fabricante” por “productor” y el de “suministrador” por “proveedor”²³⁴². Como se ha señalado con anterioridad, la definición del productor está incluida en el art. 5 del TRLGDCU. Esta figura se extiende tanto al fabricante del bien como al importador y al prestador del servicio de lo que deriva claramente que el campo semántico de producir es más amplio que el de “fabricar”, “importar” o “prestar servicios”, por lo que los incluye. Al proveedor define el art. 7 del TRLGDCU.

La no idoneidad del término fabricante ha sido evidenciado por la reforma efectuada por la Ley 14/2000 que extendió el régimen de responsabilidad civil por los productos defectuosos a los productores agrarios. En este sentido, el término resultaba muy difícilmente aplicable a los productores de materias primas agrarias y ganaderas

²³³⁹ Así Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 222.

²³⁴⁰ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 223.

²³⁴¹ Preámbulo (Parte III) del RDLeg 1/2007.

²³⁴² Se pronuncia al respecto Nuria AMARILLA, “España: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la responsabilidad por daños causados por productos (I)”, en *ReDeco*, núm. 19, 2008, pág. 4.

no transformadas industrialmente o a los productos de caza y la pesca en estado natural²³⁴³.

5.2.1 Fabricante.

El TRLGDCU, al igual que su antecesor, la Ley 22/1994, promueve un concepto amplio del fabricante que abarca al denominado fabricante “final” del producto acabado, al llamado fabricante “parcial” de elementos integrados en productos terminados y al de materias primas empleadas en su fabricación. En la doctrina se ha señalado que el fabricante del producto terminado, de un elemento integrado en el producto terminado y el productor de una materia prima responden por cualquier defecto de dicho producto/elemento o de la materia prima en cuestión respectivamente, incluidos los que puedan derivar de su presentación (envases, envoltorios, elementos de protección) siempre que dicha presentación sea la utilizada por él para su puesta en circulación²³⁴⁴. El fabricante final es responsable además de los daños originados por el defecto de la materia prima o de una parte integrante del producto acabado²³⁴⁵.

Se ha dicho que una correcta delimitación del concepto de fabricante requiere análisis de dos aspectos por lo menos. Por una parte, uno ha de preguntarse en qué se caracteriza su actividad típica: la fabricación. Por otra parte, es necesario hacer una distinción entre el fabricante real y el fabricante aparente. La primera cuestión radica en distinguir entre productos y servicios defectuosos, puesto que, como es de sobra sabido, el régimen jurídico introducido por el TRLGDCU no se aplica a los servicios²³⁴⁶.

²³⁴³ Con anterioridad a esta reforma defendían este cambio Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, “La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”, *ADC*, julio. septiembre 1990, pág. 740, y Ana Isabel LOIS CABALLE “la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (La incorporación de la Directiva 85/374/CEE en el Ordenamiento jurídico español)”, *DN*, núm. 54, 1995, pág. 12. Véase también M^a Ángel PARRA LUCÁN en “Responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pp. 1477.1478.

²³⁴⁴ Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, *EC*, núm. 34, 1995, pp. 126.127.

²³⁴⁵ SSAP de Barcelona de 09.05.2002 (JUR 2002, 269162), de Zaragoza de 10.02.2004 (JUR 2004, 92259) y de 16.09.2004 (JUR 2004, 262357).

²³⁴⁶ Así se declaró en el Libro Verde de 1999 sobre la Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos, http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com1999.396_es.pdf (fc: 14.11.2012), así como en el Segundo Informe de la Comisión de 2001 sobre la Dir. 85/374. El Derecho Comparado se mostró desconfuso con la idea de unificar las responsabilidades dimanantes de los servicios y productos defectuosos véase en este sentido M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 349 y “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 1499. A favor de la extensión de los principios del régimen de la responsabilidad civil

Siendo así, confunde un poco el hecho de que según la propia ley el concepto del “productor” abarca, aparte del fabricante, también al prestador de servicio (art. 5 TRLGDCU). Según una parte de la doctrina española tal circunstancia se puede deber a la controversia alrededor de la cuestión de si incluir en el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos también la prestación defectuosa de los servicios de suministro de gas y electricidad, siendo la solución adoptada por el legislador español prueba de su operatividad en tales supuestos²³⁴⁷.

De ahí que no se diera la consideración del fabricante a la persona que desarrolla solamente simples y aisladas prestaciones de servicios, tales como el mantenimiento o conservación de productos. No lo será tampoco alguien que en el proceso de producción utiliza productos que después no se entregan al cliente o que no se consumen con la prestación del servicio. A este efecto, los productos elaborados por un profesional para ser utilizados exclusivamente en el marco de su propia actividad son elementos accesorios de la prestación del servicio²³⁴⁸. Por lo contrario, si el proceso de prestación del servicio acaba con la entrega del producto cuyo defecto proviene del proceso de fabricación el prestador responde como fabricante si lo fabricó. En caso contrario responde como suministrador. (casos de instalación, reparación o reacondicionamiento de productos). Se puede hablar de producción si el elemento final es distinto de los elementos utilizados en el proceso de elaboración (servicios gastronómicos). Se trata con la circulación del producto si la prestación del servicio consiste en el suministro de los mismos (el mencionado ya controvertido caso de suministro de la electricidad). Hoy en día la propia ley le consigna el estatus del producto en el art. 136 TRLGDCU. Como curiosidad, el sistema norteamericano distingue entre dos situaciones, una en la que la electricidad pasó ya por el contador y en la que aplica la responsabilidad objetiva, y otra

por el producto a los servicios defectuosos Elisa ALEXANDRIDOU/Guido ALPA/C. CAPPONI/A. SCHUSTER/Michael WHINCUP en *La responsabilité du fait des services défectueux dans la CEE, vers l'introduction d'un principe de responsabilité sans faute dans le chef des prestataires de services*, Centre de Droit de la Consommation, Louvain-La Neuve, 1989, pp. 282 y ss. En España a favor de la idea de que la inclusión como productor del “prestador del servicio” constituye una extensión a los servicios requerida por la incorporación al TRLGDCU de los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimientos mercantiles Santiago CAVANILLAS MÚGICA en “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *op. cit.*, pág. 22.

²³⁴⁷ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 175, n. 357.

²³⁴⁸ Conclusiones presentadas por el Abogado General D. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer el 14 de diciembre de 2000 en el proceso que acabó con la STJCE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001, 133). Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 177, n. 362.

en la que la electricidad circula todavía por la red. En este último caso se excluya la aplicación del régimen objetivo de la responsabilidad²³⁴⁹.

En cuanto al fabricante aparente se considera como tal al que se ha presentado frente al público como fabricante. Mencionada presentación se materializa a través de indicación de su nombre, marca u otro signo distintivo (art. 5 del TRLGDCU). La regulación encuentra justificación en el hecho de que quien hace al consumidor confiar en que es él el fabricante del producto en cuestión y se comporta como si fuera su propia marca debe responder por cualquier defecto del que goza tal bien²³⁵⁰.

En cuanto a la interpretación del precepto, tanto la doctrina como la jurisprudencia aboga por un sentido amplio de la expresión fabricante aparente, y su definición de forma objetiva y no subjetiva a la que daba pie la redacción del primitivo art. 4.1 d) de la Ley 22/1994. En este sentido, la literalidad del antiguo artículo al exigir que el sujeto “se presente al público como fabricante” inducía a que éste “se hiciera pasar por fabricante para atribuirle la responsabilidad”. De ahí quedaba sólo un paso para declarar que en el que comercializa debería darse la intención o propósito deliberado de hacerse pasar como el auténtico fabricante, constatación esta que dejaría el precepto sin práctica utilidad²³⁵¹. Por lo contrario, según la concepción amplia, el productor es toda aquella persona, que, sin serlo realmente, sin haber intervenido en el proceso productivo, se presenta objetivamente como tal al venir colocado su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto²³⁵², sin que tenga que hacerse pasar por el verdadero productor, siendo innecesario que en el producto no aparezca referencia alguna a su fabricante real²³⁵³ o, por lo contrario, a pesar de que la etiqueta del producto incluye la información de que el fabricante material es un tercero y éste figure perfectamente identificado²³⁵⁴²³⁵⁵. En opinión de otro sector doctrinal, en cambio,

²³⁴⁹ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pp. 229.230.

²³⁵⁰ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 233. Así también la *Restatement of the Law (Third)*, §14 com. c) pág. 228(13).

²³⁵¹ Especialmente críticos con esta interpretación Mariano IZQUIERDO TOLSADA, en *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 334 y Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm. 5, 1995, pp. 65.68.

²³⁵² SSAP de Barcelona de 17.12.2001 (JUR 2002, 84388), de Murcia de 21.01.2005 (AC 2005, 2191), Las Palmas de 12.04.2004 (JUR 2004, 153039), de Zaragoza de 08.10.2001 (JUR 2001, 329663) y 11.10.2004 (JUR 2004, 298313).

²³⁵³ SSAP de Barcelona de 13.03.2007 (JUR 2007, 244380), Madrid de 17.04.2007 (AC 2007, 1131), de Valencia de 17.09.2002 (AC 2002, 1658) y 02.11.2004 (JUR 2005, 31112).

²³⁵⁴ SAP de Barcelona de 30.05.2002 (AC 2002, 1211).

²³⁵⁵ Así Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y*

para que un sujeto esté considerado como fabricante aparente (productor aparente en su terminología) no basta cualquier pegatina o adhesivo indicativos de la mera participación en el proceso de distribución, o a los meros efectos de publicidad²³⁵⁶. Finalmente, los hay quienes consideran que no tendrá consideración del fabricante aparente sujeto que indica en la etiqueta que no es fabricante del producto o que en el proceso de comercialización parte de la posición del mero proveedor, empleando expresiones como “fabricado para” o “distribuido por”²³⁵⁷.

En cuanto a la indicación del productor aparente, de su marca u otro signo distintivo, no es necesario que ésta se haga por el materialmente. Es suficiente que su nombre esté puesto en el producto, aunque lo pusiese el mismo fabricante real si estaba siguiendo sus instrucciones²³⁵⁸.

El precepto parece pensado no solamente para los productos a granel sino también para las llamadas “marcas blancas”, productos comercializados por las grandes superficies o distribuidores que presentan al público una gama de productos diferentes que nunca han sido elaborados por ellos, y que, a pesar de ello, comercializan con su propia marca²³⁵⁹.

5.2.2 Importador.

A falta de una regulación expresa en el nuevo TRLGDCU, la doctrina suele hacer uso de la antigua Ley 22/1994 que en su art. 4.2, siguiendo la norma contenida en el art. 3.2 de la Directiva 85/374, establecía que “se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución”. El actual TRLGDCU menciona solamente al “importador en la Unión Europea” (arts. 5 y 138.1). En consecuencia, la regulación excluye de su ámbito de

usuarios y otras Leyes Complementarias), *op. cit.*, pp. 183.184.

²³⁵⁶ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 151.

²³⁵⁷ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 234. Acoge solución contraria la Restatemetnet, §14, com. c), pág. 228 que señala en este sentido que la responsabilidad se debería imputar al fabricante aparente a pesar de que se identifique al fabricante real. Tampoco debería exonerarle de la responsabilidad el hecho de que en el producto conste que ha sido fabricado para otro sujeto.

²³⁵⁸ Así basándose en la doctrina italiana Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 180.

²³⁵⁹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 151.

aplicación al importador nacional que puede, sin embargo, ser considerado como un proveedor. De ahí que el producto haya de proceder de un país fuera de la Unión Europea y no de un país comunitario²³⁶⁰. En este último caso el importador no tendrá consideración del productor y, en consiguiente, no será responsable como tal de los daños causados con el fundamento en el TRLGDCU²³⁶¹. Como *ratio* de dicha disposición se señala la de evitar dificultar la libre circulación de mercancías en el mercado común. Permitir que los importadores de las mercancías de otros países comunitarios, a efectos de la mencionada Directiva, se considerasen productores de los bienes en cuestión podría traducirse en que los proveedores nacionales se suministrasen exclusivamente en los fabricantes de su propio país²³⁶².

La actividad de importación desarrollada por el importador tiene que gozar de carácter empresarial y ha de estar efectuada en el marco de su ejercicio profesional²³⁶³.

²³⁶⁰ En este sentido, SSAP de Asturias de 21.03.2001 (AC 2001, 637) (rotura de gato elevador de un vehículo Peugeot para el cambio e ruedas) y 28.01.2004 (AC 2004, 18) (plataforma elevadora fabricada e importada de Suecia), de Barcelona de 20.12.2005 (JUR 2006, 85658) (prótesis mamarias de Gran Bretaña), de la Coruña de 29.12.2006 (JUR 2007, 66737) y 16.03.2007 (AC 2007, 1077) (prótesis mamarias de Suiza), de Madrid de 13.09.2005 (JUR 2005, 219880) (todoterreno Mitsubishi fabricado en Alemania) y de 05.07.2004 (JUR 2004, 299416) (producto de limpieza y mantenimiento de parque fabricado en Austria), SAP de Málaga de 25.10.2006 (AC 2007, 1042) (Vehículo SAAB fabricado en Suecia), de Zaragoza de 08.10.2001 (JUR 2001, 329663) (vehículo de la marca Chrysler. Estados Unidos), Zaragoza de 10.02.2004 (JUR 2004, 92259) (neumático fabricado en Holanda). Recopilación de las sentencias proviene de Pilar GUTIERREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, pág. 184.

En la doctrina a favor de esta solución Fernando GARCÍA CACHAFEIRO, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español”, *DN*, núm. 148, enero 2003, (y en la Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales, coord.. Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, Netbiblo, 2006, pág. 251), Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 235, Juan Ramón HIDALGO MOYA/Manuel OLAYA ADÁN, Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 57, pág. 187, Miquel MARTÍN CASLAS/Jospe SOLÉ FELIU, Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos algunas propuestas de solución (I), *Practica de Derecho de Daños, Revista de responsabilidad civil y Seguros*, núm. 9, 2003, pp. 31.32, Octavio TOBAJAS GÁLVEZ, “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Act. Civ.*, núm. 23, 2002, pág. 773, entre otros.

En contra, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, *op. cit.*, pp. 519.520. A favor de la idea de que el importador debería ser también el que distribuye productos que provienen de un país comunitario en otro de la Unión Europea Mariano IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 334. Opina que debería aplicarse por analogía al importador comunitaria el mismo régimen que se aplica al importador extracomunitario Joaquín ATAZ LÓPEZ, “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pp. 70-71.

²³⁶¹ STS de 09.12.2010 (RJ 2011, 1408) (prótesis mamarias de Gran Bretaña).

²³⁶² M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Nota a la Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, *op. cit.* pp. 739.740.

²³⁶³ Pilar GUTIERREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 185. Así SAP de Barcelona de 29.11.2004 (AC 2004, 2017).

De ahí que no sean considerados como importadores sujetos que traen productos defectuosos de otros países extracomunitarios de regreso a uno de los países de la Unión Europea²³⁶⁴. Por otra parte, la actividad del importador no puede consistir en la importación de forma exclusivamente ocasional, aunque ésta no tiene que ser necesariamente su actividad principal²³⁶⁵. Según la doctrina también, la enumeración del art. 4.2 (“venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución”), como el mismo precepto señala, ha de tratarse como *numerus apertus* de las formas contractuales permitidas para el desarrollo de la importación, aunque ésta ha de estar encaminada a la distribución de los productos en cuestión²³⁶⁶.

5.2.3 Proveedor.

Según lo expuesto con anterioridad el proveedor, como regla general, no responde con la excepción de los dos supuestos establecidos por la Ley, es decir, primero, en cuanto suministra productos cuyo fabricante o importador no están identificados (responsabilidad subsidiaria) o, segundo, cuando suministra productos a sabiendas de su carácter defectuoso (responsabilidad directa)²³⁶⁷. La Directiva 85/374 en esta materia tiene carácter de no mínimos y el TJCE declaró firme en varias ocasiones que se prohíbe a los países de la Unión Europea dictar las leyes que introdujesen regímenes de responsabilidad del suministrador distintos del establecido por la Directiva²³⁶⁸.

Ahora bien, bajo el término proveedor se entiende al “empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud

²³⁶⁴ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 236.

²³⁶⁵ Rodrigo BERCOVITZ RODRIGEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos”, *EC*, núm. 34, 1995, pág. 127.

²³⁶⁶ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 185.

²³⁶⁷ En lo que a la responsabilidad directa se refiere, en este sentido, Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 245..

²³⁶⁸ Véase la SSTJCE de 25.04.2002 (TJCE 2001, 141), de 25.04.2002 (TJCE 2002, 139) (asunto C/52/00). Ambas sentencias han suscitado debates a gran escala, especialmente en los países que han afectado. Véase, a modo de ejemplo, Jean CALAIS. AULOY, *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l’obligation de sécurité du vendeur professionnel* (CJCE 25 avril 2002), *Le Dalloz*, núm. 31, 2002, pp. 2458-2461, Ángel CARRACSO PERERA, “Efecto perverso en las Directivas de Consumo”, *AJA*, núm. 541, 2002, especialmente pág. 3 y Geneviève VINEY, “L’interprétation de la CJCE de la Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des productueux”, en *La Semaine Juridique*, núm. 44.45, 2002, pp. 1945-1948.

del cual realice dicha distribución” (art. 7 TRLGDCU). Es empresario, en cambio, “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada” (art. 4 TRLGDCU). De ahí que la ley no discrimine en función de la naturaleza privada o pública del ente en cuestión. Antes de su entrada en vigor, un sector doctrinal, sin embargo, interpretaba de forma muy laxa la condición del proveedor puesto que el requisito de que éste operase en forma empresarial no estaba expresamente recogido por la antigua Ley 22/1994²³⁶⁹. Así las cosas, los hay quienes entendían que si en la actividad de un sujeto media ánimo de lucro o fin oneroso, el hecho de que tal actividad se celebrase al margen de la actividad profesional o empresarial del sujeto en cuestión no impide que se le impute la responsabilidad en caso de que el producto que distribuye sea defectuoso²³⁷⁰. O que tanto venta como otras formas de distribución no profesional del producto, mientras sean onerosas, caen dentro del ámbito de aplicación de la regulación de responsabilidad por productos defectuosos²³⁷¹. La nueva redacción del TRLGDCU deja poco margen para divagaciones en esta materia. A pesar de que la Ley otorga la condición del proveedor a cualquier empresario que forma parte del proceso de distribución de los bienes independientemente del contrato a través del cual se efectúa tal distribución, en la doctrina se ha discutido algunas de las formas contractuales que podrían resultar problemáticas en dicho sentido. Me refiero aquí a los contratos de arrendamientos financieros. A este efecto, se ha señalado que los tribunales norteamericanos y con ellos la *Restatement of the Law (Third), Torts, Products Liability*²³⁷² (§20) excluyen del circuito de responsables a los sujetos que no participan activamente en el negocio de la distribución comercial del producto que subyace a la operación, sino sólo en su financiación²³⁷³. Finalmente, a base de la antigua ley se consideraba como “suministrador”²³⁷⁴, a cualquier eslabón en la cadena de distribución del producto y no solamente al detallista o minorista. Hecho este acreditaba el art. 4.3 de dicha ley que

²³⁶⁹ Bajo la antigua Ley 22/1994 sólo el importador figuraba como la persona sujeta a la actividad empresarial o profesional, respecto de los demás sujetos, potenciales imputados con fundamento en la Ley, tal condición se presumía.

²³⁷⁰ Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, op. cit., pp. 180.183.

²³⁷¹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)”, op. cit., pág. 8.

²³⁷² THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third), Torts, Products Liability*, St. Paul, Minn., 1998.

²³⁷³ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, op. cit., pág. 238.

²³⁷⁴ Con la nueva ley el término ha sido sustituido por la expresión “proveedor”.

establecía que el suministrador podía exonerarse de la responsabilidad facilitando la identidad de la persona que le “hubiera suministrado o facilitado” el producto defectuoso a él²³⁷⁵.

En cuanto al primer de los supuestos de la responsabilidad del proveedor, el art. 138.2 del TRLGDCU establece que se imputará la responsabilidad a éste cuando el productor del producto no pueda ser identificado. El mismo precepto legal establece plazo de tres meses para la indicación al dañado o perjudicado de la “identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado dicho producto”. Transcurrido el plazo y no identificado el productor de ninguna manera “será considerado como tal el proveedor del producto”. Existen voces que afirman que la causa de la falta de identidad del productor ha de tener origen en el envase del producto defectuoso o en el producto mismo de forma que éste imposibilite conocimiento de tal productor y no en la negligente actuación del perjudicado, porque éste hubiere pasado por alto u olvidado quien era el fabricante²³⁷⁶. La regla mencionada con anterioridad tampoco parece ser de aplicación a los supuestos en los que debido a la multitud de los productos semejantes no es posible identificar el productor de un bien en concreto que ha sido la causa de los daños ocasionados. Se tratará aquí con los casos de los daños causados por asbestos, por tabaco o por hemoderivados que en los Estados Unidos, a partir del célebre caso del DES, se resuelven a base de la causalidad proporcional (regla de la *market share liability*)²³⁷⁷.

La *ratio legis* de esta regulación consiste en que es el proveedor el que tiene mejor acceso al productor y, de ahí, la persona más adecuada para identificarlo cuando en el producto falta la información al respecto. De esta manera se incentiva la

²³⁷⁵ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pp. 554 y ss.

²³⁷⁶ Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Actuación dañosa en los grupos”, *RJC*, núm. 4, 1997, pág. 1000. Con detalles sobre cómo interpretar que el productor “no puede ser identificado” véase Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 121.140. En la jurisprudencia se han ocupado de cuando el productor no puede ser identificado SSAP de Asturias de 21.03.2001 (AC 2001, 637), de Asturias de 31.07.2003 (JUR 2004, 15503), de Barcelona de 29.11.2004 (AC 2004, 2017), de Barcelona de 28.07.2008 (JUR 2008, 314081), de Barcelona de 28.07.2008 (JUR 2008, 314081), de Burgos de 22.07.2004 (JUR 2004, 265948), de Cáceres de 21.06.2002 (JUR 2002, 226109), de Cádiz de 29.12.2006 (JUR 2007, 161328), de Lleida de 14.11.2001 (JUR 2002, 20687), de Madrid d 03.07.2007 (JUR 2007, 308798), de Orense de 29.05.2007 (JUR 2007, 268653), de las Palmas de 22.03.2001 (JUR 2001, 170616), de 24.05.2001 (JUR 2001, 21443), de Santa Cruz de Tenerife de 23.09.2000 (JUR 2001, 18469), de Toledo de 16.03.2000 (AC 2000, 959), de Valencia de 26.02.2007 (JUR 2007, 274249).

²³⁷⁷ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 243.

identificación de los fabricantes de los llamados productos “anónimos”, asegurándose, a través de los proveedores, la seguridad de los productos que venden²³⁷⁸.

El proveedor responderá subsidiariamente no solamente con el productor, en caso de que no fuera posible su identificación, sino también con el importador si lo que distribuye es un producto fabricado fuera de la Unión Europea y aquel es desconocido²³⁷⁹.

Para que se pueda imputar la responsabilidad al proveedor, su falta de cooperación en la identificación del fabricante no tiene porque inspirarse en su mala fe o voluntad rebelde²³⁸⁰. Se ha dicho incluso que aquel puede actuar con desconocimiento de la misma²³⁸¹.

En lo que a los aspectos procesales se refiere, el plazo de tres meses otorgado al proveedor para que notifique la identidad del fabricante, importador u otro suministrador empieza a correr, según la doctrina, desde el momento de la notificación al aquel de la solicitud de información de la víctima²³⁸². La información requerida por la víctima debe contener todos los detalles exigibles para interponer una demanda. De ahí que no sea suficiente con proporcionar solamente el nombre del fabricante, importador u otro suministrador. Es preciso que en la información conste también la dirección de éstos²³⁸³. Una vez transcurrido el plazo de tres meses e iniciadas las acciones judiciales, el proveedor responderá a pesar de que el perjudicado descubra la identidad del fabricante, importador u otro intermediario en la distribución del bien²³⁸⁴ y la demanda no podrá ser enervada por una tardía colaboración²³⁸⁵.

²³⁷⁸ SAP de Barcelona de 20.02.2008 (JUR 2008, 130314) y SAP de Huesca de 12.05.2008 (JUR 2008, 339408).

²³⁷⁹ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 74 y Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 124.

²³⁸⁰ Fernando REGLERO CAMPOS, “Una aproximación a la Ley 22/1994 de de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm.3, julio.septiembre, 1994, pág. 47.

²³⁸¹ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 74.

²³⁸² Así Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al art. 1902”, Comentario del Código Civil, t. 8, 2000, pág. 632, Rodrgigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos”, *op. cit.*, pág. 127, Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables”, *op. cit.*, pág. 243, remitiéndose a la doctrina extranjera. En el mismo sentido, Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 214, Juan Ramón HIDALGO MOYA/Manuel OLAYA ADÁN, *Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante.*, *op. cit.*, pág. 57, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *op. cit.*, pág. 520.

²³⁸³ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 75 y Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 220

²³⁸⁴ Rodrgigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios

El segundo supuesto en el que se establece la responsabilidad del proveedor: el suministro del producto a sabiendas de su defectuosidad, admitido en nuestro Ordenamiento Jurídico, no está contemplado en la Directiva 85/374²³⁸⁶.

Un supuesto típico en el que uno podría pensar como en el que cumpliría con la norma es ese en el que el proveedor, a pesar de estar notificado por el fabricante u otra autoridad procedente de los defectos del producto, no sólo no lo retira de la distribución, sino que lo acaba suministrando. En consecuencia, el producto llega al consumidor, mientras de haber seguido el proveedor las instrucciones de los sujetos mencionados con anterioridad se hubiera evitado el daño²³⁸⁷.

Las dificultades probatorias alrededor del hecho de que el suministrador conocía el defecto del producto resultan en que son muy contados los casos que acaban con la imputación de la responsabilidad al proveedor doloso²³⁸⁸. A este efecto, se ha señalado que no es suficiente probar por la parte actora que el vendedor no hubiera comprobado que el producto no reunía los requisitos reglamentarios²³⁸⁹.

Y finalmente, la Ley introduce la regla de la responsabilidad solidaria de los sujetos responsables con fundamento en el TRLGDCU. Así, el art. 132 establece que

“las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causalidad del daño”.

defectuosos, *op. cit.*, pág. 127.

²³⁸⁵ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 75.

²³⁸⁶ Es por ello que cuestionan su legalidad Domingo JÍMENEZ LIÉBANA “Los “defectos” de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *La Ley*, 1996.4, pág. 5, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de la responsabilidad. Estudio jurisprudencial”., *AC*, 1995.I, pág. 21. Por lo contrario, de forma favorable sobre el precepto se pronuncian Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 241 y Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, *op. cit.*, pág. 191 quienes sostienen que la regla nada cambia en lo que resulta de la aplicación de las normas generales existentes en el Ordenamiento Jurídico español por lo que no modifica de ninguna manera el nivel de protección otorgado por la Directiva 85/374.

²³⁸⁷ Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” , *op. cit.*, pág. 245.

²³⁸⁸ Véase SAP de Almería de 10.01.2003 (JUR 2003, 44564).

²³⁸⁹ SAP de Cantabria de 20.06.2005 (JUR 2005, 176100).

A algunos supuestos en los que medie dolo eventual penal y en los que se producen daños corporales serán además de aplicación algunos de los preceptos del Código Penal (delitos contra la salud pública; arts. 359-378)²³⁹⁰.

5.3 Régimen de la responsabilidad²³⁹¹.

Pese a que el nuevo TRLGDCU no hace referencia expresa alguna a la naturaleza objetiva de la responsabilidad del productor, importador o proveedor en su caso, uno no puede negar tal condición al régimen de la responsabilidad consagrado en la mencionada normativa²³⁹².

²³⁹⁰ Véase, por ejemplo, Winfried HASSEMER/ Francisco MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

²³⁹¹ Sobre el régimen de la responsabilidad desde el punto de vista del análisis económico del Derecho véase Pablo SALVADOR CODERCH/Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, ed. Pablo SALVADOR CODERCH/ Fernando GÓMEZ POMAR, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 75-104.

²³⁹² El tema, sin embargo, no está exento de controversias, especialmente en lo que a la jurisprudencia se refiere, donde se pueden encontrar decisiones en ambos sentidos. Así, a modo de ejemplo, se han declarado a favor de la responsabilidad objetiva en la regulación que concierne la responsabilidad por productos defectuosos siguientes resoluciones en grado de apelación SSAP de Alicante de 29.03.2006 (JUR 2006, 254742), de Almería de 08.05.2006 (JUR 2006, 271953), de Almería de 10.11.2006 (JUR 2007, 182425), de Almería de 02.11.2005 (JUR 2006, 129937), de Barcelona de 27.09.2006 (AC 2006, 1724), de Cáceres de 18.04.2002 (AC 2002, 1330), de Córdoba de 18.09.2007 (JUR 2008, 42241), de Córdoba de 11.01.2007 (JUR 2008, 140551), de Córdoba de 11.12.2006 (JUR 2007, 344870), de la Coruña de 29.12.2006 (JUR 2007, 66737), de la Coruña de 29.09.2005 (JUR 2006, 13349), de Huelva de 07.11.2007 (JUR 2008, 94304), de Huelva de 24.10.2006 (JUR 2007, 183284), de Murcia de 27.01.2006 (JUR 2006, 89733), Palencia de 28.12.2006 (JUR 2007, 255446), de Las Palmas de 24.02.2006 (JUR 2006, 137690), de Pontevedra de 24.04.2008 (JUR 2008, 287901), de 30.04.2008 (JUR 2008, 303720) y 08.05.2008 (JUR 2008, 287766), de Pontevedra de 17.04.2007 (JUR 2007, 262516), de Sevilla de 13.03.2008 (JUR 2008, 378579) y de Tarragona de 28.02.2008 (JUR 2008, 144040). Esta es, se ha de subrayar, la línea mayoritaria. Uno puede encontrar, no obstante, decisiones en sentido contrario. De ahí que rechacen la idea de que la responsabilidad por productos defectuosos tiene en su fundamento criterio objetivo, por ejemplo, siguientes resoluciones SSAP de Almería de 08.07.2005 (JUR 2005, 224737), de Almería de 31.05.2005 (JUR 2005, 225345), de Almería de 24.02.2003 (AC 2003, 591), SAP de Ávila de 23.05.2007 (JUR 2007, 349982), de Badajoz de 10.11.2004 (JUR 2004, 312751), de Madrid de 25.05.2007 (JUR 2007, 260424), de Madrid de 20.06.2005 (JUR 2005, 173118), de Málaga de 25.10.2006 (AC 2007, 1042), de la Rioja de 13.06.2006 (AC 2006, 1007), de Santa Cruz de Tenerife de 19.04.2002 (AC 2002, 898), de Vizcaya de 23.03.2004 (AC 2004, 1847), de Vizcaya de 10.05.2006 (AC 2007, 395), de Vizcaya de 25.01.2007 (JUR 2007, 121707). Recopilación de las sentencias proviene de Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, op. cit., pp. 128-129. En la doctrina conforme con la responsabilidad objetiva se han mostrado Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, op. cit., pp. 127-128, Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, op. cit., pp. 75-83, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 82. Crítico de tal solución Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la*

Tal constatación iba incluida en la antigua Ley 22/1994 que en la Exposición de Motivos establecía al respecto que

“[s]iguiendo la Directiva la Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidades en los supuestos que se enumeran”.

Así las cosas, aunque la refundición del antiguo texto no ha sido completa, no existen razones para pensar que algo ha cambiado en la materia de la que se trata. En otro orden de cosas, uno no puede olvidar del origen del TRLGDCU que se encuentra en la Directiva 85/374 y que establece al respecto que

“únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema ... del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”.

En el mismo sentido se pronunció el Libro Verde de 1999 al establecer que a consecuencia de la imposición de la responsabilidad objetiva “no hace falta demostrar la culpa” del productor, por lo que “se rechaza la restauración, siquiera parcial, del sistema de imputación por culpa y, por el contrario, se apunta que cualquier propuesta de la revisión de la Directiva iría dirigida a reforzar o acentuar la responsabilidad objetiva”. Así también se declara en la letra del Informe de la Comisión de 2001 que contiene la constatación que “el objetivo subyacente de a la Dir. 85/374 es que los productores deberán ser responsables de los productos defectuosos independientemente de cualquier culpa”. Por tanto, “el demandante no está obligado a demostrar la culpa o negligencia del productor, como sucede en el Derecho civil de derecho contractual o extracontractual”. De ahí, “se puede asumir que la posición de la persona afectada que demanda al productor de un producto defectuoso ha mejorado”. En el Segundo Informe, en cambio, se señala que “cualquier propuesta de revisión de la Directiva debería tener en cuenta el equilibrio que se basa actualmente” en diversos principio, siendo uno de ellos el de “la responsabilidad civil del productor [que] es objetiva”. La misma línea ha sido seguida por el Consejo de 19 de diciembre de 2002 que se refiere a la enmienda de la Directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos (LCEur 2003, 250) que declaró que esa Directiva “impone la responsabilidad del productor sin que este sea culpable de los daños causados por la defectuosidad de sus productos”. Y finalmente, el estudio de Lovells elaborado en el año 2003 para la Comisión Europea con tal de coadyuvar en la publicación del Tercer Informe de 2006 daba cuenta de que “ciertos participantes – concretamente un sector minoritario de los Productores- cuestionaron la aplicación de los criterios de la responsabilidad civil objetiva o sin culpa a casos de diseños defectuosos y ausencia de advertencias , indicando que una norma basada en criterios de responsabilidad con culpa es más idónea para estos casos”. Asimismo, se han planteado cuestiones de si “¿Cabe hacer un análisis “riesgos-beneficios” cuando se

responsabilidad civil en el nuevo milenio, coord.. Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 451.

considera la seguridad que una persona tiene derecho a esperar de un producto? ¿Es pertinente la conducta de un productor? Por ejemplo, ¿Es pertinente considerar el cuidado (o el descuido) que ha tenido el productor en el diseño, fabricación o distribución del producto? ” En respuesta a dichas cuestiones el Tercer Informe contenía indicaciones de seguir de forma estrecha y periódica el análisis del tema de si el régimen de la responsabilidad objetiva establecido en la materia de los productos defectuosos es o no adecuado, especialmente en lo que se refiere a los defectos de concepción o lesiones debidas a defectos de información, tales como la ausencia de advertencias, así como de resolver la duda de “si es apropiado que un tribunal realice un análisis de riesgo/beneficio cuando evalúa lo que una persona tiene derecho a esperar y la medida en que el comportamiento efectivo de un productor (por ejemplo, el grado de diligencia puesta o no) es pertinente en este concepto”. No obstante ello, se declaró a la vez que “desde 1985 la Directiva 85/374/CEE ... introdujo en la Comunidad el principio de la responsabilidad sin culpa” haciéndose pertinente, de esta manera, la responsabilidad del productor “independientemente de que haya habido o no negligencia por su parte” y recordando que primero de los postulados primordiales sobre los que sigue descansando dicho régimen es el de “la responsabilidad sin culpa del productor”²³⁹³.

A pesar de ello, la doctrina extranjera cuestiona el carácter objetivo de la responsabilidad introducida por la Directiva. Se apunta sobre todo al concepto de defecto en el marco de la responsabilidad por productos defectuosos como al elemento que implica el examen de la culpa en el sentido de que en caso de que el producto sea defectuoso se examina si el fabricante ha prestado necesaria diligencia en la comercialización del producto²³⁹⁴. Otro de los elementos que según dicha doctrina sugiere carácter subjetivo de la responsabilidad por productos defectuosos es la introducción de la cláusula de exoneración en forma de los riesgos de desarrollo. A este efecto, constituye ampliación del examen de la culpa el requisito según el cual se declara la responsabilidad del fabricante si éste en el proceso de diseño del producto no ha tenido en cuenta todos los riesgos previsibles en este momento o si ha descuidado las tecnologías de seguridad disponibles por entonces. Por tanto, la responsabilidad por productos defectuosos revistiría carácter subjetivo dada la posibilidad del fabricante de liberarse de la responsabilidad con el argumento de que los riesgos de producción de daño dimanantes del producto han sido imprevisibles *ex ante*. Se señala sobre todo como los supuestos que constituyen casos de la responsabilidad por culpa la responsabilidad por defectos de diseño (*Konstruktionsfehler*) y la responsabilidad por defecto en las instrucciones o advertencias (*Instruktionsfehler*)²³⁹⁵. El único supuesto

²³⁹³ Recopilación de citas proviene de Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), *op. cit.*, pp. 131-132. Así también SSTJCE de 29.05.1997 (TJCE 1997, 98) de 10.05.2001 (TJCE 2001, 133) y de 10.01.2006 (TJCE 2006, 3).

²³⁹⁴ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10 ed., Hermann Luchterhand Verlag, München, 2006, nr. 615.

²³⁹⁵ Christopher OERTEL. *Objektive Haftung in Europa*, *op. cit.*, pág. 241.

que de forma unánime se percibe como independiente de cualquier género de culpa es el caso de la responsabilidad por el llamado defecto de fabricación (*Fabrikationsfehler*)²³⁹⁶.

Opiniones similares se hacen escuchar también en la doctrina española. En este sentido, los hay quienes afirman que hacer recaer sobre el perjudicado la carga de la prueba del defecto significa en la realidad que en el régimen de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos juega cierto papel también culpa del productor. La culpabilidad de éste vendría oculta detrás de la prueba del defecto del producto en el sentido de que si el productor permitió que el bien o mercancía fabricada por él saliese de sus manos con determinado defecto hecho este se traduciría en que no ha sido lo diligente que hubiera sido esperable²³⁹⁷. Es por esta razón por la que algunos autores hablan de la falta de idoneidad de la expresión responsabilidad sin culpa, tratándose en la realidad con una falta del productor que se deduce del defecto probado²³⁹⁸.

En cuanto a la tanto discutida carga probatoria que resta sobre el perjudicado, el art. 139 TRLGDCU, repitiendo de forma copiosa la misma regulación contenida en la antigua Ley 22/1994, establece que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”. De ahí que, aunque el precepto exime a la víctima de la prueba de la culpa, no la exonera de la prueba del daño, de la condición de defectuoso del producto y de relación causa-efecto entre dicho daño y defecto²³⁹⁹; extremos estos que por su parte están de acuerdo con las reglas generales de la distribución del *onus probandi*. A esta constatación se podría añadir algunas precisiones más. Primero, la carga de probar que

²³⁹⁶ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10 ed., Hermann Luchterhand Verlag, München, 2006, nr. 615, Hein KÖTZ, „Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?“, Bernhard PFISTER/Michael WILL (ed.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991, pág. 112 y ss., Claus.Wilhelm CANARIS, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *JBl*, 1995, pág. 4, Fernando PANTALEÓN PRIETO, „Principles of European Tort Law: Bases of Liability and Defences. A Critical View ,from Outside“, *InDret* 3/2005, Working Paper núm. 299, pág. 7.

²³⁹⁷ Ana Isabel LOIS CABALLE, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 222-224, Octavio TOBAJAS GÁLVEZ, “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 796-797.

²³⁹⁸ Guy GASPARD, “La directriz europea en materia de responsabilidad de los fabricantes”, *RES*, núm. 44 octubre.diciembre, 1985, pág. 583.

²³⁹⁹ En este sentido, por ejemplo, STS de 27.07.2005 (RJ 2007, 1859) en la que el supuesto de hecho versaba sobre un reventón de neumático de un camión y en el que el informe pericial sobre el eventual defecto de fabricación o diseño mencionaba varias causas de éste, entre ellas presión del inflado insuficiente y temperatura ambiente elevada.

el producto era inseguro que recae sobre el perjudicado no incluye la obligación de individualizar o identificar con exactitud a este defecto que en concreto ha sido causante del daño²⁴⁰⁰. En caso de que la víctima escogiese la opción de no extenderse en explicaciones en este sentido, es muy probable que el productor decida exonerarse de la responsabilidad demostrando que el origen del defecto no es reconducible a su esfera de actuación. A este efecto, el art. 140.1 b) establece que “dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto”. Es por ello que, aunque no lo precise la Ley, es aconsejable, a medida que fuera posible, señalar la causa concreta del defecto que permita demostrar que el producto, antes de salir de las manos del productor, ya era defectuoso²⁴⁰¹.

La segunda de las cuestiones se refiere a la relación de causalidad. A este efecto, es preciso señalar que ésta ha de darse entre el defecto y el daño por lo que uno no ha de buscar la causa del daño en el producto mismo, sino en su estado defectuoso²⁴⁰².

Y finalmente, existen opiniones que afirman que del art. 137.2 TRLGDCU (en la antigua Ley 22/1994 art. 3.2) cabe deducir que es suficiente con que se pruebe que el producto que causó daños no ofrecía la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Así las cosas, el artículo mencionado con anterioridad, según los autores, proporciona una presunción *iuris tantum* rebatible en cuanto se demuestre que el producto en cuestión, a pesar de ofrecer calidades inferiores que sus homólogos de la misma serie, posee propiedades que garantizan la seguridad que cabía legítimamente esperar del mismo teniendo en cuenta todas las circunstancias²⁴⁰³.

²⁴⁰⁰ Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, op. cit., pág. 291. Así también SSTS de 19.02.2007 (RJ 2007, 1895), 23.11.2007 (RJ 2007, 8122) y 30.04.2008 (RJ 2008, 2686). En lo que a la jurisprudencia en grado de apelación se refiere véase SSAP de Badajoz de 13.07.2002 (AC 2003, 303), de Córdoba de 26.07.2005 (AC 2005, 1650) y 10.02.2006 (JUR 2006, 185672), de Sevilla de 11.07.2003 (JUR 2003, 219316), de Tarragona de 07.07.2006 (JUR 2007, 64022), entre otras.

²⁴⁰¹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pp. 83-84.

²⁴⁰² Miguel PASQUAU LIAÑO, “El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios”, *Responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio ORTÍ VALLEJO (dir.) y M^a Carmen GARCÍA GARNICA (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 71. En la jurisprudencia así, SSAP de Almería de 17.05.2004 (JUR 2004, 193357), de Córdoba de 11.01.2007 (JUR 2008, 140551), de la Coruña de 29.07.2004 (JUR 2005, 32723), de Pontevedra de 08.05.2008 (JUR 2008, 287766) y de Santa Cruz de Tenerife de 15.03.2006 (JUR 2006, 153965).

²⁴⁰³ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de un botella y el defecto de fabricación”, *La Ley*, núm. 5807, 20 de junio de 2003, pp. 4.5 y “Comentario a la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2003”, *CCJC*, núm. 62, abril-junio 2003. A favor de la presunción del carácter defectuosos del producto en cuestión, en cuanto inseguro,

Dicho esto, se ha de señalar que existe un sector de la doctrina española que considera las exigencias probatorias expuestas con anterioridad inaceptables, incompatibles con el régimen de la responsabilidad objetiva introducido en caso de los daños aquí comentados, así como con las nuevas tendencias en el reparto equitativo de la carga de la prueba. Sería de conformidad con estas últimas, en opinión de estos autores, que la víctima probase solamente el daño y la relación directa entre éste y el producto, mientras sobre el productor pesaría la carga de probar la falta de la relación entre el defecto y el daño y la inexistencia del defecto²⁴⁰⁴.

Todos estos problemas esgrimidos por la doctrina científica no pasaron sin eco ninguno a nivel europeo. Se ocupó de ellos el Libro Verde de 1999 sobre la Responsabilidad por Productos en el que la Comisión apuntó a una serie de opciones dirigidas a aligerar las dificultades con las que se encuentra el perjudicado a la hora de cumplir con la carga de la prueba de defecto del producto que causó el daño. Éstas son la previsión de una presunción del nexo causal entre el defecto y el daño ocasionado si el perjudicado demuestra el daño y el defecto o una presunción del defecto cuando la víctima acredita la existencia del daño resultante de un producto, la determinación del grado o nivel de prueba suficiente del daño, del defecto y del nexo causal, el deber del productor de facilitar a la víctima la documentación e información útiles para que aquella pudiera desarrollar su actividad probatoria y la posibilidad de obligar al productor al pago anticipado de los gastos necesarios para practicar las pruebas (a condición de su derecho frente al perjudicado en caso de no prosperar la reclamación)²⁴⁰⁵.

Ejemplos de tales prácticas se encuentran ya en el Derecho comparado. A este efecto, la Segunda Ley Alemana de reforma de Derecho de daños que entro en vigor el 1 de agosto de 2002 introdujo, como una novedad, una presunción *iuris tantum* de

especialmente en caso de los productos susceptibles a destrucción en el accidente que provoca daños, como por ejemplo la explosión de botellas que contienen productos gaseosos, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 86.

²⁴⁰⁴ Así varios autores, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “1902”, *Comentario del Código Civil*, t. 8, 2000, pp. 633-634, Carlos ROGEL VIDE, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano”, *RGLJ*, núm. 5 septiembre-octubre, 1999, pág. 605, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, op. cit. pág. 517.

²⁴⁰⁵ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos*, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), op. cit., pp. 139-140.

causalidad entre el uso de productos farmacéuticos y los daños derivados de tal uso. Dicha presunción está vinculada al hecho de que determinados productos son propensos a causar determinados daños²⁴⁰⁶. Mencionada reforma entro en vigor a pesar de que unos meses antes el TJCE en la Sentencia de 25 de abril de 2002 declaró que la Directiva 85/374 de Responsabilidad por Productos Defectuosos no es de mínimos y persigue una armonización completa en la materia con lo que se prohibía introducción de otros regímenes que en ella establecido, aunque sean más beneficiosos para las víctimas, con salvedad de las disposiciones que en materias específicas autorizaban a ello expresamente. A la vista de lo expuesto con anterioridad, algunos autores de la doctrina alemana califican de dudoso el hecho que la mencionada reforma alemana de la responsabilidad del fabricante del medicamento esté de acuerdo con la normativa europea, especialmente si uno tiene en cuenta las ulteriores decisiones del TJCE en la misma materia²⁴⁰⁷.

5.4 Causas de exoneración.

De acuerdo con el art. 140 del TRLGDCU que enumera las causas de exoneración de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

“1. El productor no será responsable si prueba:

- a) Que no había puesto en circulación el producto,
- b) Que dadas las circunstancias del caso es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto,
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado

²⁴⁰⁶ Sobre la reforma véase Albert LAMARCA MARQUÈS, “Anteproyecto de la Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania”, *InDret*, 3/2001, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “La responsabilidad civil por medicamento en el derecho alemán”, *InDret* 1/2003 y en *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, en el Derecho alemán véase Gerhard WAGNER, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, *NJW*, 2002, pág. 2049 y ss.

²⁴⁰⁷ Ulrich MAGNUS, “La reforma del Derecho alemán de daños”, *InDret*, 2.2003, www.indret.com (fc: 21.11.2012).

suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial,

- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforma a normas imperativas existentes,
 - e) Que el estado de conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto,
2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.
 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1. Letra e).”

Aparte de estas causas específicas de exoneración, la nueva regulación permite reducir o suprimir la indemnización que se reclama del fabricante, importador o proveedor, en su caso, en el supuesto de la culpa del perjudicado. La intervención de un tercero no da lugar a dicha reducción o supresión “no obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño” (art. 133.2 TRLGDCU).

Ahora bien, en la doctrina se ha subrayado carácter taxativo de la enumeración del art. 140 del TRLGDCU (art. 6 de la antigua Ley 22/1994). Se ha dicho también que el número de las causas de exoneración, que se puede tachar de significativo, atenúa el estricto carácter de la responsabilidad. En este sentido se habló de que ya no se trata tanto con la responsabilidad objetiva como con la responsabilidad “cuasi objetiva”²⁴⁰⁸,

²⁴⁰⁸ STS de 14.07.2003 (RJ 2003, 5837). En la jurisprudencia en grado de apelación así SSAP de Asturias de 13.12.2005 (AC 2005, 2308), de Baleares de 09.02.2006 (JUR 2006, 84161), 17.02.2006 (JUR 2006, 137788) y 17.07.2007 (JUR 2007, 317144), de Guipúzcoa de 29.06.2007 (JUR 2007, 336961), de Madrid de 23.01.2006 (JUR 2006, 120705) y de 11.10.2006 (AC 2007, 53), de Segovia de 06.06.2006 (JUR 2006, 226361), entre otras.

En la doctrina termino este ha sido empleado por Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, “El menor, sus juguetes y la responsabilidad civil”, *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pág. 668, José M^a SOTOMAYOR GIPPINI, La nueva “Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *RES*, núm. 79, 1994, pág. 73..

responsabilidad objetiva “matizada”²⁴⁰⁹, “relativa”²⁴¹⁰ o “atenuada”²⁴¹¹, o simplemente se observaba que la responsabilidad del fabricante “no es absoluta”. Esta última expresión, empleada por la Exposición de Motivos de la antigua Ley 22/1994, desapareció del texto de la nueva regulación contenida en el TRLGDCU. El uso del calificativo depende de la autoridad o del autor en lo que a la doctrina concierne; sin embargo los términos están utilizados de forma indistinta para describir el mismo fenómeno²⁴¹².

5.4.1 Falta de puesta en circulación del producto.

Ni la Directiva 85/374, ni el TRGDCU definen en su letra la puesta en circulación. En lo que a los antecedentes de ambas regulaciones se refiere, la primera redacción de la Exposición de Motivos de la Directiva, sin definir el concepto al declarar que éste se entendía por sí mismo, indicaba que el término había que interpretar en el sentido ordinario de las palabras, estableciendo a la vez que en circunstancias normales un artículo ha sido puesto en circulación cuando ha salido de la cadena de distribución²⁴¹³. Undécimo Considerado de la Exposición de Motivos del Primer Proyecto de la Directiva de 9 de septiembre de 1976²⁴¹⁴, en cambio, indirectamente

²⁴⁰⁹ La han nombrado así Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, “La Ley reguladora de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en el marco del moderno derecho de la responsabilidad de acuerdo con las normas comunitarias europeas y de derecho comparado”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Juan Luis IGLESIAS PRADA (coord.), III, Civitas, Madrid, 1996, pág. 2898 y Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *op. cit.*, pág. 523.

²⁴¹⁰ Así lo califican Laura GAZQUEZ SERRANO, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea: Derecho Comunitario y de los Estados Miembros”, en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2002, n. 32. www.asociacionabogadosrcs.com (fc: 02.12.2012). Término “responsabilidad objetiva relativa” está utilizado también por el Dictamen del CESE de 2000 sobre el Libro Verde de la responsabilidad por productos y el Segundo Informe de la Comisión de 2001 sobre la aplicación de la Dir. 85/374.

²⁴¹¹ Así en la jurisprudencia en grado de apelación las SSAP de Badajoz de 30.03.2005 (JUR 2006, 39181), de Pontevedra de 20.01.2003 (AC 2003, 148) y de Tarragona de 26.01.2005 (AC 2005, 846); en la doctrina hablan de la responsabilidad atenuada Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 429, refiriéndose a la Dir 85/374 DÍEZ DE LEZCANO, “La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación, ADC, julio. septiembre 1990, pág. 784.

²⁴¹² Pilar GUTIERREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de la Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pp. 155-156.

²⁴¹³ C. John MILLER/Richard S. GOLDBERG, *Product Liability*, 2 ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 260.262.

²⁴¹⁴ DOCE núm. C241, de 14.10.1976.

daba a entender que sin la voluntad del productor no había puesta en circulación del producto al declarar que “el fabricante no debería ser responsable cuando la cosa defectuosa ha sido puesta en circulación contra su voluntad”. Entre otros textos internacionales en la misma materia, el art. 2d) del Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad derivada de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, de 27 de enero de 1977²⁴¹⁵ apuntaba que “[u]n producto ha sido ‘puesto en circulación’ cuando el productor lo ha entregado a otra persona”. Así las cosas, el poner el énfasis en la entrega del producto se traduce en que la puesta en circulación puede tener lugar con anterioridad a la recepción del producto por la cadena de distribución comercial. Diferente, pues, puede ser la condición de la persona que recoge dicho producto, pudiendo ser lo un distribuidor o un consumidor²⁴¹⁶. Apunta también a la entrega del producto como el momento decisivo para la puesta en circulación de dicho bien la Ley austriaca de responsabilidad por productos, de 1 de julio de 1988. De acuerdo con el art. 6 de la mencionada normativa

“Un producto se ha puesto en circulación en el momento en que el empresario, con independencia del título que le sirve de base, entrega al otro el poder de disposición o el uso del producto. Es suficiente el envío al comprador.”²⁴¹⁷”

En este sentido, parece de interés un precedente norteamericano, *Gillespies v. Great Atl. & Pac. Tea Co.*²⁴¹⁸, juzgado por el Tribunal de Apelación de Carolina del Norte en 1972. Los hechos del caso versaban sobre un accidente en el que un cliente de una tienda de self-service, a causa de la explosión de dos botellas de soda que iba a comprar, sufrió lesiones en su muñeca izquierda. Basándose en la regulación contenida en el *Uniform Commercial Code* el tribunal declaró que

²⁴¹⁵ Véase versión en inglés en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/091.htm> (fc: 27.11.2012).

²⁴¹⁶ Ana Isabel LOIS CABALLÉ, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 232.

²⁴¹⁷ Traducción por Josep SOLE FELIU, *El concepto del defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 264.

²⁴¹⁸ 187 S.E. 2d 441.

“ ... somos de la opinión de que, bajo el G:S: 25-2-401(2), el momento de pago no es determinante de la cuestión sobre cuándo tiene lugar una venta. Si ha existido una entrega completa por el vendedor, la venta ha sido perfeccionada y las garantías implícitas despliegan su eficacia bajo el G.S. 25-2-314²⁴¹⁹” .

El Tribunal declaró responsable al demandado entendiendo que el contrato se celebró en el momento en el que el demandante cogió las botellas con intención de pagarlas en el cajero.

En España la mejor doctrina relaciona la puesta en circulación de un producto con su salida de la esfera del poder del fabricante²⁴²⁰ y distingue entre dos aspectos fundamentales del mismo fenómeno: subjetivo- vinculado con la voluntariedad del acto del productor y objetivo- que se traduce en la entrega material del producto y su salida del control del productor²⁴²¹.

Observancia del primer de los aspectos impide que la puesta en circulación se efectúe contra la voluntad del productor, es decir, aquella ha de ser consentida voluntariamente por él. Así lo entendía ya el Proyecto de Ley francesa, de 23 de mayo de 1990, al establecer en su art. 1386-5 que “[u]n producto es puesto en circulación cuando el productor se ha deshecho voluntariamente de él²⁴²²”. En consecuencia, para que esta causa de exoneración opere es preciso que el producto se encuentre fuera del control del productor y que esta puesta en disposición no tenga origen en su decisión empresarial de comercializarlo, o bien que fueron terceras personas que han puesto el

²⁴¹⁹ Traducción por Juan Antonio RUIZ GARCÍA/Esther FARNÓS AMORÓS, “Causas de exoneración de la responsabilidad. (I) Falta de puesta en la circulación del producto”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/ Fernando GÓMEZ POMAR ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 512.

²⁴²⁰ Josep SOLÉ FELIU, “El concept de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos)”, *RJC*, 1995.4, pág. 967, y EL MISMO, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños Causados por Productos Defectuosos*, op. cit., pág. 263.

²⁴²¹ María José REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de la responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998, pp. 196 y ss. y Josep SOLÉ FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños Causados por Productos Defectuosos*, op. cit., pág. 265.

²⁴²² Traducción por Ana Isabel LOIS CABALLÉ, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, op. cit., pág. 238.

producto en circulación sin consentimiento y permiso del empresario, fabricante o importador²⁴²³; caso de los productos robados o sustraídos y posteriormente introducidos en el mercado, o productos perdidos durante su transporte entre una fase y otra del proceso de producción y que, en consiguiente, fueron usados o puestos en circulación por quien los encuentra o, un caso muy frecuente hoy en día, de los productos que, almacenados con tal de tirarlos por alcanzar la fecha de caducidad, han sido recogidos para la consumición por personas sin techo o con bajos o nulos ingresos. La exoneración de la responsabilidad objetiva a base del régimen establecido en el TRLGDCU no significa que el fabricante no puede responder en virtud de las reglas generales de responsabilidad civil (arts. 1902 y ss. CC) si incurrió en negligencia en lo que respecta las condiciones de almacenamiento o de transporte, o cuando la omisión de las pertinentes medidas de seguridad ha llevado al robo o pérdida del producto²⁴²⁴.

La libre voluntad está sujeta a libre valoración del Juez, manifestándose la intención del productor de poner el producto en la cadena de comercialización en hechos de carácter diverso, evaluables según las circunstancias de cada caso. A este efecto, existen casos, como por ejemplo la realización de test, pruebas o muestreos que no tendrán consideración de puesta en circulación, a pesar de la posible confusión que pueden causar al carecer el acto del productor del consentimiento explícito y caracterizarse, sin embargo, por ciertas preparaciones que pueden “engañar” en este aspecto. El producto será puesto en circulación, en cambio, cuando lo que se reparte son sus muestras gratuitas. En este supuesto el producto está acabado y el envío o el reparto se hace con fines publicitarios²⁴²⁵.

En la doctrina se menciona aparte de la necesidad de que el productor haya decidido introducir el producto en el mercado, la necesidad de que el demandado sea el fabricante o el importador (o proveedor si se trata con el art. 138.2). En este sentido, la causa de exoneración aquí comentada prosperará en casos de piratería industrial o comercial, que abarcan los supuestos de imitaciones de productos de cierta marca en los que, con mucha frecuencia, se demanda al titular de la marca originaria, así como los

²⁴²³ Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, op. cit., pp. 152.153.

²⁴²⁴ Josep SOLÉ FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños Causados por Productos Defectuosos*, op. cit., pp. 266.267. En el mismo sentido, Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pág. 112.

²⁴²⁵ Ana Isabel LOIS CABALLÉ, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, op. cit., pág. 243 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, op. cit., pág. 527.

casos de los productos fabricados de la misma forma por fabricantes distintos. En este último supuesto la víctima, al no poder identificar al fabricante del concreto bien defectuoso, reclamará los daños y perjuicios de todos sujetos involucrados en la producción de las mercancías mencionadas con anterioridad²⁴²⁶.

El elemento objetivo, cuya existencia se exige para la protección otorgada por la legislación en materia de productos defectuosos, equivale a que el producto esté fuera del ámbito de fabricación. Por tanto, se señaló, venta del producto no constituye la condición necesaria para que la acción fundada en el TRLGDCU prospere. A este efecto, debido a que la puesta en circulación se efectúa por lo general en el ámbito de la actividad empresarial del sujeto en cuestión, se considera como suficiente la exteriorización del producto en la esfera comercial del fabricante, importador o proveedor, en su caso, o que dicho producto haya tenido alguna difusión publicitaria, como por ejemplo en caso de los productos de propaganda desde el momento de su reparto al domicilio. Se exige además que la cosa haya sido entregada materialmente al receptor, por lo que se descarta cualquier posibilidad de la transmisión espiritualizada o indirecta que no constituye tradición física dado que el fabricante, en estos casos, sigue siendo el poseedor inmediato del producto, a pesar de que la posesión mediata ha sido transferida a otra persona²⁴²⁷.

El esquema, según el cual la puesta en circulación consiste de dos elementos: subjetivo y objetivo, ha sido verificado con posterioridad por algunos autores de la doctrina española. En palabras de dichos autores, existe la puesta en circulación siempre que se dé al producto un destino que lo sitúa más allá de la estricta fase de producción y expone a un número considerable de personas ajenas a la esfera interna del productor a los riesgos que derivan del defecto. Por consiguiente, habrá puesta en circulación en aquellos casos en que el producto defectuoso causa daños mientras se encuentra expuesto en ferias y exposiciones, o se cede a prueba; o cuando una vez concluido el proceso de fabricación, el fabricante destina el producto a un uso interno dentro de la

²⁴²⁶ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 175, LA MISMA, “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, op. cit., pág. 744, LA MISMA, “La Responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, op. cit., pp. 1229-1230.

²⁴²⁷ Juan Antonio RUIZ GARCÍA/ Esther FARNÓS AMORÓS, “Causas de exoneración de la responsabilidad. (I) Falta de puesta en la circulación del producto”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/ Fernando GÓMEZ POMAR ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 498.

propia empresa²⁴²⁸.

En lo que al Derecho Comparado se refiere, no todos los Ordenamientos incluyen entre las causas de exoneración de la responsabilidad por productos defectuosos a la falta de puesta en circulación del producto. Uno de estos ejemplos nos propicia la *Restatement (Third)* norteamericana. Esto es así porque “el momento de venta o distribución”, que en este caso indicaría el instante en el que un producto es puesto en circulación, constituye uno de los elementos integrantes de la definición del defecto del producto. Así, el art. 2 “[c]ategorías de defectos de producto”, establece

“Un producto es defectuoso si, en el momento de la venta o distribución, contiene un defecto de fabricación, es defectuoso en el diseño, o es defectuoso como consecuencia de instrucciones o advertencias inadecuadas ...”

Así las cosas, se exige “la prueba que el defecto invocado ya existía cuando el producto salió de la esfera del fabricante y causó los daños al demandante” o, que es lo mismo, dejó de estar “bajo el control del fabricante”. De esta manera se pronunció el Tribunal de Apelaciones de Ohio en el caso *Donegal Mut. Ins. V. White Consol. Indus.*²⁴²⁹ en el que una estufa eléctrica había causado un incendio al producirse un cortocircuito en su enchufe. De la sentencia se desprende que

“[a]nte la ausencia de cambios sustanciales en las condiciones en las que el producto fue vendido, debe inferirse que el defecto estaba presente cuando dejó de estar bajo el control del fabricante (...) Esto puede

²⁴²⁸ Miquel MARTÍN CASALS/José SOLÉ FELIU, “Aplicación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación”, *op.cit.*, pág. 4, LOS MISMOS, “Comentario a la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2003” *CCJC*, núm. 62, junio.abril, 2003, pág.797, LOS MISMOS, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)”, *op. cit.* pp. 25-26, LOS MISMOS, “La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas”, *Derecho Privado europeo*, coord.. Sergio CÁMARA LAPUENTE, Madrid, Cóllex, 2003, pp. 923-924, Esta interpretación de la puesta en circulación deriva también de la STJCE de 10.05.2001 (TJCE 2001, 133) dictada en el asunto C.203/99 *Veefald*.

²⁴²⁹ 852 N.E. 2d 215.

establecerse mediante la prueba de que el producto no fue alterado.^{2430»}

En el Derecho español fue muy crítico con la legislación española en este aspecto una parte de la doctrina argumentando que la puesta en circulación no debería, como es en virtud del TRLGDCU, ser una mera circunstancia más a valorar, junto a la presentación y al uso razonablemente previsible del producto, sino habría que incluirla como un elemento autónomo dentro de la definición de defecto²⁴³¹.

Y finalmente, dos sentencias del TJCE coadyuvan en la labor de interpretación del indefinido concepto de la puesta en circulación. En *Henning Vedfeld v. Århus Amtskommune* se planteó la cuestión de si un producto obtenido en los laboratorios o en la farmacia de un hospital para su uso directo en el marco de una prestación sanitaria debe entenderse como una puesta en circulación. A este efecto, el Tribunal concluyó que para que un acto tenga consideración de puesta en circulación es irrelevante si el producto haya sido comprado a un tercero. Se trata con ésta también en el caso en que el producto haya sido fabricado en el centro donde se presta el servicio. De ahí que la puesta en circulación se produzca con la mera utilización del producto en el proceso de prestación del servicio, es decir, cuando el fabricante utilice internamente los productos de fabricación propia²⁴³². En *Declan O’Byrne y Sanofi Pasteur MSD Ltd. y Sanofi Pasteur S.A.* el TJCE declaró que las causas de exoneración de la responsabilidad por productos defectuosos contenidas en el art. 7 exigen que se las interprete de forma estricta. Detrás de esta constatación se esconde el principio *pro damnato*. Así, se señaló, un producto se pone en circulación

“cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a la disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido” (§27 y 32) y

²⁴³⁰ Traducción por Juan Antonio RUIZ GARCÍA/Esther FARNÓS AMORÓS, “Causas de exoneración de la responsabilidad. (I) Falta de puesta en la circulación del producto”, *op. cit.*, pág. 511.

²⁴³¹ Josep SOLÉ FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, *op. cit.*, pp. 252-253.

²⁴³² Miguel RUIZ MUÑOZ, *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante (A propósito de la jurisprudencia del TCJE)*, *op. cit.*, pp. 68-69.

“[C]orresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar (...) si los vínculos entre el productor y otra entidad son lo suficientemente estrechos para que el concepto de productor (...) englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no determine su puesta en circulación en el sentido de las mencionadas disposiciones.²⁴³³”

5.4.2 Presunción de inexistencia del defecto cuando el producto se puso en circulación.

Como *ratio legis* de esta causa de exoneración se señala las dificultades probatorias con las que se puede encontrar el fabricante a la hora de probar con absoluta certeza que el defecto que tiene el producto que ha puesto en circulación no era originario sino que sobrevino con posterioridad. Es por ello que el legislador europeo optó por establecer una presunción que permite exonerar al fabricante, importador o proveedor en caso en el que existe solamente la probabilidad de que el defecto no existiera en un principio²⁴³⁴.

Así las cosas, la excepción se aplicará en caso de los defectos distintos al defecto de fabricación, puesto que el productor se verá exonerado de la responsabilidad en caso del defecto del producto que, se presume, sobreviniera después de que el producto salió de sus manos. La falta de seguridad observada en alguna o algunas de las mercancías puede tener origen en otras causas, como, por ejemplo, en mala instalación, mal almacenamiento, transporte, en manipulación de un tercero o incluso en un incorrecto uso por parte de la víctima. Esta excepción no se aplicará en caso de un defecto debido a falta de conservación, una vez acabada la fabricación, si éste se produjo antes de que el producto haya sido puesto en circulación²⁴³⁵.

En cuanto a la prueba de las circunstancias en las que se produjo el daño; prueba

²⁴³³ Traducción por Juan Antonio RUIZ GARCÍA/Esther FARNÓS AMORÓS, “Causas de exoneración de la responsabilidad. (I) Falta de puesta en la circulación del producto”, *op. cit.*, pág. 530.

²⁴³⁴ Juan Ramón HIDALGO MOYA/Manuel OLAYA ADÁN, *Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*, *op. cit.*, pág. 132. Así también SSAP de Madrid de 21.03.2005 (JUR 2005, 107495).

²⁴³⁵ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, *op. cit.*, pág. 126. En la jurisprudencia así SAP de Valencia de 12.07.2001 (JUR 2001, 279709).

que recae sobre el demandante y que requiere la formación de un criterio sobre el carácter defectuoso del producto por parte del órgano judicial, es suficiente que el demandante pruebe que el producto tiene otras características que los demás de la misma serie (art. 137.2 TRLGDCU). A estos efectos, se ha señalado, por ejemplo, que los defectos de diseño siempre anticipan la puesta en circulación y afectan a todos ejemplares de la misma serie en igual medida²⁴³⁶. Así, muchas veces el hecho de que un ejemplar de una serie difiera de los de su misma clase y características tendrá origen en la imprevisible actuación de un tercero sobre el que el productor no tiene control y, en consiguiente, la obligación de responder. En lo que a los defectos de información se refiere, como regla general se descarta la posibilidad de una intervención de terceros en las advertencias o instrucciones que llegan a los consumidores, aunque pueden darse casos de alteración de su contenido por parte de los cuasifabricantes, importadores o incluso, detallistas²⁴³⁷.

Aparte de la prueba negativa de la inexistencia de un defecto realizada a través de los indicios alegados por el productor que pueden dar lugar a la presunción aquí comentada, éste puede naturalmente aducir una prueba positiva para la aparición del defecto con posterioridad a la puesta en circulación.

Ahora bien, constituyen indicios que permiten presumir la inexistencia del defecto en el momento de la puesta en circulación: 1. Cumplimiento de las medidas de vigilancia y de control de calidad, 2. Transcurso de un largo periodo de tiempo después de la puesta en circulación del producto, por lo que dicho transcurso contribuye a la fatiga de los materiales y, en consiguiente, puede indicar que el defecto no existió antes de la puesta en circulación (el llamado criterio de la vida útil), 3. Uso o consumo del producto posterior a su fecha de caducidad, 4. Uso o consumo incorrecto por parte del consumidor en función del tipo del producto, como, por ejemplo, la modificación del diseño por parte del usuario, la falta del mantenimiento del bien en condiciones de seguridad o la conducta del usuario que incrementa los riesgos propios de un producto; en este último caso el límite de exoneración se encuentra en el deber del productor de informar sobre estos riesgos; 5. Conductas de terceros sobre el producto. Entre dichos

²⁴³⁶ Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 327.

²⁴³⁷ Sonia RAMOS GONZÁLEZ/Antoni RUBÍ PUIG, “Presunción de inexistencia del defecto cuando el producto se puso en circulación”, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pág. 535.

terceros, se pueden enumerar los que intervienen entre el proceso de fabricación del producto y su suministro al consumidor, es decir, los que se ocupan de almacenaje, transporte o el suministro de los bienes, sin perjuicio de que el fabricante, al escapar de la responsabilidad pueda responder en este caso por hecho ajeno del art. 1903 CC, sujetos que intervienen durante el proceso de fabricación y tienen la consideración legal del productor, como fabricante de la materia prima o el de una parte integrante del producto, tercero a través de su conducta dolosa que pueden dar lugar a la responsabilidad penal (*kriminell veränderten Produkte, criminally tampered products*) y, finalmente, instaladores, reparadores o responsables de la conservación del producto²⁴³⁸.

En opinión de una parte de la doctrina, la excepción del art. 140.1.b podrá adaptarse también al importador y proveedor. En caso de este primero, en cuanto pruebe que cuando introdujo el producto en la Unión Europea éste no era defectuoso. El segundo podrá exonerarse de la responsabilidad si prueba que cuando él entregó el producto, éste no era defectuoso²⁴³⁹.

5.4.3 Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial.

El art. 140.1 c) del TRLGDCU excluye del régimen de la responsabilidad por productos defectuosos a estos productos que han sido fabricados sin ánimo de lucro y al margen de una actividad empresarial o profesional.

En cuanto al primero de los incisos, se señala que la finalidad económica no tiene por qué coincidir con el ánimo de lucro del fabricante²⁴⁴⁰, pero una parte de la doctrina considera que pago de un precio o de una prestación constituye un elemento que ha de cumplirse necesariamente si queremos hablar de ella²⁴⁴¹. Caso controvertido constituye el de las muestras gratuitas. Muchos de los autores opinan que la difusión de

²⁴³⁸ Sonia RAMOS GONZÁLEZ/Antoni RUBÍ PUIG, “Presunción de inexistencia del defecto cuando el producto se puso en circulación”, *op. cit.*, 539. 548.

²⁴³⁹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pp. 178-179.

²⁴⁴⁰ Álvaro LUNA YERGA/Marian GILI SALDAÑA, “Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo Salvador Coderch/Fernando Gómez Pomar (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 557.

²⁴⁴¹ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Las causas de exoneración de la responsabilidad de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 49 y Juan GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 89.

unidades de producto, incluso de forma gratuita, dentro de la campaña promocional entra dentro del ámbito de la aplicación de la Ley 22/1994 (ahora TRLGDCU), sin que dicha difusión sirva de causa de exoneración de la responsabilidad²⁴⁴². Los hay quienes afirman que la responsabilidad del fabricante subsistirá también en los supuestos en los que los productos estén destinados para regalos, si bien con una finalidad publicitaria, de captación de clientela, o incluso como reclamo para la venta de otros productos, dado que bajo este actuar también se esconde una clara finalidad económica.²⁴⁴³

En cuanto al marco profesional o empresarial al que se refiere en su segundo inciso la let. c) del par. 1 del art. 140 del TRLGDCU, bajo el régimen de este último falta una regulación precisa de lo que es “actividad empresarial”. A este efecto, y de forma muy ambigua, el art. 4 del TR suscita que “a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”. Para suplir estas faltas, tanto práctico como teórico del Derecho civil habría que remitirse a la rama vecina de este Derecho para comprobar, que bajo el concepto de empresario se entiende a una persona física o jurídica que, por sí o por medio de delgados, ejerce y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad²⁴⁴⁴. Para concretar más, se consideran empresarios todos los “operadores económicos autónomos”, entre ellos empresarios agrarios, artesanos, pescadores y vendedores ambulantes²⁴⁴⁵.

En la ayuda de esta incompleta, en este sentido, ley vinieron, como suele suceder en este tipo de casos, los estudiosos de Derecho. Así se multiplicaron diversas interpretaciones de la referida ya actuación empresarial o profesional. Según un sector doctrinal, ésta incluye también actos ocasionales de comercio, a pesar de que les falte el elemento de profesionalidad. Categoría esta englobaría, a modo de ejemplo, a productos

²⁴⁴² M^a Ángeles PARRA LUCÁN, La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, *op. cit.*, pág. 1486, LA MISMA, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil de fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 179, Fernando REGLERO CAMPOS, “Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Inuiria*, núm. 5, 1995, pág. 160

²⁴⁴³ Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Ediciones *Revista General del Derecho*, *op. cit.*, pág. 124.

²⁴⁴⁴ Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 30 y ss.

²⁴⁴⁵ Francisco VINCENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 102 y ss.

artesanales que se permutan o venden entre los familiares, vecinos o amigos²⁴⁴⁶. En la literatura, sin embargo, no faltan posturas contrarias a ésta. Los hay quienes mantienen que el “inventor casero”, el “fabricante ocasional” o una persona que artesanal y no habitualmente elabora un determinado producto para su posterior enajenación están sujetas a la excepción aquí comentada y, en consiguiente, no responderán a base del TRLGDCU (antes de la Ley 22/1994); esto sí, sin perjuicio de su posible responsabilidad en virtud de las normas generales del Código Civil (art. 1902 CC y ss.)²⁴⁴⁷. Según la *Restatement (Third)* com. c) al art. 1

“La regla establecida en este artículo se aplica sólo a los fabricantes y otros vendedores y distribuidores comerciales que se dediquen al negocio de la venta o distribución del tipo de producto que ha causado daños al demandante. La regla no se aplica a aquel que vende comestibles a un vecino, o al propietario privado de un automóvil que lo vende a otro”.

Y más adelante,

“No es necesario que un vendedor comercial o distribuidor se dedique exclusivamente o ante todo a la venta o distribución del tipo de producto que ha causado daños al demandante, siempre que la venta del producto no sea ocasional o casual²⁴⁴⁸.”

Y, por, último, la profesionalidad no se convierte en sinónimo de la distribución

²⁴⁴⁶ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 49. En la misma línea, Miquel MARTÍN CASLAS/ Josep SOLÉ FELIU, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 10, diciembre 2003, pág. 8.

²⁴⁴⁷ Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 62. De forma parecida, José Manuel BUSTO LAGO/Yolanda ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, *op. cit.* pp. 453-454.

²⁴⁴⁸ Traducción por Álvaro LUNA YERGA/Marian GILI SALDAÑA, “Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial”, *op. cit.*, pág. 558.

de productos en masa, ya que este término puede englobar también perfectamente la comercialización de los productos específicos para determinado cliente, como por ejemplo, prótesis dentales o fórmulas magistrales preparadas por farmacéuticos²⁴⁴⁹. En cambio, se quedarán fuera del ámbito de aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva establecido por el TRLGDCU y, por tanto, podrán hacer uso de la excepción contenida en el art. 140.1 c) no solamente particulares, sino también productores que actúan como particulares²⁴⁵⁰.

Ahora bien, ambas condiciones, aquí distribución con finalidad económica y suministro o distribución en el marco de una actividad profesional o empresarial, han de concurrir conjuntamente²⁴⁵¹. Visto el problema de esta manera, el espectro de los eventuales supuestos que cumplirían con ambos requisitos simultáneamente se limitará a contados ejemplos. Muchos de los casos sujetos al examen contarán sólo con uno de los incisos del art. 140.1 c). De ahí que no puedan hacer uso de dicha causa de exoneración a) un fabricante que desarrolla su actividad con la finalidad económica y en el marco de una actividad profesional o empresarial, como por ejemplo el pastelero que hornea y vende galletas defectuosas en el marco de su actividad profesional; b) un fabricante que desarrolla su actividad sin finalidad económica pero en el marco de una actividad profesional o empresarial- el mismo pastelero pero que esta vez hornea galletas defectuosas para donarlas a una institución benéfica; y c) un fabricante que actúa en el mercado con la finalidad económica pero fuera del marco de la actividad profesional o empresarial, como, haciendo uso del mismo ejemplo, un particular que hornea galletas en sus ratos libres y las vende después en un mercadillo²⁴⁵².

Y finalmente, el TJCE, en el ya citado aquí caso del noruego Henning

²⁴⁴⁹ Iciar CORDERO CUTILLAS, “La puesta en circulación en la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *EC*, núm. 53, 2000, vol. 15, pág. 49.

²⁴⁵⁰ Álvaro LUNA YERGA/Marian GILI SALDAÑA, “Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial”, *op. cit.*, pág. 556.

²⁴⁵¹ A favor de esta interpretación en el Derecho español, Guillermo ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante (derecho comunitario y adaptación al derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 123, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 48, Juan GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 89, Ana Isabel LOIS CABALLE, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, *op. cit.*, pág. 249, Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, *op. cit.*, pp. 181.183, Miquel MARTÍN CASALS/ Josep SOLÉ FELIU, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)”, *op. cit.*, pp. 7-8. En el Derecho alemán así, Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pág. 2713.

²⁴⁵² Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “20 problemas en la aplicación de la Ley de Responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución”, *op. cit.*, pág. 7.

VEEDFALD, desprendido de la oportunidad de trasplante de un riñón que precisaba su estado de salud, que le había sido donado por su hermano y que había sido fabricado de manera defectuosa por la farmacia de un hospital municipal, declaró que

“El hecho de que los productos [hayan sido] fabricados para una prestación médica concreta que no es pagada directamente por el paciente, sino que se financia con cargo a los fondos públicos alimentados por los contribuyentes, no puede privar a la fabricación de estos productos de su carácter económico y profesional. En efecto no se trata de una actividad voluntaria que, como tal, podría estar comprendida en la exoneración de responsabilidad prevista en el art. 7, letra c) de la Directiva. Además la propia Amtskommen reconoció en la vista que, en semejantes circunstancias, un hospital privado sería sin duda alguna responsable del estado defectuoso del producto con arreglo a las disposiciones de la Directiva.²⁴⁵³”

5.4.4 Elaboración de productos conforme a normas imperativas existentes.

El art. 140.1 d) que transpone al Derecho español el art. 7 d) de la Directiva 85/374 establece la siguiente excepción, según la cual el fabricante, importador o proveedor, en su caso, pueden exonerarse de la responsabilidad establecida por dichas normativas si prueban que el defecto, en el momento de la puesta del producto en la circulación, se debió a que éste fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

En el Derecho alemán a una norma se le otorga carácter imperativo en los supuestos en los que la autorización es concedida únicamente si la solicitud cumplió con la norma técnica precisa de que se trate²⁴⁵⁴. Y es que además, a propósito de la

²⁴⁵³ Traducción por Álvaro LUNA YERGA/Marian GILI SALDAÑA, “Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial”, *op. cit.*, pág. 557.

²⁴⁵⁴ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBI PUIG, “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 580-581 citando a Hans Josef KULLMANN, *Produkthaftungsgesetz. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG)*.

normativa vigente en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, la imperatividad se traduce no solamente en la imposición por la norma *ius cogens* de determinadas condiciones a cumplir por la persona sujeta a ellas, sino también en que dicha norma no admita posibilidad alguna de realizar curso alternativo de la conducta. Tal norma ha de ser también precisa, vinculante y protegida por una sanción (*sanktionsbewehrt*), condicionar la actividad del sujeto y, en casos extremos, su presencia en el mercado. Desde el punto de vista práctico esto significa que en el curso del proceso el fabricante se encontrará con la tarea de probar que no tenía otra alternativa que cumplir con la norma²⁴⁵⁵.

El precepto levantó discusiones alrededor de si se puede incluir dentro del concepto de la norma imperativa al acto administrativo²⁴⁵⁶. La doctrina parece inclinarse a dar una respuesta negativa a dicha cuestión. En este sentido, la excepción abarcaría solamente disposiciones normativas *sensu stricto*. En cuanto a otros actos, como, por ejemplo, instrucciones o requerimientos de autoridad reguladora o de servicios de inspección, éstos también cumplen con la premisa de la excepción si concretan la generalidad de una norma *ius cogens* que les legitima a ello. Entrarán dentro del ámbito de aplicación de la excepción aquí comentada también normas técnicas o incluso códigos de buenas prácticas en cuanto una disposición imperativa se remita explícitamente a ellas de forma que éstas formen parte integrante de tal disposición, revistiéndose de su carácter imperativo. No cumplen este criterio, en cambio, las normas puramente privadas, por ejemplo, las internacionales ISO y ASTM, o estatales, como AENOR (España), DIN (Alemania) o ANSI (EEUU)²⁴⁵⁷.

En el Derecho norteamericano la conformidad con las reglas imperativas como causa de exoneración no prosperará en caso en el que un *diseño procedente del*

Kommentar; Erich Schmidt Verlag, Berlin, 4ª ed., 2004, pág. 59. En el Derecho español sobre la norma imperativa Juan Ramón HIDALGO MOYA/Manuel OLAYA ADÁN, *Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*, op. cit., pp. 78-79, 132-133.

²⁴⁵⁵ Gerhard WAGNER, „§1 Produkthaftungsgesetz“, en Peter Ulmer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III*, Beck, München, 4ª ed., 2004, citado por Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBI PUIG, “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, op. cit., pág. 582.

²⁴⁵⁶ Véase en la doctrina alemana, Jürgen OESCHLER, “§1 ProdHaftG”, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 826.829, *Produkthaftungsgesetz*, ed. Revisada De Gruyter, Berlin, New York, 2003. Rn 102, Josef KULLMANN, *Produkthaftungsgesetz. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG). Kommentar*, op. cit., pág. 59, Gerhard WAGNER, „§1 Produkthaftungsgesetz“, op. cit., Rn. 48,

²⁴⁵⁷ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBI PUIG, “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, op. cit., pp. 579.580.

fabricante está únicamente aprobado por el gobierno, sin que dicho diseño esté sujeto a algún examen o evaluación adicional de su bondad (“*rubber stamp approval*”)²⁴⁵⁸. En España similar regla se puede aplicar a las autorizaciones y licencias que a pesar de alcanzar un obstáculo legal no convalidan los defectos de fabricación, diseño o en las instrucciones o advertencias²⁴⁵⁹. No obstante, y volviendo otra vez a los Estados Unidos, quien puede alegar la excepción aquí comentada es el fabricante que ha elaborado un producto *de acuerdo con el diseño o instrucciones del gobierno federal*, si tal producto es defectuoso y causa daños (la llamada *Government Contractor Defense*)²⁴⁶⁰. En tal caso el *case law* norteamericano introduce un requisito adicional en forma de la advertencia al gobierno sobre los riesgos asociados con el uso del producto defectuoso. Cumplimiento de este requisito por parte del fabricante contratante del gobierno está condicionado por el hecho de que éste sepa de tales riesgos, mientras éstos son desconocidos por el gobierno mismo. Sentó el precedente en esta materia el caso *Boyle v. United Technologies Corp.*²⁴⁶¹ cuyos hechos versaban sobre un accidente aéreo en el que un helicóptero cayó al mar, causando muerte del piloto que no podía salir de la cabina. Su padre interpuso la reclamación por daños y perjuicios argumentando que la muerte de su hijo tuvo causa en el defecto de diseño del sistema de salida de urgencia, elaborado por unos contratistas del gobierno estadounidense. En la resolución del caso el Tribunal delimitó la excepción de elaboración del producto conforme a normas imperativas existentes empleando a este propósito un triple criterio. Así las cosas, declaró, una acción por defecto de diseño dirigida contra contratista del gobierno no puede prosperar si:

- a) El gobierno estableció especificaciones razonablemente precisas²⁴⁶²,
- b) El equipo se ajustó a tales especificaciones, y

²⁴⁵⁸ *Trevino v. General Dynamics Corp* 865 F. 2d 1474 (5th Cir. 1989).

²⁴⁵⁹ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBI PUIG, “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, *op. cit.*, pág. 578.

²⁴⁶⁰ James A. HENDERSON/Aaron D. TWERSKI, *Product Liability, Problems and Process*, Aspen Publishers, New York, 5ª ed., 2004, pp. 499.501.

²⁴⁶¹ 487 U.S. 500 (1988).

²⁴⁶² En la doctrina española así Juan José MARÍN LÓPEZ, “Informe sobre la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (2002.2005)”, Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla La Mancha. Septiembre 2005, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2005/19.2005.4.pdf> (fc: 01.12.2012).

- c) El proveedor o contratista advirtió al gobierno sobre los riesgos asociados al uso del equipo en cuestión, si los conocía y eran desconocidos por el gobierno mismo.

De esta manera se intenta prescindir de la situación en la que el fabricante tiene una extra motivación para esconder la existencia y gravedad de riesgos que quizá el mismo mejor conozca.

En España, sigue la misma línea de interpretación un sector de la doctrina, el cual opina que sobre el fabricante pesan unos deberes de advertencia y seguimiento que le obligan, por sus especiales conocimientos, a hacer saber, a quién dicto la norma imperativa, sobre sus eventuales consecuencias negativas de aplicación. De otra manera, el fabricante ha de advertir a la autoridad pertinente sobre la naturaleza defectuosa del producto elaborado según sus especificaciones legales y sobre los daños que pudiera causar; esto sí, si puede o debe saber que tal producto posee dicha naturaleza. De lo contrario, incurre en culpa o en dolo; hechos que no encuentran su justificación en la causa de exoneración aquí comentada. Tales deberes recaen también sobre aquellos fabricantes de los que se sabe que han tomado conocimiento del defecto con posterioridad a su puesta en circulación. Por tanto, la excepción pretende resolver un conflicto entre dos normas: una imperativa y otra que impone el régimen de la responsabilidad objetiva y no “dar asilo” al dolo y la negligencia simple, que como tales están sujetos a las reglas generales de la responsabilidad (art. 128. II TRLGDCU) y las específicas sobre seguridad del producto (Directiva 2001/95 y Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos²⁴⁶³)²⁴⁶⁴.

Y, por último, se ha señalado como un caso problemático aquel en el que el fabricante se somete a las normas imperativas del país de producción del producto mientras en la Unión Europea producción de los mismos bienes está sujeta a otra regulación de carácter *ius cogens*²⁴⁶⁵. En tal caso, se suele afirmar, que el fabricante no puede exonerarse de la responsabilidad con el fundamento en la excepción aquí

²⁴⁶³ BOE núm. 9 de 10.01.2004.

²⁴⁶⁴ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBI PUIG, “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, *op. cit.*, pp. 582-583. De forma parecida, Marian IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 336.

²⁴⁶⁵ Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pp. 314-315.

comentada porque el TRLGDCU se refiere a normas imperativas vigentes en España y no en otro país, si éste no es miembro de la Unión Europea²⁴⁶⁶.

5.4.5 La excepción por los riesgos de desarrollo.

Riesgos de desarrollo son los generados por un defecto del producto que, en el momento de su puesta en circulación, el estado de conocimientos científicos y tecnológicos²⁴⁶⁷ no permite reconocer²⁴⁶⁸.

El tema de los riesgos de desarrollo fue uno de los más problemáticos, más estudiados y discutidos en el proceso de la formulación de la Directiva. Su inclusión final en este texto normativo levantó una ola de críticas revolucionando no solamente la doctrina de los países europeos sino también diferentes lobbys afectados por su introducción. Y esto que fue solamente una solución de compromiso, puesto que el legislador europeo dejó a la consideración de Estados miembros de la Unión Europea la eventual no inclusión de la cláusula en los textos que transponen la normativa a los Ordenamientos nacionales. Convertido en un “tema delicado y sensible” paso a formar parte de la consulta y reflexión en el Libro Verde de la Responsabilidad por Productos de 1999. Dirigidos a evaluar su posible supresión, el Dictamen emitido sobre dicho Libro por el CESE en el año 2000, así como el Informe de la Comisión de enero de 2001 sobre la Dir. 85/374 declararon que era demasiado temprano para tomar cualquier decisión en torno a la eventual reforma de la regulación. El Segundo Informe señaló como los más afectados por los riesgos de desarrollo los defectos emergentes en los

²⁴⁶⁶ Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Ediciones Revista General del Derecho, op. cit., pág. 130.

²⁴⁶⁷ En la doctrina se ha debatido con extensión sobre la expresión “estado de conocimientos científicos y tecnológicos”. Véase al respecto, M^ªPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *Act. Civ.*, núm. 35, 1998, pp. 853-870, Ramiro J. PRIETO MOLINERO, *El riesgo del desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 189-226, Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”, *InDret*, 1/2008 www.indret.com (fc:01.12.2012), Pablo SALVADOR CODERCH/ Josep SOLE FELIU/Joan C. SEUBA TORREBLANCA/Juan Antonio RUÍZ GARCÍA/Jordi CARRASCO MARTÍN/Álvaro LUNA YERGA, “Los riesgos del desarrollo”, *InDret*, 1/2001, www.indret.com (fc: 01.12.2012), Goretti VADILLO ROBREDO, “Notas a los ‘riesgos del desarrollo’ o el ‘estado de la Ciencia’ en la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *Estudios de Deusto*, vol. 46.1, 1998, pp. 227- 283.

²⁴⁶⁸ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo Salvador Coderch/Fernando Gómez Pomar (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 586.

campos de producción de medicamentos, sustancias químicas, alimentos y organismos genéticamente modificados y decidió que se convocase un grupo de expertos cuya labor consistiría en la investigación y debate en el campo relacionado con la problemática que se acaba de exponer.

Los resultados que ofrecieron los datos recaudados y que se expusieron en dos informes, el estudio Lovells y el informe específico sobre la repercusión económica de la cláusula que publicó la Fondazione Rosselli en 2004 no motivaron ningún cambio en este sentido. Las conclusiones del Informe de 2006 sobre la Dir 85/374 suscitaban que de momento debería mantenerse la exclusión por los riesgos de desarrollo, que su modificación o supresión podría causar alteraciones en el equilibrio entre los intereses de los perjudicados, los fabricantes y sus asegurados; que tal desequilibrio, por su parte, podría tener un impacto negativo sobre la innovación industrial y podría causar la subida de precios de los seguros. Siendo así, se encomendó seguir investigando en el tema, abriéndolo a un análisis detallado y un debate continuo²⁴⁶⁹.

En cuanto a la transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales, el caso francés y la inclusión de los art. 1386-11.4 y 1386-12.2 en el *Code Civil*, que condicionaban la eficacia de la exoneración por riesgos de desarrollo a que el productor hubiera cumplido con las medidas apropiadas para prevenir las consecuencias dañosas del producto defectuoso, han sentado otro precedente en la materia. El Tribunal de Justicia ha declarado que los Estados pueden optar por la no inclusión de la cláusula de exoneración por los riesgos de desarrollo pero no pueden modificar los requisitos para la aplicación de la exención²⁴⁷⁰. Así, como hemos visto, del cumplimiento del deber de seguimiento del producto no puede depender la no aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva establecido por la Directiva. Incumplimiento de tal deber, sin embargo, puede originar la responsabilidad según las reglas generales del art. 1902 del CC, puesto que la obligación de advertir e informar a los consumidores de los riesgos y defectos que se descubran o de cuya existencia haya indicios suficientes, así como la obligación de retirada del mercado y recuperación de los productos defectuosos están

²⁴⁶⁹ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños Causados por Productos Defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, op. cit., pp. 165-167.

²⁴⁷⁰ STJCE 2002, 139. Así M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador del servicios*, op. cit., pág. 181. La autora señala que dicha decisión es “al menos discutible”. Véase también la crítica de la resolución en Miguel RÚZ MUÑOZ, *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, op. cit., epígrafes V.3 y V.4.

implícitas en la Directiva 2001/95/CE de 3 de diciembre, relativa a la Seguridad General de los Productos (art. 17) transferida al nuestro Ordenamiento por el RD 1801/2003²⁴⁷¹.

En cuanto al estado de conocimientos, el TJCE acogió el criterio objetivo para determinarlo. En la Sentencia de 29 de mayo de 1997²⁴⁷² declaró que no han de tomarse en consideración “los conocimientos de los que el productor demandado estaba o podía estar concreta o subjetivamente informado, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos del que, presumiblemente, el productor estaba informado²⁴⁷³”. En lo que al nivel de tal conocimiento se refiere éste ha de ser avanzado y es exigible solamente si los datos que lo demuestran eran accesibles en el momento de la puesta en circulación del producto en cuestión. El hecho de que el estándar empleado en la evaluación del estado de conocimiento ha de ser objetivo se traduce en que éste no depende ni del conocimiento actual de ningún fabricante en concreto, ni de su dimensión cuantitativa (facturación o beneficios obtenidos) o cualitativa (posición relativa en el mercado, tipo de industria a la que pertenece –de alta o mediana tecnología, grado de especialización). No se tiene en consideración tampoco el hecho que muchos de los fabricantes, a pesar de que el defecto era efectivamente reconocible según el estado de la ciencia y de la técnica, no lo hubieran reconocido (criterio de la cognoscibilidad del defecto)²⁴⁷⁴. A pesar de que la comentada sentencia

²⁴⁷¹ Así en nuestra doctrina, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de Julio de 1985”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, EL MISMO, “La adaptación del Derecho español a la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, *EC*, núm. 12, diciembre 1987, pág. 116, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO/ Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.), Tecnos, Madrid, 1987, pág. 290, M^aPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *op. cit.*, 860, Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, *op. cit.*, pág. 65, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 527-528, Miguel RUÍZ MUÑOZ, *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, *op. cit.*, epígrafe V.4 n. 164, Pablo SALVADOR CODERCH/Josep SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, *op. cit.*, pág. 73, Pablo SALVADOR CODERCH/ Josep SOLÉ FELIU/Joan C. SEUBA TORREBLANCA/Juan Antonio RUÍZ GARCÍA/Jordi CARRASCO MARTÍN/Álvaro LUNA YERGA, “Los riesgos del desarrollo”, *op. cit.*, pp. 13-14, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 337, n. 101, EL MISMO, “Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan) leyes defectuosas y sentencias defectuosas”, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, núm. 7, 2003 (www.asociacionabogadosrcs.org), n. 20.

²⁴⁷² TJCE 1997, 98. (asunto C.300/95, *Comisión c. Reino Unido*).

²⁴⁷³ Traducción por Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños Causados por Productos Defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, *op. cit.*, pág. 162.

²⁴⁷⁴ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 605.

del Tribunal de Justicia viene apartándose del canon de diligencia exigible²⁴⁷⁵, pues a los efectos de la causa de exoneración con el fundamento en los riesgos de desarrollo es irrelevante que el fabricante infringió algunos deberes de precaución, no faltan opiniones que parten de la premisa que dicha excepción “contagia” el régimen de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos con un cierto contenido culpabilístico²⁴⁷⁶.

La accesibilidad general valorada en términos objetivos o en abstracto significa que podrá alegar la causa de exoneración por los riesgos de desarrollo el que demuestre que, pese a que los conocimientos de los que se trata existían ya en el momento de la puesta en circulación del producto defectuoso, éstos no han sido “infiltrados” al público en el marco de la comunidad científica o tecnológica porque, por ejemplo, eran objeto de un secreto militar o político²⁴⁷⁷. De ahí que la evaluación de tal acceso se efectúe a través del estándar de un productor ideal medio, teniendo en cuenta la publicidad de los avances tecnológicos, según su procedencia, idioma y difusión. A tal efecto se consideran fuera del alcance de un fabricante medio los conocimientos publicados en una lengua o en el marco de una cultura que sean inaccesibles de momento a la comunidad científica²⁴⁷⁸.

El estado de conocimiento no se encierra en la categoría de verdades generalmente conocidas aunque puede pertenecer a ella si los conocimientos científicos son a la vez de conocimiento común. En cambio, nada tienen que ver con el conocimiento científico doctrinas metafísicas, refractarias a todo modo de contrastación empírica, así como prácticas sociales o cuerpos de normas o creencias – morales ideológicas, sociales, políticas, religiosas- sobre tal o cual estilo de vida ni, en particular, sobre la peligrosidad o existencia de defectos en tal o cual producto²⁴⁷⁹.

²⁴⁷⁵ M^a PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 181.

²⁴⁷⁶ Véase, por ejemplo, Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, pág. 62, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, “Los riesgos a cargo del perjudicado”, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio ORTÍ VALLEJO (dir.)/María del Carmen GARCÍA GARNICA (coord.), Aranzadi Pamplona, pág. 110, n. 9 y pág. 112.

²⁴⁷⁷ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 606.

²⁴⁷⁸ M^aPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, op. cit., pp. 853-870. En contra de la visión abstraccionista y a favor de la apreciación del criterio in concreto Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria”, *Cuadernos de Derecho Agrario*, Universidad de Rioja, 2004, pág. 58.

²⁴⁷⁹ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de*

“Bajo el paraguas” de conocimientos científicos y técnicos se esconden no solamente las opiniones mayoritarias de la comunidad científica, sino también opiniones minoritarias, revolucionarias o incluso excéntricas, aisladas. Pueden serlo también teorías o ideas no contrastadas o en fase experimental bajo la condición de que sean sensatas, suficientemente fundadas y razonables²⁴⁸⁰. Por lo contrario, quedan excluidas de su alcance las llamadas pseudociencias: rabdomancia, cartomancia, astrología, parapsicología, psicoanálisis etc²⁴⁸¹.

En los Estados Unidos la prueba de las opiniones de expertos científicos o técnicos ha sido aceptada por primera vez en el año 1975 en la llamada regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*. Para su admisión se precisaba que dicha prueba fuera relevante y que sirviese de ayuda al Juez o al Jurado. En cuanto al concepto de estado de conocimientos científicos y técnicos dos son precedentes destacables en la materia. En *Frye v. United States*²⁴⁸² el Tribunal declaró que el estado de conocimiento se establecía a base de la aceptación generalizada de la tesis de que se trate en cada ámbito propio de conocimiento, señalando que

“Es difícil determinar cuando un descubrimiento o principio científico cruza la frontera entre los estadios de los experimental y lo demostrable. En algún lugar en esta zona de penumbra, habrá que reconocer la fuerza probatoria del principio y aunque los tribunales pueden recorrer mucho trecho a la hora de admitir el testimonio de expertos deducido de un principio o descubrimientos bien conocidos, debe quedar suficientemente establecido que las premisas de deducción habían conseguido aceptación general en el campo al que pertenecen²⁴⁸³.”

Esta tesis ha sido modificada con posterioridad en *Daubert v. Merrell Dow*

responsabilidad civil del fabricante, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 611.

²⁴⁸⁰ M^aPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *op. cit.*, pp. 853-870.

²⁴⁸¹ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 613.

²⁴⁸² 293 F. 1013 C. Cir. 1923.

²⁴⁸³ Traducción por Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 615.

Pharmaceuticals, Inc.,²⁴⁸⁴ que trasladó el punto de gravedad de la aceptación general al hecho de que los conocimientos que constituyen base de la prueba pericial tuvieran carácter de buena ciencia²⁴⁸⁵, en contraste a ciencia basura (*junk science*), apoyada en la evaluación por pares y publicación en revistas de prestigio en cada especialidad. A partir de entonces la aceptación general se convirtió en uno de los criterios a tener en cuenta y no, como era hasta entonces, el requisito esencial y básico. Así las cosas, se ha puesto de manifiesto que buena ciencia no se identifica con el saber absoluto o inmejorable, ni con los saberes establecidos o dominantes; una opinión mayoritaria no tiene porque ser la mejor o, de otra manera, las autoridades no suman como era en *Frye*²⁴⁸⁶. Cabe citar, a este efecto, la célebre ponencia del magistrado Harry BLACKMUN del *Daubert*, que recogía la decisión de la mayoría y que anuló la sentencia del tribunal federal de apelación:

«El juez de primera instancia debe determinar si el experto prestará testimonio sobre conocimiento científico que sirva de ayuda al jurado para comprender o determinar un hecho relevante en el caso. Ello requiere una evaluación preliminar sobre si el razonamiento o metodología subyacentes son científicamente válidos y atinentes a los hechos [...]. Confiamos en la capacidad de los jueces federales para llevar a cabo este control. Como hay muchos factores que podrán ser tenidos en consideración, no pretendemos establecer una lista o un criterio de los admisibles, pero algunas observaciones generales resultan apropiadas:

[...] “La metodología científica se basa hoy en la formulación de hipótesis y en su contrastación con el objeto de comprobar si resultan falsadas”.

[...] “Otra consideración pertinente es si la teoría o técnica han sido sometidas a control por pares y publicadas. Aunque la publicación (que es un elemento del control por pares) no es condición de admisibilidad, [...] la sumisión al escrutinio de la comunidad científica es un componente de la buena ciencia, en parte porque incrementa la probabilidad de que fallos

²⁴⁸⁴ 509 U.S. 579 (1993).

²⁴⁸⁵ Edward K. CHENG/Albert YOON, “Does Frye or Daubert Matter? A study of Scientific Admissibility Standards”, *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 2, 2005, pp. 471-513.

²⁴⁸⁶ Traducción por Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 614-629.

sustanciales en la metodología sean detectados”.

[...] Adicionalmente [...] el tribunal deberá considerar la tasa de error conocida o potencial”

[...] Finalmente, la ‘aceptación general’ sigue teniendo peso en la decisión que habrá de adoptarse²⁴⁸⁷ ».

En el hipotético caso de que el demandado en el proceso sea el proveedor por no poderse identificar al fabricante, si los datos de los que goza este primero permiten establecer la fecha de fabricación del artículo en cuestión se ha de aplicar la regla general y permitir la excepción por riesgos de desarrollo si la fecha del cambio del estado de conocimiento es posterior a la de comercialización del producto, pues no se puede hacer a suministrador de peor condición que el propio productor²⁴⁸⁸.

La comunidad científica de la que provienen conocimientos se caracteriza por su globalidad (es tanto nacional como internacional), sin que ésta sea limitada a los científicos de la propia área cultural o del lugar de fabricación o comercialización del producto²⁴⁸⁹.

Y finalmente, en opinión de un sector de la doctrina, el conector “y” en el término estado de los conocimientos científicos y técnicos demuestra que el productor ha de tener en cuenta simultáneamente el estado de la ciencia y el de la tecnología con el objeto de dejar de emplear cualquiera de éstas si el conocimiento científico más reciente ya permite identificar su nocividad²⁴⁹⁰. La expresión “no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar” habría que interpretar en el sentido de que el estado de conocimientos revele la inseguridad del producto en cuestión. En otras palabras, es suficiente que se demuestre que el producto “no es libre de todo peligro, daño o riesgo”. Asimismo, el riesgo no tiene que ser detectado con certeza. Tampoco es necesario que se identifiquen todas las consecuencias perjudiciales de la puesta en circulación del producto ni que se identifique el defecto material en concreto, ni que sea conocido un

²⁴⁸⁷ Traducción por Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, *op. cit.*, pág. 621.

²⁴⁸⁸ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, *op. cit.*, 2008, pág. 630.

²⁴⁸⁹ M^aPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *op. cit.*, pp. 853-870.

²⁴⁹⁰ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, *op. cit.*, pp. 636-637.

modo de evitar el riesgo produciendo un producto carente de los defectos apuntados²⁴⁹¹.

5.4.6 Concurrencia de la culpa del perjudicado.

De acuerdo con el art. 145 TRLGDCU

“la responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente”.

La redacción del citado artículo no cambia drásticamente respecto de la letra del art. 9 que regulaba la misma materia en la antigua ley 22/1994. La única novedad introducida por el TRLGDCU radica en que el comienzo de la primitiva norma “responsabilidad del fabricante o importador” ha sido sustituido por “la responsabilidad prevista en este capítulo”. De esta manera la nueva regulación despeja las dudas alrededor de si la concurrencia de la culpa de víctima es aplicable solamente a la responsabilidad del productor o también a la del proveedor, confirmando esta última opción. Las divagaciones que rodeaban dicha cuestión bajo la vigencia de la antigua normativa fueron resueltos por muchos de los estudiosos de Derecho a favor de la analógica aplicación del precepto a la persona del proveedor²⁴⁹².

Ahora bien, en virtud de la comentada regulación, la exclusión total de la responsabilidad del fabricante, importador o, en su caso, proveedor puede tener lugar en dos supuestos: primero, en el que la culpa del perjudicado constituye la única causa adecuada del daño²⁴⁹³ y, segundo, cuando en la causación del daño concurre la culpa del

²⁴⁹¹ Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Excepción por riesgos de desarrollo”, *op. cit.*, pág. 638.

²⁴⁹² En este sentido, Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *op. cit.*, pág. 77, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, *op. cit.*, pp. 738 y 742.

²⁴⁹³ La doctrina utiliza el anticuado concepto según el cual se rompe el nexo causal entre el defecto del producto y el daño sufrido por la víctima, así, por ejemplo, Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, *op. cit.*,

perjudicado y el carácter defectuoso del producto. En este último caso, aparte de la supresión de toda responsabilidad se prevé también la rebaja en el montante de la indemnización²⁴⁹⁴.

El segundo supuesto ha sido objeto de un debate en el que un sector doctrinal señaló lo inadecuado de la completa exclusión de la responsabilidad, y no sólo su reducción, en el supuesto en que concurren causalmente el defecto y la conducta de la víctima. La supresión total de la responsabilidad, en opinión de estos autores, debería limitarse al supuesto en el que se observa la culpa exclusiva de la víctima y a pesar de que el producto es defectuoso, tal defecto no hubiera contribuido de alguna forma a la causación del daño²⁴⁹⁵.

De la casuística, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008²⁴⁹⁶ trata de un accidente de tráfico en el que en el coche de la víctima no funcionó el airbag. En el caso se ha probado que el accidente tenía causa en la negligente conducción del conductor del vehículo y que éste no tenía el cinturón de seguridad puesto. A pesar de ello, el Tribunal declaró que no es causa para reducir o suprimir la responsabilidad del fabricante que el accidente se hubiera causado por la conducción inadecuada o negligente del conductor lesionado. A este efecto, señaló

“[l]a responsabilidad civil radica en el mal funcionamiento, o la falta de funcionamiento, del producto defectuoso, del airbag, llamado a la protección física del sujeto para el caso de accidente, y sólo en el caso de que la anomalía de funcionamiento se debiese a la intervención del sujeto

pág. 224.

²⁴⁹⁴ En la jurisprudencia así SSAP de Baleares de 28.12.2006 (AC 2007, 155), Ciudad Real de 26.11.2001 (JUR 2002, 32632), Palencia de 02.11.2005 (AC 2006, 105) y Vizcaya de 20.11.2000 (JUR 2001, 92787). En la doctrina a favor de la reducción y supresión de la responsabilidad Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de Julio de 1985”, *op. cit.*, pág. 296, Guillermo CRESPO PARRA, “La responsabilidad del fabricante español por daños transfronterizos”, *EC*, núm. 53, 2000, pp. 64.65, Adolfo SEQUEIRA MARTÍN, “El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *RCDI*, 1986.II, pág. 1458, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Viena, mayo 2005, (art. 8:101).

²⁴⁹⁵ Así Fernando REGLERO CAMPOS, “Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm. 3, julio septiembre 1994, pág. 62, Carlos ROGEL VIDE, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano”, *op. cit.*, pág. 606, Francisco Javier TIRADO SUAREZ, “La Directiva comunitaria de responsabilidad civil, productos y ordenamiento español”, *RGD*, XLIII, núm. 516, 1987, pp. 4974.4975, En la jurisprudencia así, SSAP de Salamanca de 15.03.2000 (AC 2000, 1367) y Sevilla de 05.10.2001 (JUR 2002, 79812).

²⁴⁹⁶ (RJ 2009, 137).

dañado, como si manipula o daña el producto o de algún otro modo resta su eficacia, incide en ella, o la hace desaparecer, debe minorarse o incluso suprimirse la responsabilidad civil del fabricante.”

Así las cosas el Tribunal desestima el recurso de casación entendiendo que la reducción de la indemnización no es procedente al no haberse probado por el fabricante que las lesiones se hayan producido o agravado por la falta de uso del cinturón de seguridad.

En cambio, la STS de 21 de noviembre de 2008²⁴⁹⁷ estima el recurso de casación interpuesto por el fabricante y el vendedor apreciando la culpa exclusiva de la víctima. En el caso la inflamación del vapor de sulfuro de carbono mezclado con el aire acumulado en la vivienda tras la exposición desde la tarde anterior del contenido de 47 botes de 800 gramos cada uno del producto denominado Keyroc provoca la explosión de dicha vivienda. El Tribunal declara que la víctima conocía la peligrosidad del producto y actuó de forma negligente al manipular lo y aplicar lo con el desprecio absoluto de las indicaciones contenidas en su etiquetado, lo que consideró suficiente para exonerar de la responsabilidad al fabricante (a los vendedores no se les imputó responsabilidad alguna por limitarse su conducta a proporcionar un producto de libre venta, autorizado y homologado).

5.4.7 Intervención de un tercero.

A diferencia de lo que sucedía en caso de la culpa del perjudicado, precepto que se encuentra dentro de las normas específicas sobre la responsabilidad por productos defectuosos, la regulación concerniente la intervención de un tercero está ubicada en el Título I del Libro Tercero, es decir, entre las normas comunes en materia de la responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, extendiéndose, aparte de responsabilidad civil por productos defectuosos, a los daños causados por otros bienes o por servicios defectuosos.

Así, se suscita en el art. 133 TRLGDCU,

²⁴⁹⁷ (RJ 2009, 144).

“la responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero”,

declarándose más adelante que

“no obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.”

La redacción del art. 133 TRLGDCU respecto a la del art. 8 de la Ley 22/1992 ha sido modificada de manera que la expresión “la responsabilidad del fabricante o importador” ha sido sustituida por la de “la responsabilidad prevista en este libro” de lo que una parte de la doctrina dedujo que la excepción por la intervención del tercero aplica en la misma medida al fabricante, importador o, en su caso, al proveedor del producto defectuoso²⁴⁹⁸.

Introducción de esta regla equivale en la práctica a que la víctima, a pesar de que en la producción del daño intervino causalmente la conducta de un tercero, podrá reclamar la indemnización de forma íntegra de parte del productor. En consecuencia, la responsabilidad del productor no se verá reducida ni suprimida cuando el daño esté causado conjuntamente por un defecto del producto y la conducta de un tercero. En este sentido, la intervención de un tercero se considera irrelevante frente al perjudicado²⁴⁹⁹. No lo es, sin embargo, para el productor o proveedor responsable a quienes la ley equipara en la acción de repetición, en vía interna, contra dicho tercero.

²⁴⁹⁸ Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, op. cit., pág. 228. Con la anterioridad a la entrada en vigor del TRLGDCU propugnaban la aplicación analógica de dicha causa de exoneración a la persona del suministrador Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, op. cit. pág. 77, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, op. cit., pág. 128.

²⁴⁹⁹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pp. 190-191.

No obstante, cuando se trata de la total exclusión de la responsabilidad del productor y cuando la intervención de un tercero no concurre con el defecto del producto en cuestión, sino constituye la causa única del daño producido, los hay quienes entienden que, a falta de una regulación expresa en este sentido, la responsabilidad del productor queda excluida cuando la conducta del tercero pueda considerarse la causante del daño, llegando a interrumpir la relación de causalidad entre éste y el defecto del producto²⁵⁰⁰.

Detrás de la solución que ofrece el art. 133 TRLGDCU se esconde el principio *pro damnato* que se materializa en el hecho que la víctima goza de la oportunidad de interponer una sola reclamación en vez de pedir la indemnización a varios sujetos implicados en la producción del daño y en que lo puede hacer con fundamento en la responsabilidad objetiva “ahorrándose” la prueba de la negligencia del tercero a la que estaría expuesta si este tercero estuviera sujeto al régimen de la responsabilidad por culpa²⁵⁰¹. De esta manera, también, la víctima evita el problema que surgiría en caso de una eventual insolvencia del tercero²⁵⁰².

En cuanto a la condición de “tercero”²⁵⁰³, se considera como tal un sujeto independiente y distinto del productor. Por tanto, no será “tercero” uno de sus dependientes o empleados en cuyo caso el productor responderá por los hechos ajenos en virtud de los arts. 1101 y 1903 CC²⁵⁰⁴. En cambio, sucederá con frecuencia que un tercero pertenecerá al grupo de las personas directamente relacionadas con el proceso de comercialización. Se catalogarán en esta categoría proveedor, vendedor, instalador o quien suministra el producto en el marco de una relación de servicios como, por

²⁵⁰⁰ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 191. En el mismo sentido, Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, op. cit., pp. 229-230, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, op. cit., pág. 529, Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria”, op. cit., pág. 48.

²⁵⁰¹ Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, op. cit., pág.180.

²⁵⁰² Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de Julio de 1985”, op. cit., pág. 296.

²⁵⁰³ Con más detalles sobre el tema Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Intervención de tercero”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 301.313.

²⁵⁰⁴ M^aÁngeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 191, LA MISMA, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, op. cit., pág. 1491. Así también Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, op. cit., pág. 128.

ejemplo, quien aplica un medicamento en el curso de una asistencia médica. Todas estas personas pueden afectar adicionalmente ya de por sí defectuoso producto²⁵⁰⁵.

Según una parte de la doctrina puede tratarse también con un tercero cuando una persona boicotea el producto antes de que salga del ámbito de control del productor; supuesto en el que éste no podrá hacer uso de la excepción del art. 140.1.b del TRLGDCU (presunción que el defecto no existía en el momento de la puesta en circulación)²⁵⁰⁶.

5.5 Fundamento de la responsabilidad.

Varios son los fundamentos para la imposición de la responsabilidad por productos defectuosos enumerados por la literatura europea, el principal entre estos motivos siendo supuestamente el hecho de que el fabricante responde por los riesgos generados por su bien²⁵⁰⁷. No obstante, la peligrosidad en este caso no equivale al riesgo abstracto dimanante del producto o del proceso de producción. Se trata con un riesgo basado en el fallo concreto (*Konkrete Mangelgefähr*)²⁵⁰⁸.

La responsabilidad objetiva en caso de los productos defectuosos ha sido fundamentada también en la latina máxima *ubi emolumentum ibi onus*, es decir, en la idea de que tanto los riesgos como los beneficios se concentran en la misma persona-empresario o empresa. De ahí, si la persona involucrada en el proceso de producción de un producto persigue de esta manera sus finalidades y genera los beneficios debe responder e indemnizar todos los daños que dicha actividad produce en las víctimas²⁵⁰⁹. La validez de este criterium se ve fomentado por el hecho de que la Directiva

²⁵⁰⁵ Véase Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, op. cit., pp. 358-359 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 191, LA MISMA, “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, op. cit., pág. 748).

²⁵⁰⁶ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 191.

²⁵⁰⁷ Suzanne GALAND CARVAL, „France“, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), The Hague/London/New York, 2002, nr. 19 Helmut KOZIOL/Rudolf WESSLER, *Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13. Auflage, Wien, 2007, pág. 378, Mirosław NESTOROWICH/Ewa BAGINSKA, „Poland“, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), The Hague/London/New York, 2002, nr. 16.

²⁵⁰⁸ Claus.Wilhelm CANARIS, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *JBl*, 1995, pág. 6.

²⁵⁰⁹ Jane STAPLETON, *Product Liability*, Cambridge University Press, London/Boston, 1994, pág. 186.

85/374/CEE se limita esencialmente a la actividad empresarial²⁵¹⁰. Con ciertos matices sitúan la razón para la responsabilidad objetiva en caso de los productos defectuosos en la idea de correlación entre el beneficio y riesgo algunos autores de la doctrina austriaca. El núcleo de esta teoría se centra en que quien soporta el riesgo de que algunos productos sean defectuosos es el fabricante, pero quien se beneficia de la actividad de éste no es solamente él sino también los que están comprando, sobre todo si asumimos que dichos compradores están interesados en comprar lo más barato posible. Por tanto, el fabricante, con tal de suministrar el producto por el mejor precio aplicará solo las precauciones necesarias de seguridad y los que son técnicamente posibles. Así, mientras algunos compradores se aprovecharán de los productos sin defecto a buen precio, otros comprarán el mismo producto defectuoso y sufrirán daños a causa de éste. Pues bien, los que sufren daños no pueden ser los únicos que soportan la carga de la decisión del fabricante. Tal carga debería estar repartida entre todos que se benefician del buen precio del producto. Uno de los posibles remedios para alcanzar dicho resultado es el de asignar los daños al fabricante para que éste después los transfiera a toda la comunidad de compradores a través de la subida de precios²⁵¹¹.

Se suele justificar la imposición de la responsabilidad objetiva en caso de la responsabilidad por productos defectuosos también con la idea de prevención. Según ésta la responsabilidad del fabricante tiene su razón en que es él quien está en la mejor posición para minimizar los riesgos de producción de daños creados por la distribución del producto, pudiendo hacerlo a través de la aplicación de las medidas de precaución al diseño y durante la producción. Su posición en el proceso de fabricación del producto, por tanto, hace que debe soportar el llamado riesgo de organización²⁵¹². Este análisis es fallido en cuanto, según demuestra el análisis económico de Derecho, los niveles de cuidado con los que cumplirá el fabricante en caso de la imposición de la responsabilidad objetiva y por culpa son idénticos²⁵¹³.

Se señaló también que el hecho de que el fabricante es un profesional que tiene a su disponibilidad seguro y la política de los precios le convierte en el garante de la distribución de los riesgos de producción de daños que dimanen de sus productos.

²⁵¹⁰ Wilhelm CANARIS, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *op. cit.*, pág. 6.

²⁵¹¹ Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, “Austria“, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), The Hague/London/New York, 2002, nr. 53. Véase también Wilhelm Canaris, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *op. cit.*, pág. 6.

²⁵¹² Pierre WIDMER, “Switzerland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, nr. 38.

²⁵¹³ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10 ed., Hermann Luchterhand Verlag, München, 2006, nr. 614.

Contra este argumento han sido esgrimidos razones de índole moral. Se apuntó que seguro traslada la carga de soportar las consecuencias económicas de producción de daños del fabricante a la empresa aseguradora creando, como consecuencia, escasos incentivos para que aquel tome adecuadas medidas de precaución dirigidas a la prevención de daños.

Y finalmente, en la literatura extranjera la introducción de la responsabilidad objetiva en caso de la responsabilidad por productos defectuosos ha sido basada también en el principio *pro damnato*²⁵¹⁴. A este efecto, los hay quienes abogan que la situación del consumidor debería verse fortalecida por el régimen de la responsabilidad *sin culpa*²⁵¹⁵.

²⁵¹⁴ Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie Luxembourgeoise, Luxemburg, 2000, nr 510, Miroslaw NESTOROWICH/Ewa BAGINSKA, „Poland“, *op. cit.*, nr 19.

²⁵¹⁵ Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, C.H. Beck, München, 1999, nr 392.

6. Responsabilidad por servicios defectuosos.

6.1 Normativa aplicable.

La responsabilidad por los daños causados a los consumidores y usuarios por la utilización de servicios ha sido regulada por primera vez en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Protección de los Consumidores y Usuarios bajo la rúbrica “Garantías y responsabilidades” del Capítulo VII, en los arts. 25 a 28. La Ley contemplaba un doble régimen de responsabilidad, estableciéndose en el art. 26 un sistema de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba para la mayor parte de los servicios, y un régimen de responsabilidad objetiva para los servicios que, por su naturaleza, o por estar así reglamentariamente exigido incluyesen la “garantía de niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad” y supusiesen los “controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad” (art.28 LGDCU). El precepto, aparte de los servicios, mencionaba conjuntamente también bienes. Esta situación reflejaba las controversias alrededor de la cuestión de si la prestación de alguno de los productos ha de calificarse como servicio o incluso de si los servicios que comprendían la prestación de los productos enumerados en el texto de este precepto debían entenderse sujetos siempre al régimen de responsabilidad del art. 28 LGDCU²⁵¹⁶.

El 16 de noviembre de 2007 entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Dicho RDL fue promulgado en el desarrollo del mandato incluido en la Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios que otorgaba al gobierno una autorización para que procediese a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella,

²⁵¹⁶ M^a Ángeles PARRA LÚCAN, “art. 147”, *op. cit.*, pág. 1740.

regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. La Ley 26/1984, de 19 de julio fue derogada por la Disposición Derogatoria Única del RDL 1/2007. A pesar de la previsión incluida en la Disposición Final Quinta de la mencionada Ley 44/2006, el Texto Refundido no guarda identidad con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo que a su alcance se refiere²⁵¹⁷. El contenido de los arts. 26 y 28, también afectado por ciertas modificaciones, pasó a constituir parte de los arts. 147 y 148 del TRLGDCU, respectivamente. la nueva redacción de éstos revela un cambio de enfoque que consiste en que en realidad se prescinde de la regulación de los bienes; eso a pesar de que el Capítulo II que comprende artículos aquí comentados (y el art. 149 que regula responsabilidad por los daños causados por la vivienda) se titula “Daños causados por otros bienes y servicios”. En consecuencia, la enumeración de los *productos* sujetos al régimen del art. 28 LGDCU se sustituye con el listado de los *servicios* regidos por responsabilidad objetiva (art. 148 apart. 2 TRLGDCU) que no son del todo coincidentes.

Finalmente, el 18 de enero de 1991 en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas se ha publicado, preparada a la petición de la Comisión de estas Comunidades, una propuesta o proyecto de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad civil del prestador de servicios. De momento, sin embargo, los intentos dirigidos a la elaboración de una Directiva que de forma análoga que en la materia de productos defectuosos rigiese la responsabilidad por servicios defectuosos, han perecido²⁵¹⁸. Parece, por tanto, que hoy por hoy nos tenemos que conformar con iniciativas tales como la del encargo realizado por la Comisión Europea a los Profesores Ulrich MAGUNS y Hans W. MICKLITZ para conducir un análisis sobre la responsabilidad por servicios defectuosos que indudablemente nos acerca más a la temporalmente suspendida armonización de los Derechos en la materia estudiada²⁵¹⁹.

²⁵¹⁷ Crítica de esta técnica ha sido recogida en Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “Refundir o legislar”, *op. cit.*

²⁵¹⁸ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 16.

²⁵¹⁹ Ulrich MAGNUS/Hans W. MICKLITZ, *Comparative analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services*, Contract n° B5.1000/02/000382, *A Study Commissioned by the European Commission, Final Report*, Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e. V., April, 2004. El estudio completo se ha publicado también en Ulrich MAGNUS/Hans W. MICKLITZ, *Liability for the Safety of Services*, Nomos, 2006.

6.2 Ámbito de aplicación.

6.2.1 El concepto de servicio en general.

El TRLGDCU no contiene definición ninguna del servicio. Por lo contrario, ésta ha sido incluida en la mencionada propuesta de Directiva cuyo texto literal rezaba lo que sigue:

“Prestación de servicio en el sentido de esta Directiva es toda prestación gratuita o mediante retribución realizada en el marco de una actividad industrial o de un servicio público de una forma independiente, que no tenga por objeto directa y exclusivamente la fabricación de bienes o la transmisión de derechos sobre las cosas o derechos de autor.”

Esta Directiva no se aplica a las prestaciones de servicios públicos que sirven al mantenimiento de la seguridad pública. Tampoco rige para viajes globales ni para prestaciones de servicios en relación con materiales de desecho o desperdicios.

De su ámbito de aplicación han sido excluidos también los daños en que la cuestión de la responsabilidad haya sido ya regulada por Convenios internacionales de los Estados miembros o de la Comunidad²⁵²⁰.

El amplio concepto original de servicio desarrollado por la doctrina bajo la vigencia de la LGDCU, que incluía toda actividad humana realizada por una persona que no sea el propio usuario, con independencia de que se trate de una persona física o jurídica, siempre que no esté sometida a una relación de subordinación con el usuario y que no dé lugar, al menos a título principal, a la venta de un bien²⁵²¹, a través de las tendencias europeas ha sido limitado a los servicios que pueden causar daños a la integridad de las personas, a su salud y a su seguridad. Este parece ser el enfoque escogido por el legislador español que en el artículo 129 TRLGDCU restringió el ámbito de aplicación de todo el Libro III de dicho texto legal a la indemnización de los daños personales y ciertos materiales en bienes de uso privado.

²⁵²⁰ Art. 2 de la propuesta de Directiva, propiciado por Jaime SANTOS BRIZ en *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, op. cit., pág. 930.

²⁵²¹ Ignacio QUINTANA CARLO, “La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *EC*, 1987, pág. 51.

6.2.2 Servicios que incluyan la garantía de determinado nivel de seguridad.

El art. 148 TRLGDCU y el régimen especial de la responsabilidad objetiva en él establecido aplica en los supuestos de daños causados solamente por determinados servicios. Lo que caracteriza a estos servicios es el hecho de que “por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”.

Ahora bien, para distinguir entre los servicios a los que aplica el régimen general de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba del art. 147 TRLGDCU de los servicios descritos con anterioridad es esencial hacer las siguientes constataciones. Todos los servicios deben cumplir con una exigencia de seguridad²⁵²² cuya falta, en caso de producción de daños, lleva a la responsabilidad del prestador del servicio en cuestión. Pero el nivel de seguridad exigible no es el mismo para todos los servicios. Así las cosas, en caso del art. 148 TRLGDCU se trata con los servicios que, por sus especiales características, requieren controles que van más allá de los que generalmente se aplican a cualquier servicio²⁵²³. Lo que influye en los niveles determinados de seguridad es la naturaleza del servicio. Se ha de subrayar, sin embargo, que identificar niveles más altos de seguridad en los servicios prestados a los consumidores es esencial a la hora de diferenciar entre los servicios que, por precisar la garantía de dicha seguridad, están regidos por el art. 148 y los servicios sujetos al art. 147, y no para determinar el nivel de cuidado exigible del prestador de servicios.

Ahora bien, el hecho de que determinado servicio esté sujeto a la regulación dirigida a aumentar la seguridad del usuario no constituye indicio suficiente para concluir que dicho servicio quede sometido al régimen del art. 148 TRLGDCU. De otra manera, la existencia de una regulación reglamentaria de un sector profesional o

²⁵²² El art. 11 TRLGDCU impone en materia de servicios a los consumidores un deber general de que éstos estén prestados de forma segura.

²⁵²³ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *op. cit.*, pág. 209.

industrial no es indicativa de los servicios que deban incluir necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad²⁵²⁴.

Después de determinar de forma general el tipo de los servicios a los que aplica, el art. 148 TRLGDCU en su apartado segundo contiene un listado de los servicios concretos susceptibles de ser regidos por la responsabilidad objetiva en él establecida. Éstos son: los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación y similares de gas y electricidad y los relativos a los medios de transporte. La expresión “en todo caso” que inicia el apartado indica que tal enumeración no tiene carácter *numerusus clausus*, es decir, no es exhaustiva²⁵²⁵. Como ya se ha mencionado con anterioridad, los servicios y bienes mencionados por el art. 28 de la LGDCU no coinciden de todo con los servicios incluidos en el art. 148 del TRLGDCU. No obstante, teniendo en cuenta que la finalidad del nuevo texto era refundir la legislación ya existente, se proporcionará aquí los comentarios a la regulación comentada, elaborados por de la doctrina dominante bajo la vigencia de la LGDCU según las cuales la enumeración de las categorías que mencionaba el precepto del art. 28 de dicha normativa era tan extensa que, en la práctica, casi todos productos o servicios podrían caer dentro de su ámbito de aplicación²⁵²⁶. Una parte de la doctrina, para eludir este error, propone la lectura conjunta del párrafo 1 del art. 28 LGDCU (actualmente apartado 1 del art. 148 TRLGDCU) y del párrafo 2 del mismo precepto (apartado 2 del art. 148 del TRLGDCU). De ahí que solo estén sujetos al régimen del art. 148 del TRLGDCU los servicios que cumplan con las características descritas en la regla general del apartado 1 de dicho artículo al que el segundo solamente completa²⁵²⁷. Incluso así, se ha señalado

²⁵²⁴ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art. 148”, *op. cit.*, pág. 1712.

²⁵²⁵ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO/Javier FERNÁNDO SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, *op. cit.*, pág. 719, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Universidad Palma de Mallorca, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1985, pág. 194 y Miquel MARTÍN CASALS/José SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *op. cit.*, pág. 210.

²⁵²⁶ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), 2^a ed., Aranzadi, Pamplona, pág. 1280, Fernando DE LA VEGA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuosos*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 150, Miguel RUIZ MUÑOZ/Gema BOTANA GARCÍA, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, *op. cit.*, pág.

²⁵²⁷ Miquel MARTÍN CASALS/José SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *op. cit.* pág. 210.

que puede resultar difícil determinar *a priori* cuáles de los servicios se rigen por el régimen general y cuáles por el especial. De momento parece que ni tan siquiera existe unanimidad en lo que concierne al ámbito de algunos servicios contemplados por ambos, el art. 28 de la LGDCU y el art. 148 del TRLGDCU. Me refiero aquí sobre todo a los servicios sanitarios. Lo que está claro, en cambio, es que la distinción entre unos y otros provendrá de la doctrina jurisprudencial²⁵²⁸.

En cuanto a los mencionados servicios sanitarios tanto la doctrina dominante²⁵²⁹, como la jurisprudencia²⁵³⁰ entienden que el régimen especial de responsabilidad objetiva establecido en el art. 148 del TRLGDCU aplica en caso de los aspectos funcionales de la asistencia sanitaria (la organización, la prestación de servicio) y no a la actuación individual de los profesionales que se define en términos de la diligencia en la realización de la prestación.

Dentro del concepto de los electrodomésticos cuya reparación y mantenimiento entran dentro del ámbito de aplicación del precepto aquí comentado, un sector de la doctrina es de opinión que deberían estar incluidos también los aparatos eléctricos y electrónicos de uso doméstico (máquinas de afeitar, teléfonos móviles, ordenadores, televisiones, aparatos de música etc.)²⁵³¹. El término vehículos de motor cuya reparación y mantenimiento también están sometidos al régimen especial de responsabilidad objetiva en la opinión de la misma parte de la doctrina tiene otro alcance que su homólogo de la ley que regula la responsabilidad civil por accidentes de circulación. En consecuencia, este concepto bajo el Texto Refundido de la Ley General para la Protección de los consumidores y usuarios es más amplio y comprende vehículos excluidos de la LRCSCVM y del Reglamento de vehículos, a efectos de registro, homologación, características técnicas o documentación para su matriculación, tales como ferrocarriles, tranvías, sillas de rueda, coches de golf, vehículos para correr en circuitos en prácticas deportivas o máquinas destinadas a usos agrícola o industriales.

²⁵²⁸ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pp. 256-257.

²⁵²⁹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, op. cit. pág. 211, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 263, LA MISMA, “art. 148”, op. cit., pág. 1747.

²⁵³⁰ SSTS de 01.07.1997 (RJ 1997, 5471), de 05.01.2007 (RJ 2007, 552) y de 28.11.2007 (RJ 2007, 8427).

²⁵³¹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 264.

En consiguiente, el art. 148 del TRLGDCU menciona los servicios de rehabilitación y reparación de *viviendas*. Esta limitación parece estar en línea con la finalidad con la que se implementó la regulación aquí comentada, de protección de los consumidores y usuarios, debido a que este tipo de inmuebles va unido al uso personal, familiar o doméstico y no a una actividad diferente. Se tratará tanto con el uso residencial como con el de temporada, de verano o cualquier otro²⁵³².

El gas y la electricidad en el actual TRLGDCU están mencionados tanto con ocasión de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos (el art. 136 que, a efectos de esta regulación, considera que el gas y la electricidad son productos) como con ocasión de las reglas especiales de la responsabilidad por servicios defectuosos (art. 148), que rigen, entre otras, en los supuestos de los “servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad”. Distinguir cuándo se trata con un producto y cuándo con la prestación defectuosa de un servicio en este caso no es tarea fácil. Tal distinción, a pesar de que ambos supuestos están sujetos a responsabilidad objetiva, tampoco es irrelevante, teniendo en cuenta que entre un régimen y otro existen diferencias importantes en la clase de perjudicados a los que aplican, tipo de daño indemnizable y elementos a probar por la víctima (“defecto” en caso de productos defectuosos y “correcto uso” en caso de los servicios). Es posible, por tanto, que fuera precisamente este problema el que llevó finalmente a los Tribunales a resolver los conflictos cuyo *litis* versaba sobre los accidentes con presencia de gas y electricidad a base de las reglas generales de la responsabilidad (arts 1101 y 1902 del CC), compatibles con ambos regímenes mencionados con anterioridad²⁵³³.

Y finalmente, en lo que se refiere a los servicios relativos a medios de transporte, dentro de dichos servicios se ha incluido, aunque no sin vacilaciones, el transporte por ferrocarril, por autobús y aéreo. En cuanto a este último, se han dado casos de imputación de la responsabilidad a la compañía aérea por los retrasos que resultaron en la pérdida de enlace por el viajero²⁵³⁴. Bajo la vigencia del antiguo art. 28 LGDCU algunas decisiones han declarado que se habían de excluir del ámbito de su aplicación la utilización de medios de transporte en las prácticas deportivas de

²⁵³² M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art. 148”, *op. cit.*, pág. 1751.

²⁵³³ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y el prestador de servicios*, *op. cit.*, pp. 273.274.

²⁵³⁴ SJPI Asturias de 24.01.2000 (AC 1999, 2608), SJPI Asturias de 31.07.2000 (AC 2000. 1661), SJ Mercantil Vizcaya de 07.12.2005 (AC 2005, 2275), SJ Mercantil Málaga de 20.04.2007 (AC 2007, 747), SJ Mercantil Vizcaya de 26.03.2007 (AC 2007, 493).

riesgo²⁵³⁵. Así, por ejemplo, la SAP de Asturias de 17 de noviembre de 2003 ha entendido que la ruta a caballo no es un medio de transporte sometido al art. 28 LGDCU, sino una labor deportiva y de recreo²⁵³⁶. Una línea jurisprudencial otorga también al usuario de autopistas la condición de usuario en el sentido de la LGDCU declarando, en consecuencia, que ésta aplica a la responsabilidad del concesionario como prestador de servicios²⁵³⁷. Basándose también en el art. 28 de la LGDCU, al que el TRLGDCU debería únicamente refundir, algunos autores consideran que el art. 148 del TRLGDCU comprende no solamente servicios de revisión, instalación y similares “relativos a medios de transporte”, sino generalmente servicios “relativos al transporte”²⁵³⁸. Algunas cuestiones reguladas por otras normativas en materia de transporte, como los transportes públicos que estén sujetos a las reglas de responsabilidad patrimonial de la Administración, así como los supuestos de responsabilidad regidos por los Reglamentos comunitarios y convenios internacionales, están excluidos del ámbito de aplicación del TRLGDCU. Eso no concierne a los casos en los que las víctimas tienen estatus de consumidores y usuarios, sujetos a las reglas generales y a la normativa específica en vigor en el Estado Español, todos ellos compatibles con el régimen especial del art. 148 del TRLGDCU²⁵³⁹.

6.3 Sujetos responsables.

En lo que al sujeto responsable se refiere, la redacción del TRLDGPU ni es exhaustiva ni explícita, pudiendo acarrear en este sentido cierta confusión. Primero, el art. 148 de la normativa mencionada no señala concretamente a ningún sujeto responsable introduciendo muy escuetamente la expresión, según la cual de los daños causados por los servicios que exigen“se responderá”. Tanto la lógica, como una analógica remisión al precedente art. 147 hacen deducir que también en este caso el legislador pensó en el prestador de servicios. Y aquí otra vez nos encontramos con problemas, puesto que el TRLDGPU no prevé definición alguna de aquél. Su

²⁵³⁵ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 276.

²⁵³⁶ (JUR 2003, 277689).

²⁵³⁷ Así, Fernando REGLERO CAMPOS, “La responsabilidad civil del concesionario de autopistas”, AC núm. 3, 1999, pp. 2335.2364 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. La responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 277.

²⁵³⁸ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art. 148”, op. cit., pág. 1755.

²⁵³⁹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art. 148”, op. cit., pág. 1755.

reconstrucción a través de la interpretación sistemática lleva a la conclusión de que el prestador de servicios es un empresario (conforme al art. 2 del TRLDGCU “la norma se aplica a las relaciones entre consumidores y usuarios y ‘empresarios’”), siendo estos últimos “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada” (art. 4 del TRLDGCU)²⁵⁴⁰. Sin embargo, con esto no acaban las controversias alrededor de esta figura. Cierta consternación puede causar también la consideración del art. 5 de la normativa aquí comentada que al referirse al concepto de productor menciona al “prestador de servicios”. A este efecto, los hay quienes observan que el concepto de prestador de servicios tiene una autonomía y significado propios. Es por ello que la inclusión de esta figura en el artículo citado junto al productor les parece un dislate absurdo²⁵⁴¹.

Pues bien, el prestador de servicios responsable a tenor del artículo 148 (y 147) del TRLDGCU es el empresario que presta servicios a consumidores o usuarios²⁵⁴².

El empresario, es decir, la persona que ejercita una actividad empresarial en su nombre propio, responde tanto de sus actos, como de los de sus auxiliares y de los dependientes que haya contratado para que le ayudasen en la prestación del servicio en cuyo desarrollo se han producido los daños. Tal regla, la responsabilidad del representado por sus auxiliares, ha sido reconocida tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual (art. 1596 CC) como de la extracontractual (art. 1903), concerniendo no solamente a las personas que desempeñaban sus funciones en el ramo del contrato laboral, sino también a los funcionarios²⁵⁴³.

Teniendo en cuenta que la prestación de servicios ha de tener carácter empresarial o profesional no deberían considerarse como prestadores de éstos los llamados amigos “manitas”, Debido a que el servicio que prestan no tiene carácter profesional sino amistoso. Nada cambia en este sentido la estipulación de una contraprestación²⁵⁴⁴. La misma condición, de profesional o empresarial, no permite

²⁵⁴⁰ M^a PARRA LUCÁN, “art. 147”, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 1728.

²⁵⁴¹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “Refundir o legislar”, *op. cit.*, pp. 85.86.

²⁵⁴² M^a PARRA LUCÁN, “art. 147”, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 1728.

²⁵⁴³ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 933.

²⁵⁴⁴ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art.147”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la*

incluir en la categoría de los sujetos responsables en virtud del art. 148 TRLDGCU a la persona que con el destinatario del servicio está en una relación laboral o de dependencia²⁵⁴⁵.

No constituye obstáculo, sin embargo, para poder considerar como prestador de servicios el hecho que el sujeto en cuestión no se organice profesionalmente como empresario, ni que no desarrolle su actividad bajo diferentes formas jurídicas mercantiles. Para otorgar dicha calificación tampoco se requiere que servicio prestado por el sujeto responsable esté regulado por un determinado estatuto jurídico. La actividad desarrollada por el empresario tiene que ser habitual, con tendencia a durar, lo que no equivale a que sea permanente; puede tener carácter cíclico o temporal²⁵⁴⁶.

Según el art. 4 del TRLDGCU el término empresario puede referirse tanto a una persona física como jurídica bajo la condición de que la actividad que ésta desempeña tenga carácter empresarial o profesional, e independientemente de su naturaleza, pública o privada. Tal definición constaba no ya solamente en los proyectos de la responsabilidad del prestador de servicios desarrollados a nivel europeo²⁵⁴⁷, sino que también ha sido recomendada por Resolución del Parlamento Europeo de 27 de septiembre de 2007 sobre las obligaciones de los prestadores de servicios transfronterizos²⁵⁴⁸. En España, sin embargo, la responsabilidad de las Administraciones Públicas está sujeta a la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

La responsabilidad entre los sujetos eventualmente responsables es solidaria, aplicándose al supuesto las normas generales del Código civil (art. 114 CC). De acuerdo con éstas el perjudicado tiene derecho a interponer la demanda bien frente a alguno de los responsables, bien frente a todos ellos de forma simultánea. En un hipotético caso en el que solo uno de los responsables solidariamente pagare al

Defensa de los Consumidores y Usuario y otras leyes complementarias, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Aranzadi/Thomson reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 1729.

²⁵⁴⁵ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 4”, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1992, pág. 101.

²⁵⁴⁶ M^a PARRA LUCÁN, “art. 147”, *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 1729.

²⁵⁴⁷ Véase M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE”, *EC* núm. 17, 1990, pág. 81 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La Propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios”, *EC* núm. 21, 1991, pág. 13.

²⁵⁴⁸ 2006/2049 (INI).

perjudicado, éste tendrá derecho a repetir de los demás, según su participación en la causación de los daños (art. 132 del TRLGDCU)²⁵⁴⁹.

6.4 Régimen de la responsabilidad.

Se puede afirmar que la doctrina española, de forma unánime, declara que en la materia de la responsabilidad por los daños causados por servicios defectuosos rige un doble sistema de responsabilidad: un régimen general que introduce la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (art. 147 del TRLGDCU, antiguamente art. 26 de la LGDCU) y un régimen especial de la responsabilidad objetiva para determinados servicios (art. 148 del TRLGDCU, antiguamente art. 28 de la LGDCU)²⁵⁵⁰. Así, según el art. 147 del TRLGDCU “los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza de servicio”. No obstante, se responderá de forma objetiva “de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia y seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario” (art. 148 del TRLGDCU).

²⁵⁴⁹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, *Derecho Privado de Consumo*, María José Reyes López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 200. Así también Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO/Javier FERNÁNDO SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1992, pp. 710.711 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 427.

²⁵⁵⁰ Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 142, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, *op. cit.*, pág. 1280, Miguel RUIZ MUÑOZ/, Gema BOTANA GARCÍA *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw.Hill Interamericana de España, Madrid, 1999, pág. 540, Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, *op. cit.*, pág. 206. M^a Ángelés PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, 2011, pp. 249-251 y LA MISMA, “art.147”, *Comentarioal Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, año, pág. 1733.

El demandante que basa su reclamación en el art. 148 del TRLGDCU está exonerado de la prueba de la culpa del prestador del servicio, pero tiene que probar los demás requisitos básicos de la responsabilidad que establece este artículo. Así, corresponde al perjudicado probar que el daño se produjo durante el uso del servicio, el daño y la relación de causalidad entre éste y dicho uso del servicio.

En la doctrina existen voces que se muestran favorables a que la prueba de que el uso del servicio fue incorrecto recaiga sobre el demandado puesto que más que tratarse de una circunstancia exoneratoria en este caso, se trata con un auténtico presupuesto de responsabilidad²⁵⁵¹. Dicho eso, se considera, aunque el legislador no lo haya estipulado así explícitamente, que prestar el servicio no puede ser la única razón de la responsabilidad del prestador de servicios. En consecuencia, de forma análoga a la responsabilidad por productos, se exige que el servicio que causa daños sea además defectuoso²⁵⁵². Se ha dicho que el servicio es defectuoso en la medida que incumple con los niveles de pureza, eficacia o seguridad fijados por la garantía mencionada por el art. 28 LGDCU, hoy art. 148 del TRLGDCU²⁵⁵³. Una parte de la doctrina española opina que el defecto de servicio, más que en la falta de su eficacia o utilidad, se materializa en su inseguridad²⁵⁵⁴. A este efecto, se señaló que aunque el Derecho español hoy por hoy no conoce una regla de responsabilidad por servicios defectuosos en cuanto que inseguros, esta inseguridad y, lo que sigue, el defecto del servicio, puede originarse por dos tipos de acontecimientos. Primero, por el modo de prestación, de ejecución

²⁵⁵¹ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, *Derecho Privado de Consumo*, María José Reyes López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 207. Un uso no correcto del servicio constituye culpa de la víctima, sin embargo, para Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Véase “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, *Tratado de responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA/Jaime SANTOS BRIZ/Ricardo DE ANGEL JAGÜEZ/Pedro GONZÁLEZ POVEDA/José Manuel MARTÍNEZ.PEREDA RODRÍGUEZ, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 890.

²⁵⁵² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, op. cit., pág. 716, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 257, LA MISMA, “art. 148”, op. cit., pág. 1743, Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios”, op. cit., pág. 209.

²⁵⁵³ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, op. cit., pág. 716.

²⁵⁵⁴ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidores frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, op. cit., pág. 257 y Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios”, op. cit., pág. 209 quienes argumentan que mientras los controles de calidad relativos a la eficacia o utilidad del producto podrían ser más relevantes en el ámbito de la responsabilidad contractual, los controles relativos a la seguridad constituyen aspecto esencial en materia de responsabilidad extracontractual.

defectuosa del servicio *en caso concreto*, si lo comparamos con la forma en la que este servicio se presta habitualmente, o con el resultado que dicho servicio alcanza (falló un mecanismo de seguridad que debió activarse en una atracción de feria, o el vehículo o el electrodoméstico explotaron después de su reparación). O, segundo, por la defectuosa en cuanto insegura prestación del servicio, *considerada de forma genérica*, con independencia de que a otros usuarios no les haya provocado un daño. (la atracción carece de toda medida de seguridad, o de las exigidas reglamentariamente, o el instalador o encargado de mantenimiento prescinde de las precauciones necesarias). Este segundo tipo de defecto, creando apariencia del reproche por la falta de la debida diligencia en la prestación del servicio en cuestión, puede llevar a la conclusión de que el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos prescinde del régimen objetivo de responsabilidad, basándose en realidad en la responsabilidad por culpa.

Algunos autores parten de la posición que tal constatación sería más probable si se tratase con el déficit de seguridad que concurriese en un solo caso en el que se producen los daños. Las normas de seguridad, por tanto, marcan el nivel de calidad exigible y sirven para examinar el servicio desde el punto de vista de su seguridad y no para permitir la liberación de la responsabilidad al empresario que demuestre su cumplimiento²⁵⁵⁵.

6.5 Causas de exoneración.

El único precepto del Libro III del TRLGDCU que de alguna manera se refiere a las causas de exoneración en caso de la responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos es el art. 133 de la normativa citada. Regla esta está ubicada en el Título I que introduce disposiciones comunes en materia de responsabilidad. El artículo regula lo ya comentado en este trabajo con ocasión del análisis de la responsabilidad por productos defectuosos, supuesto en el que el daño está causado conjuntamente por un defecto del servicio y por la intervención de un tercero. Establece dicho artículo que en el caso descrito no se reducirá la cantidad de indemnización. No obstante, el responsable que resarció el daño podrá repetir contra el tercero con tal de reclamar la parte que corresponde a su intervención en la producción del daño. Semejante

²⁵⁵⁵ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “art. 148”, *op. cit.*, pp. 1744-1745.

regulación tiene como finalidad la protección de los consumidores; protección que se traduce en que el perjudicado podrá, primero, obtener la indemnización de su daño ejercitando una acción sólo y, segundo, obtenerla al amparo del régimen de la responsabilidad objetiva establecido en el TRLGDCU. De esta manera, queda liberado de la carga de demandar al tercero y de probar, en su caso, su culpabilidad.

A pesar de que tal supuesto no está expresamente regulado por el artículo aquí comentado, una gran parte de la doctrina española considera que el prestador de servicios, en este caso concreto, quedará exonerado totalmente de la responsabilidad si la intervención de tercero tomare forma de la causa exclusiva de la producción del daño²⁵⁵⁶.

La antigua Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios en su art. 25 otorgaba fuerza exoneratoria (únicamente) a la culpa exclusiva de la víctima o de “las personas de las que deba responder”. Precepto éste que, sin embargo, no se sabe por qué desapareció de la redacción del TRLGDCU. A falta de una regulación expresa de las causas de exoneración en materia de la responsabilidad por servicios defectuosos (aparte del ya mencionado, y común para todos los supuestos de la responsabilidad regidos por la Ley y formulado de forma muy excepcional caso de la intervención del tercero) puede hacer pensar que en la materia descrita aplican por regla general todas las causas generales de exoneración de responsabilidad. Con anterioridad a la entrada en vigor del TRLGDCU este *status quo* parecía confirmar la doctrina dominante, admitiendo como causas de exoneración en el caso de la responsabilidad del prestador de servicios, aparte de la regulada por la vigente entonces LGDCU culpa exclusiva de la víctima, la concurrencia de la culpa de la víctima, que podría dar lugar a la reducción de la indemnización²⁵⁵⁷, caso fortuito y fuerza mayor²⁵⁵⁸ y, mencionado en cambio por el TR, hecho imputable del tercero²⁵⁵⁹.

²⁵⁵⁶ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 191. En el mismo sentido, Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 181, Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, *op. cit.*, pp. 229.230, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *op. cit.*, pág. 529, Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria”, *op. cit.*, pág. 48, Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág.180. Para la definición del tercero, diríjase al capítulo sobre la responsabilidad por productos defectuosos.

²⁵⁵⁷ Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad por bienes y servicios en la Ley

En cuanto al caso fortuito y fuerza mayor, estos fueron admitidos en varias ocasiones también por el Tribunal Supremo²⁵⁶⁰ que, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de junio de 2001²⁵⁶¹ declaró que

“en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante que esta excepción carezca de respaldo legal expreso) el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican”.

Finalmente, bajo la vigencia de la antigua LGDCU y a pesar de que ésta no incluía ninguna regulación al respecto, el caso muy discutido fue el de los riesgos de desarrollo. A este efecto, la solución que ofrecía la doctrina española varía dependiendo del régimen de responsabilidad con el que se trataba. En caso del sistema de la responsabilidad por culpa del demandado con la inversión de la carga de la prueba, basado en el art. 26 de la LGDCU, la exoneración por los riesgos de desarrollo quedaba integrada dentro de la prueba de la diligencia. El hecho que la ciencia y la técnica no permitiera conocer de forma objetiva la existencia del defecto prueba que actuó de forma diligente por lo que no pudo hacer nada para prevenir la producción del daño²⁵⁶².

En el caso del régimen de responsabilidad objetiva recogido en el art. 28 LGDCU las opiniones están divididas. Hay quienes argumentan que el silencio del legislador se traduce en que el productor debe responder incluso por los riesgos de

26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, *op. cit.*, pág. 212, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *op. cit.*, pág. 402, Miguel RUIZ MUÑOZ/, Gema BOTANA GARCÍA *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw.Hill Interamericana de España, Madrid, 1999, pág. 542.

²⁵⁵⁸ M^a Angeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección el consumidor*, *op. cit.*, pp. 402.403, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, *op. cit.*, pág. 693, Miguel RUIZ MUÑOZ/Gema BOTANA GARCÍA, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, *op. cit.*, pág. 543.

²⁵⁵⁹ Miquel MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, *op. cit.*, pág. 213, M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *op. cit.*, pág. 402 y Miguel RUIZ MUÑOZ/ Gema BOTANA GARCÍA, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, *op. cit.*, pág. 542.

²⁵⁶⁰ Véase por, ejemplo, SSTS de 01.07.1997 (RJ 1997, 5471), de 30.12.1999 (RJ 1999, 9496) y 19.06.2001 (RJ 2001, 4974).

²⁵⁶¹ (RJ 2001, 4974).

²⁵⁶² Así Josep SOLÉ FELIU, *El concepto de defecto*, *op. cit.*, pág. 56 y M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *op. cit.*, pág. 398

desarrollo²⁵⁶³. Existen voces, sin embargo, que proclaman que la protección que la Ley otorgó a los consumidores y usuarios no se extiende a los daños imprevisibles o inevitables totalmente. De ahí que los riesgos de desarrollo exoneren al fabricante, incluso en el caso del artículo 28 LGDCU²⁵⁶⁴.

6.5 Fundamento de la responsabilidad.

La exposición de motivos del proyecto de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad civil del prestador de servicios, iniciativa que finalmente nunca ha prosperado²⁵⁶⁵, fundamentaba el régimen de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba en él establecido en el principio de facilidad y disponibilidad probatoria. Así, se señalaba que las prestaciones de servicios a veces no son aprensibles y tampoco se efectúan de una vez. El problema consiste también en que el daño se manifiesta cuando la prestación de servicio en concreto ha terminado y en que el perjudicado, a diferencia del prestador de servicios, no dispone de los correspondientes conocimientos técnicos²⁵⁶⁶. Razonando *a minori ad maius*, con la misma argumentación se podría justificar la introducción de la responsabilidad objetiva en caso de los servicios a los que define el art. 148 TRLGDCU, teniendo en cuenta su particular característica. Parece hartamente más difícil, pues, probar la culpa del demandado cuando ésta depende de que se demuestre omisión o negligencia en el cumplimiento de los “controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”, a los que están sujetos los servicios en cuestión y que han de garantizar “niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad” de dichos servicios. La lógica conclusión que se impone en este supuesto, por tanto, es la siguiente: las dificultades estructurales probatorias de la

²⁵⁶³ Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, “La responsabilidad del productor: referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, Nº 3, 1990, pág. 764 y Manuel Antonio DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo: perspectivas de adaptación y reforma”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 764.

²⁵⁶⁴ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, *op. cit.*, pág. 694 y 718 y Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, “La responsabilidad por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *op. cit.*, pág. 214.

²⁵⁶⁵ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, *op. cit.*, pág. 16.

²⁵⁶⁶ Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, *op. cit.*, pág. 937.

víctima en el caso de los servicios regidos por el art. 148 TRLGDCU son mayores que en el caso de los servicios del art. 147 TRLGDCU, lo que justifica, en consecuencia, la imposición en este supuesto del régimen más estricto de la responsabilidad. Cabría preguntarse, sin embargo, si es éste realmente el principal fundamento de la responsabilidad objetiva introducida por el art. 148, dado que, en lo que a la prueba concierne, el mismo efecto se conseguiría invirtiendo la carga de la prueba de la culpa.

Se ha dicho también que en los supuestos de utilización de servicios se ha sentido una necesidad de mayor protección de los consumidores y usuarios frente a los daños que pudiesen surgir de su utilización²⁵⁶⁷. El principio *pro damnato*, sin embargo, difícilmente puede constituir la justificación de la introducción de la responsabilidad objetiva en el art. 148 del TRLGDCU puesto que de la misma manera informa el sistema establecido por el art. 147 de dicho texto legal. No explica, por tanto, la diversificación del régimen previsto por esta regulación.

²⁵⁶⁷ Pedro GONZÁLEZ POVEDA, “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, *op. cit.*, pág. 823.

III. CLÁUSULAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

1. *Rylands v. Fletcher*.

1.1 Introducción.

De acuerdo con la histórica interpretación del Derecho de daños norteamericano, el siglo XIX y los principios del siglo XX están dominados por el *principio de culpa*, teniendo éste su fundamento en la doctrina del *laissez-faire*. El nacimiento y la consiguiente popularización de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas en los Estados Unidos, y por consiguiente, la formulación de la cláusula general enmarcada en la § 20 de la *Restatement of Law, Third, Torts*²⁵⁶⁸, se relaciona de forma casi unánime con la recepción del célebre precedente británico *Rylands v. Fletcher*²⁵⁶⁹. A pesar de que este último en el Reino Unido se remonta tan lejos en el tiempo como hasta los años sesenta del siglo XIX (1868), su recepción en el Nuevo Continente, según la doctrina tradicional norteamericana, no tiene lugar hasta mediados del siglo XX. Ésta, por lo menos, parece ser la opinión mayoritaria de la doctrina estadounidense²⁵⁷⁰. No faltan voces, no obstante, que apuntan a que la primera

²⁵⁶⁸ Tentative Draft No. 1, March 28, 2001.

²⁵⁶⁹ Así Comment to the § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001, Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* núm. 110, November 2000, pág. 333, William K. JONES, "Strict liability for hazardous enterprise", *Colum. L.Rev.* núm. 92, pág. 1709. Para el precedente diríjase a *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex. 265, 279-80 (Ex.Ch.1866); *Rylands v. Fletcher*, 3 L.R.-E. & I. App. 330, 338-39 (H.L. 1868). Para los precedentes que se refieren expresamente al *Rylands v. Fletcher*, asociándolo con la regal establecida en la *Restatement Second of Torts*, véase *Harper v. Regency Dev. Co.*, 399 So. 2d 248 (Ala. 1981); *Williams v. Amoco Prod. Co.*, 734 P.2d 1113 (Kan. 1987); *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 138 (Md. Ct. App. 1969); *Clark-Aiken Co. v. Cromwell-Wright Co.*, 323 N.E.2d 876 (Mass. 1975); *Clay v. Missouri Highway & Transp. Comm'n*, 951 S.W.2d 617, 623 (Mo. Ct. App. 1997) (la *Restatement* refleja un restringida version del *Rylands*); *Valentine v. Pioneer Chlor Alkali Co.*, 864 P.2d 295 (Nev. 1993); *State v. Ventron Corp.*, 468 A.2d 150 (N.J. 1983); *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970); *Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267, 273 (Utah 1982) (*Rylands* ampliado por la *Second Restatement*); *Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle*, 491 P.2d 1037 (Wash. 1971); *Evans v. Mutual Mining*, 485 S.E.2d 695, 700 (W. Va. 1997) (*Rylands* "articulado" en la *Second Restatement*); *Wheatland Irrigation Dist. v. McGuire*, 537 P.2d 1128, 1137 (Wyo. 1975) (*Restatement* "contrató" al *Rylands*).

²⁵⁷⁰ Así entre otros, Lawrence Meir FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, New

serie de rechazos que sufrió el precedente no fue más que un instrumento en manos de algunos de los juristas de la época quienes, estando en contra de la responsabilidad objetiva, han utilizado ese argumento para acentuar la histórica dominación de la doctrina de la responsabilidad por culpa con el fin de subsidiar la emergente industria norteamericana²⁵⁷¹. Entre los “amantes” del principio de culpa, sin embargo, uno podría encontrar también a aquéllos que no temían reconocer esta regla, siendo quizá el ejemplo más significativo el de Oliver Wendell HOLMES, un prominente miembro de la Judicatura Americana, quien ya en el año 1873 reconoció la imposición de la responsabilidad objetiva en casos de las utilidades extra-peligrosas [*extra-hazardous employments*, (ing.)], identificadas en el *Rylands v. Fletcher*²⁵⁷². Fruto de una larga evolución, la regla de la § 20 de la *Restatement Third of Law, Torts* tiene sus antecedentes en la *Restatement Second* (§§519-520) y *First of Law* (también §§519-520). La original denominación de “actividades ultra- peligrosas”, empleada por esta última, y más tarde, en la *Restatement Second of Tort*, sustituida por la de “actividades anormalmente peligrosas” tiene una clara connotación con la formulación de la regla elaborada en su tiempo por Oliver Wendell HOLMES²⁵⁷³.

Parece que no existe en la jurisprudencia Norteamericana el acuerdo sobre cómo responder a la cuestión de si el término “actividades anormalmente peligrosas” sustituye el de “actividades ultra-peligrosas”²⁵⁷⁴. A pesar de que la intercambiable aplicación de los dos términos parece ser la más frecuente en los juzgados²⁵⁷⁵ y la diferencia en la

York, 1973, pp. 409-427, Morton HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusset, 1977, pp. 85-108, Bernard SCHWARTZ, *The Law in America*, American Heritage Pub. Co, New York, 1974, pp. 55-59, G. Edward WHITE, *Tort Law in America: an intellectual history*, Oxford University Press, New York, 1980, pp. 3-19, Richard EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 6ª ed., Aspen Law & Business, New York, 1995, pp. 134-136.

²⁵⁷¹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *Yale L. R.* núm. 110, November 2000, pág. 333.

²⁵⁷² Oliver Wendell HOLMES, “The Theory of Torts”, *Am. L. Rev.*, núm. 7, 1873, pág. 653.

²⁵⁷³ Así, la Nota de los Comentadores de la *Restatement* al comentario let. d en THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, op. cit.

²⁵⁷⁴ Sobre la materia véase 57A Am Jur. 2d Negligence §387.

²⁵⁷⁵ Cf *Anderson v. Nashua Corp.*, 246 Neb. 420, 519 N.W.2d 275 (1994): “Abnormally dangerous activity as referred to in *Restatement Second, Torts* §§ 519 and 520 is recognized to be the same as what was previously referred to as “ultrahazardous activity” in *Restatement Second, Torts* §§ 519 and 520. *Apodaca v. AAA Gas Co.*, 134 N.M. 77, 2003 -NMCA- 085, 73 P.3d 215 (Ct. App. 2003), cert. granted, 133 N.M. 771, 70 P.3d 761 (2003). For precedences that have used the terms interchangeable see *Green v. Ensign-Bickford Co.*, 25 Conn. App. 479, 595 A.2d 1383 (1991); *In re Chicago Flood Litigation*, 176 Ill. 2d 179, 223 Ill. Dec. 532, 680 N.E.2d 265 (1997); *Dow Chemical Co. v. Ebling*, 723 N.E.2d 881 (Ind. Ct. App. 2000), transfer granted, opinion vacated, IN RAP 58(A), 741 N.E.2d 1249 (Ind. 2000) and aff'd in part, vacated in part on other grounds, 753 N.E.2d 633 (Ind. 2001); *Inland Steel v. Pequignot*, 608 N.E.2d 1378 (Ind. Ct. App. 4th Dist. 1993); *Biniek v. Exxon Mobil Corp.*, 358 N.J. Super. 587, 818 A.2d 330 (Law Div. 2002); *Apodaca v. AAA Gas Co.*, 134 N.M. 77, 2003 -NMCA- 085, 73 P.3d 215 (Ct. App. 2003), cert. granted, 133 N.M. 771, 70 P.3d 761 (2003); *Searle v. Suburban Propane Div. of Quantum*

nomenclatura se declara de ninguna importancia²⁵⁷⁶, se reconoció a la vez en ciertas ocasiones que la distinción entre uno y otro término debería estar claramente marcada²⁵⁷⁷. Se observó, por ejemplo, que el estándar de las “actividades anormalmente peligrosas”, bajo el que la responsabilidad objetiva se aplica solamente después de la realización de un test de balance, hace ampliar el ámbito de las circunstancias en las que la responsabilidad objetiva será de aplicación²⁵⁷⁸.

Fue el precedente *Losee v. Buchanan*, dictado en Nueva York en el año 1876²⁵⁷⁹, el que dio origen al mencionado rechazo de la regla contenida en el *Rylands v. Fletcher* en los Estados Unidos. Según los fundamentos de hecho, la explosión de un boiler (calentador) de vapor, utilizado por el demandado en el proceso de producción de papel, hace que éste esté catapultado a la parcela del demandante, causando daño a varios edificios de su propiedad. Con lo que más tarde llegó a denominarse la “filosofía de contrato social”, según la cual los individuos tienen que sacrificar sus derechos y su seguridad por el bien común que supone el crecimiento económico²⁵⁸⁰, en las siguientes palabras *Losee v. Buchanan* pone fundamentos a su negativa a aceptar la fórmula del *Rylands v. Fletcher*, recién implementada en el Reino Unido:

By becoming a member of civilized society, I am compelled to give up many of my natural rights, but I receive more than a compensation from the surrender by every other man of the same rights, and the security, advantage and protection which the laws give me. So, too, the general rules that I may have the exclusive and undisturbed use and possession of my real estate, and that I must so use my real estate as not to injure my neighbor, are much modified by the exigencies of the social state. We must have factories, machinery, dams, canals and railroads. They are demanded by the manifold wants of

Chemical Corp., 263 A.D.2d 335, 700 N.Y.S.2d 588 (3d Dep't 2000). For those that used the term "ultrahazardous activity" while referring to the abnormally-dangerous doctrine or analysis as set out in the Restatement Second, Torts see *Edwards v. Post Transportation Co.*, 228 Cal. App. 3d 980, 279 Cal. Rptr. 231 (4th Dist. 1991); *Walcott v. Total Petroleum, Inc.*, 964 P.2d 609 (Colo. Ct. App. 1998); *Green v. Ensign-Bickford Co.*, 25 Conn. App. 479, 595 A.2d 1383 (1991); *Old Island Fumigation, Inc. v. Barbee*, 604 So. 2d 1246 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1992); *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 297 Ill. App. 3d 945, 232 Ill. Dec. 60, 697 N.E.2d 802 (1st Dist. 1998); *Dow Chemical Co. v. Ebling*, 723 N.E.2d 881 (Ind. Ct. App. 2000), transfer granted, opinion vacated, IN RAP 58(A), 741 N.E.2d 1249 (Ind. 2000) and aff'd in part, vacated in part on other grounds, 753 N.E.2d 633 (Ind. 2001); *Biniek v. Exxon Mobil Corp.*, 358 N.J. Super. 587, 818 A.2d 330 (Law Div. 2002); *Searle v. Suburban Propane Div. of Quantum Chemical Corp.*, 263 A.D.2d 335, 700 N.Y.S.2d 588 (3d Dep't 2000); *Taylor v. Hesser*, 1998 OK CIV APP 151, 991 P.2d 35 (Div. 3 1998); *Taylor v. Hesser*, 1998 OK CIV APP 151, 991 P.2d 35 (Div. 3 1998).

²⁵⁷⁶ *Erbrich Products Co., Inc. v. Wills*, 509 N.E.2d 850 (Ind. Ct. App. 1st Dist. 1987).

²⁵⁷⁷ *Saiz v. Belen School Dist.*, 113 N.M. 387, 827 P.2d 102, 73 Ed. Law Rep. 834 (1992).

²⁵⁷⁸ *Yommer v. McKenzie*, 255 Md. 220, 257 A.2d 138 (1969).

²⁵⁷⁹ *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873).

²⁵⁸⁰ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *Yale L. R.* núm. 110, November 2000, pág. 339.

*mankind, and lay at the basis of all our civilization. If I have any of these upon my lands, and they are not a nuisance and are not so managed as to become such, I am not responsible for any damage they accidentally and unavoidably do my neighbor. He receives his compensation for such damage by the general good, in which he shares, and the right which he has to place the same things upon his land. I may not place or keep a nuisance upon my land to the damage of my neighbor, and I have my compensation for the surrender of this right to use my own as I will by the similar restriction imposed upon my neighbor for my benefit. I hold my property subject to the risk that it may be unavoidably or accidentally injured by those who live near me; and as I move about upon the public highways and in all places where other persons may lawfully be, I take the risk of being accidentally injured in my person by them without fault on their part. Most of the rights of property, as well as of person, in the social state, are not absolute but relative, and they must be so arranged and modified, not unnecessarily infringing upon natural rights, as upon the whole to promote the general welfare*²⁵⁸¹.

De esta manera, *Losee* confirmó el estado de la cuestión existente en la jurisprudencia norteamericana antes de que se sentara el precedente *Rylands v. Fletcher* en el Reino Unido, puesto que con anterioridad a esta fecha los tribunales norteamericanos imponían la responsabilidad objetiva solamente en los casos de lesiones causadas por explosivos²⁵⁸².

Según HANDELSMAN SHUGERMAN, la mayoría de los Estados norteamericanos, desde finales del siglo XIX hasta principios del XX (1890-1910), aceptó de una u otra forma la validez de *Fletcher v. Rylands*. Así las cosas, una parte de ellos se pronunció firmemente a favor del precedente, y otros, utilizando la fórmula del *Fletcher v. Rylands*, introdujeron la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas sin remitirse expresamente a la citada sentencia; cinco de los Estados se mostraron indecisos; y, finalmente, sólo tres de ellos, Nueva York²⁵⁸³, New Jersey²⁵⁸⁴ y New Hampshire²⁵⁸⁵, rechazaban con persistencia su aplicación²⁵⁸⁶ a lo largo de dicho período, mostrándose opuestos a la adopción del *Rylands v. Fletcher*²⁵⁸⁷.

²⁵⁸¹ *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873), 484-485.

²⁵⁸² William K. JONES, "Strict liability for hazardous enterprise", *Colum. L.Rev.* núm. 92, pág. 1709.

²⁵⁸³ En el *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873).

²⁵⁸⁴ En el *Marshall v. Welwood*, 1876, 38 N.J.L. 339.

²⁵⁸⁵ *Brown v. Collins*, 1873, 53 N.H. 442.

²⁵⁸⁶ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* núm. 110, November 2000, pp. 333-335.

²⁵⁸⁷ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, pag. 340.

Son varias interpretaciones las que HANSELMAN SHUGERMAN proporciona como posibles en cuanto a, primero, la firme negativa de los tres Estados a adoptar la fórmula del referido precedente, y segundo, la errónea percepción de la supuesta falta de recepción del mismo por los demás Estados norteamericanos, revelada por la doctrina americana de los pasados dos siglos. Refiriéndonos a la primera cuestión, lo más probable es que la fuerte resistencia de Nueva York a la recepción del *Rylands v. Fletcher* tenga su origen en el hecho de que en el momento de la aparición del precedente, la jurisprudencia neoyorquina gozaba ya de su propia regulación en dicha materia. En consecuencia, varios precedentes anteriores a *Rylands v. Fletcher* introdujeron la responsabilidad objetiva en determinados supuestos de daños causados por actividades peligrosas²⁵⁸⁸. Más estricta, y elaborada con más cuidado en cuanto al ámbito de su aplicación, dicha regulación en Nueva York parecía supuestamente más adecuada que la ambigua y poco detallada redacción del comentado precedente²⁵⁸⁹.

En cuanto al rechazo del precedente en los Estados Unidos, fue la publicación de un prestigioso aunque incompleto estudio de William PROSSER la que incidió en esta errónea percepción, según HANSELMAN SHUGERMANN. En su análisis, PROSSER señala la recepción del *Rylands v. Fletcher* por los estados de Minnesota (1872)²⁵⁹⁰ y Massachusetts (1902)²⁵⁹¹, con lo que anuncia el fin del supuesto rechazo del precedente. Esto lleva a HANSELMAN SHUGERMANN a la conclusión de que la doctrina supuestamente identifica la final adopción del precedente en los Estados Unidos²⁵⁹² con la fecha de publicación del estudio de Prosser (1953), a pesar de que no sólo Massachusetts y Minnesota, sino casi todos los Estados norteamericanos habían adoptado al *Rylands v. Fletcher* con anterioridad a ella.

²⁵⁸⁸ Véase *Hay v. Cohoes Co.*, 2N.Y. 159 (1849), *Pixley v. Clark*, 35 N.Y. 520 (1866), cuya extensión a los siguientes supuestos vino incluso después de la negativa al *Fletcher v. Rylands* en el año 1873. Cf. *St. Peter v. Denison*, 58 N.Y. 416 (1874), *Jutte v. Hughes*, 67 N.Y. 267 (1876), *Noonan v. City of Albany*, 79 N.Y. 470 (1880), *Heeg v. Licht*, 80 N. y. 579 (1880). Es de señalar también un ejemplo que cita precisamente a *Fletcher v. Rylands*, vease *McCafferty v. Spuyten Duyvil & Port Morris R.R.*, 61 N.Y.178 (1874).

²⁵⁸⁹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, pp.349-350.

²⁵⁹⁰ Véase *Cahill v. Eastman*, 18 Minn. 324, 334-37, 344-46 (1872).

²⁵⁹¹ En Massachusetts la doctrina de *Rylands v. Fletcher* ha sido implementada por primera vez por el reconocido juez Oliver WENDELL HOLMES en *Davis v. Rich*, 62 N.E. 375, 377 (Mass. 1902) y después en *Ainsworth v. Lakin*, 62 N.E. 746 (Mass. 1902).

²⁵⁹² Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, pp. 340-341. Para una detallada exposición de los primeros precedentes que implementaban la regla del *Rylands v. Fletcher* en cada Estado véase *ibidem*, pp. 342-346. Entre el año 1880- 1910 todos los Estados menos el de New Jersey, New York and Pennsylvania implementaron la regla en sus Ordenamientos.

1.2 Orígenes de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en los Estados Unidos. *Rylands v. Fletcher* y su impacto.

“Independientemente de lo que emerge entonces será una síntesis, fusión de diferentes ríos nacionales, no una inundación. Los juristas del Common Law han demostrado ser por lo menos igual de buenos que otros juristas europeos en interpretar y aplicar los principios europeos donde estos se desarrollaron. La interminable reiteración de hostilidad hacia estas acciones puede ser solamente contraproductiva.”

(Lord Mance)²⁵⁹³

1.2.1 *Rylands v. Fletcher* (1868)²⁵⁹⁴.

²⁵⁹³ J MANCE, “Is Europe Aiming to Civilise the Common Law?”; *European Business Law Review*, núm.18, pág. 99.

²⁵⁹⁴ Véase el reimpreso del precedente en Edwin Tyrrell HULSTON y Francis Joseph COLTMAN, *English Reports, Full Reprint. (1220-1865)*, vol. 159- Exchequer, pp. 737-748 en adelante 159 Eng. Rep. 737. Existe una abundante literatura sobre la adopción del precedente en el Reino Unido y en los Estados Unidos así como sobre su interpretación. Cf Erskine BLACKBURN, “The Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *Can. Bar. J.*, núm. 4, 1961, pp. 39-50, Francis H. BOHLEN, “The Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *U. Pa. L.Rev.* núm 59, 1911, pp. 298-326, G.H.L. FRIEDMAN, “The Rise and Fall of *Rylands v. Fletcher*”, *Can. Bar. Rev.* núm. 34, 1956, pp. 810-823, Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *Yale L. R.* núm. 110, November 2000, pp.333-377, Robert Thomas MOLLOY, “*Fletcher v. Rylands*- A Reexamination of Juristic Origins”, *U.Chi.L.Rev.* núm. 9, 1941, pp. 266-292, F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Modern Law Review* vol. 24, 1961, pp. 557- 571, Donal P. NOLAN, “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *LQR*, n° 121, p. 421-451, Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, en Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (ed.), *Tort and Insurance Law Year Book, European Tort Law 2004*, Springer, Wien New York, 2005, pp. 81-120, William Lloyd PROSSER, “The Principle of *Rylands v. Fletcher*”, en William Lloyd PROSSER, *Selected Topics on the Law of Torts: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 2,3,4,5 y 6 of 1953*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954, pp. 159-177, A.W. Brian SIMPSON, “Legal liability for bursting reservoirs: The historical context of *Rylands v. Fletcher*”, *J. Legal Stud.* Núm. 13, (1984),pp. 209- 264 y “Bursting reservoirs and *Rylands* and *Horrocks v. Fletcher*”, en A.W. Brian SIMPSON, *Leading Cases in the Common Law*, Oxford: OUP, 1995, William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and the Non-Natural User of Land”, *CLJ* vol. 3, 1929, pp. 376-397, , David W. WILLIAMS, “Non –Natural Use of the Land”, *CLJ* vol. 32, 1973, pp. 310-322, LAW COMMISSION NO.32, *Civil Liability for Dangerous Things and Activities*, 1970.

John Rylands fue un exitoso empresario²⁵⁹⁵ que con el propósito de suministrar recursos suplementarios de agua a su enorme molino / máquina de vapor, contrató a varias personas para que construyeran un embalse. No sabía, sin embargo, que justo debajo del sitio que escogió para la construcción existía antes una mina cuyos abandonados corredores conectaban con otra, activa, arrendada por Thomas Fletcher²⁵⁹⁶. En el año 1860 el agua del embalse se escurrió a través de un pozo, penetrando a través de las interconectadas minas, lo que obligó al Señor Fletcher a retirarse del negocio de forma permanente²⁵⁹⁷.

Fletcher interpuso demanda sólo contra Rylands. En un principio, el caso fue atribuido a la jurisdicción arbitral. El árbitro, consideró que negligente no fue el demandado sino los contratados por él de forma independiente. Contra estos últimos, sin embargo, no se había interpuesto demanda. Dicha situación dio lugar a la duda de si en estas circunstancias el demandante tenía derecho a ser resarcido²⁵⁹⁸, en cuya consecuencia el árbitro pidió consulta a la *Court of the Exchequer*²⁵⁹⁹. El tribunal de primera instancia, después de analizar si se cumplían o no los presupuestos para los tres típicos *Torts* aplicables en este tipo de casos (*trespass, negligence y nuisance*), y por una mayoría de 2 a 1, decidió que no había lugar al recurso²⁶⁰⁰. La parte contratada a cargo de la construcción del embalse fue negligente, pero la entonces vinculante regla del *Common Law* establecía la responsabilidad del empresario sólo en casos de culpa de sus empleados, excluyendo de su aplicación a los contratados de forma autónoma²⁶⁰¹. Se desconocen las razones por las cuales los constructores de embalse no formaron parte del litigio²⁶⁰². El mencionado voto disidente apunta a la posición del Baron BRAMWELL,

²⁵⁹⁵ A.W. Brian SIMPSON, "Legal liability for bursting reservoirs: The historical context of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, pp. 214-16; para una versión más actualizada véase A.W. Brian SIMPSON, "Bursting reservoirs and *Rylands and Horrocks v. Fletcher*", *op. cit.*.

²⁵⁹⁶ *Rylands v. Fletcher*, 159 Eng. Rep. 737, 740 (Ex. 1865).

²⁵⁹⁷ A.W. Brian SIMPSON, "Legal liability for bursting reservoirs: The historical context of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, pp. 241-242.

²⁵⁹⁸ A. J. WAITE, "Deconstructing the rule in *Rylands v. Fletcher*", *JEL*, vol. 18, núm. 3, pág. 423.

²⁵⁹⁹ Ken OLIPHANT, "*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability", *op. cit.*, pág. 87.

²⁶⁰⁰ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, pp. 340-341.

²⁶⁰¹ Fue once años después cuando el precedente *Bower v. Peate*, 1876, 1 Q.B.D. 321 sostuvo por primera vez en los Estados Unidos que el empleado puede ser responsable también de la culpa de los contratados de forma independiente. Así W. Page KEETON, Dan D. DOBBS, Robert E. KEETON, David G. OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, pág. 545.

²⁶⁰² Ken OLIPHANT, "*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability", en Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (ed.), *Tort and Insurance Law Year Book, European Tort Law 2004*, Springer, Wien New York, 2005, pág. 87. Sobre la antigua regla de la responsabilidad del empresario en los Estados Unidos véase William L. PROSSER, *Handbook on the Law of Torts*, West Publishers Corporation, St. Paul,

ya que fue el único que declaró haber lugar tanto al delito de *trespass* como al de *nuisance*, pronunciando a la vez como innecesario en ambos casos probar la negligencia del demandado²⁶⁰³.

El sistema *Common Law* a diferencia del sistema Continental reconoce distintos tipos de delitos, llamados *torts*. Entre ellos se distingue al delito de “negligencia” (*negligence*), “molestia, inconveniencia, dolor²⁶⁰⁴” (*nuisance*) y el de la “entrada antijurídica” (*trespass*), constituyendo cada uno de ellos delito independiente.

En el año 1891 la Enciclopedia Americana e Inglesa del Derecho definió el delito de *nuisance* como el que surge del irrazonable, injustificable o ilegal uso de la propiedad inmueble o privada por una persona, o que surge de su propia inadecuada, indecente o antijurídica conducta personal, causando una obstrucción o lesión al derecho de otra persona o a un derecho público, que produce una molestia, inconveniencia, falta de comodidad o perjuicio material de este tipo del que el Derecho presume consecuente daño²⁶⁰⁵. Es probablemente una de estas definiciones empleadas por las antiguas decisiones judiciales, la que fue descrita por DOBBS²⁶⁰⁶ como amplia, sin gran significado y con una terminología desconcertante, dando pie a la célebre descripción de PROSSER de que “no existe probablemente en todo el Derecho un selva más impenetrable que aquélla que rodea el mundo del *nuisance*”²⁶⁰⁷. Hoy en día, dentro del *tort of nuisance* globalmente considerado, *public y private nuisance* permanecen como dos categorías perfectamente diferenciadas, facilitando un mejor entendimiento de la institución así como una descripción más coherente y precisa de cada uno de los *torts* independientemente apreciados²⁶⁰⁸. Con el propósito de este trabajo, bajo el término *private nuisance* se entiende una interferencia antijurídica con el uso o disfrute de la tierra de otra persona, o con el derecho sobre esta tierra o con cualquier otro relacionado con ella²⁶⁰⁹. Así definido, el delito se centra no en la conducta del causante del daño, sino en el tipo del daño sufrido

Minnesota, 1964, pág. 480. La misma regla sigue en vigor hoy en día, no obstante, son muchas excepciones establecidas, siendo una de ellas “actividades con el peligro inherente en ellas”. Así entre otros John W. WADE en Victor E. SCHWARTZ, Kathryn KELLY, David E. PARTLETT, *Prosser, Wade and Schwartz's Cases and Materials on Torts*, 10ª ed., Foundation Press, New York, 2000, pág. 666.

²⁶⁰³ (1865) 3 H&C 774, 789.

²⁶⁰⁴ *Hurt, annoyance, inconvenience (ing.)*- W. Page KEETON, Dan D. DOBBS, Robert E. KEETON, David G. OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, pág. 617.

²⁶⁰⁵ John Houston MERRILL, *The American and English Encyclopaedia of Law*, Edward Thompson Company, New York, 1891, Pág. 924.

²⁶⁰⁶ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 1320.

²⁶⁰⁷ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, pág. 616.

²⁶⁰⁸ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts, op.cit.*, pp. 1320-1321.

²⁶⁰⁹ Así entre otros William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, ed. 16ª, Thomson Sweet Maxwell, London, 2002, pág. 508, Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 1321 y Basil S. MARKESINIS/Angus JOHNSTON/Simon F. DEAKIN, *Tort Law*, ed. 6ª, Clarendon Press, Oxford, 2008, pág. 509.

por la víctima²⁶¹⁰ que puede tomar forma de: usurpación de la tierra del vecino, una lesión directa y física a la tierra, o interferencia con el disfrute de la tierra²⁶¹¹. Muchas veces confundido con el delito de *trespass*²⁶¹², hoy en día el *private nuisance* está estrechamente relacionado con la protección del medio ambiente, englobando por lo general distintos tipos de contaminación, contaminación y daños provocados por olores y ruidos ofensivos²⁶¹³.

Existen distintos tipos de *trespass*, siendo éstos el *trespass* a los bienes, a las personas y a la tierra. Éste último es el que nos será de mayor interés en cuanto fue precisamente su aplicación la que se consideraba en el caso de *Rylands v. Fletcher*. De ahí que se considere como *trespass* a la tierra una injustificada interferencia con la tierra en posesión de otro²⁶¹⁴, que puede tomar forma de entrada en la tierra del otro, o en parte de ella, o de permanecer en ella después de que se retire el permiso, o de desposesión del ocupante²⁶¹⁵.

Y finalmente, el *tort of negligence* englobaría la fórmula en el Sistema Continental tradicionalmente asociada con el Principio de la Responsabilidad por Culpa²⁶¹⁶. Según éste, será responsable según el Sistema Anglo-Sajón de Daños quien de forma negligente causare el daño a la persona o a la propiedad del otro²⁶¹⁷. La razón para la descrita tricotomía encuentra supuestamente su fundamento en el hecho de que los tribunales norteamericanos no han reconocido la existencia de un deber generalizado de no causar daño al otro de forma negligente hasta el año 1850, cuando se dictó la mencionada decisión *Brown v. Kendall*²⁶¹⁸, aunque las implicaciones del precedente no fueron inmediatamente visible²⁶¹⁹. En el Reino Unido, los mismos efectos se reconocen al célebre *Donoghue v. Stevenson*²⁶²⁰. Con anterioridad a la mencionada sentencia el *tort of negligence* se aplicaba solamente a contadas situaciones específicas²⁶²¹, constituyendo parte del llamado antiguo sistema de *writ*. Este último se caracteriza por muy rígidamente diferenciadas formas de acción (*torts*) desligadas de principios generales de responsabilidad. Es por ello que a veces, y considerando el problema desde el punto de vista del Sistema Continental, algunos de los *torts* se podrían ver superpuestos, el uno

²⁶¹⁰ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 1321. Sobre las notas diferenciales entre los dos delitos véase KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, pág. 622.

²⁶¹¹ William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pág. 648.

²⁶¹² Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 1320.

²⁶¹³ William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pág. 639.

²⁶¹⁴ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 495 y William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, p. 619, de forma parecida Dan D. DOBBS, *op. cit.*, pág. 95.

²⁶¹⁵ Basil S. MARKESINIS y Simon F. DEAKIN, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 495.

²⁶¹⁶ Con la distinción de que lo que en el Sistema Continental se conoce bajo la denominación “dolo” y lo que *a minore ad maius* forma parte del principio de la culpa, en el sistema *Common Law* constituye un delito independiente.

²⁶¹⁷ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 257.

²⁶¹⁸ *Brown v. Kendall*, 60 Mass. 292 (1850).

²⁶¹⁹ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 266.

²⁶²⁰ *Donoghue v. Stevenson* 1932 SC(HL) 31. Para la evolución del delito de negligencia y si transformación en el principio general de responsabilidad en el Reino Unido véase Percy Henry WINFIELD, “The History of Negligence in the Law of Torts”, *LQR* núm. 42, 1926, p. 184-201.

²⁶²¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 114.

sobre el otro²⁶²². En el Reino Unido, a partir del mencionado precedente *Cambridge Water*²⁶²³ en virtud del cual la reparación del daño en supuestos de *nuisance* está condicionada por el principio de “usuario irrazonable”²⁶²⁴, algunos de los autores británicos llagaron a pronunciarse tímidamente a favor de la tesis de que *Rylands v. Fletcher* tiene mucho de principio de culpa²⁶²⁵. Desde el punto de vista histórico era práctica común entre los tribunales decidir en materia de *trespass* y *nuisance* a veces según el criterio objetivo de imputación, otras veces en cambio, según el subjetivo. El debate sobre si un solo criterio de imputación resulta aplicable en caso de ambos delitos, y si ése fuera el caso, cuál de los dos: subjetivo u objetivo, parece no tener una clara resolución incluso hoy en día²⁶²⁶. En los Estados Unidos en el año 1979 la *Restatement of the Law, Second, Torts*. Su §822(b), en un intento de ordenar la pre-existente jurisprudencia norteamericana²⁶²⁷ distinguió entre el *tort of private nuisance* intencional, regido por la responsabilidad objetiva y no intencional²⁶²⁸, que incorpora la imputación objetiva en caso de las actividades anormalmente peligrosas, y subjetiva en los demás supuestos²⁶²⁹. La distinción entre delito intencional y no intencional así como la misma regulación en cuanto al criterio de imputación aplicable en caso de cada uno de ellos fue establecida en la *Restatement Second* para el *trespass*²⁶³⁰. La tendencia original de decidir

²⁶²² En este sentido DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 527 habla de la establecida en los últimos 60 años tendencia del *Tort of negligence* de actuar como intruso frente a otros *Torts*. En el mismo sentido, Wolfgang Gaston FRIEDMANN, “Social Insurance and the Principles of Tort Liability”, *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, p. 243.

²⁶²³ *Cambridge Water Co. v. Eastern Leather plc* [1994] 2 WLR 53.

²⁶²⁴ *Unreasonable user* (ing.).

²⁶²⁵ Así DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p.526-528, y 617. De forma parecida John G FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, pág. 376 (el principio del *Rylands v. Fletcher* se ve impregnado por los elementos de culpa). Más dudoso en este sentido William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort, op. cit.*, pp. 659-664. Compara también con la decisión del *High Court of Australia Burnie Port Authority v. General Jones Pty (1994) 68 ALJR 331* que declaró que *Rylands v. Fletcher* ha sido absorbido por el principio de negligencia. Atravesando dificultades con deducción de cualquier principio a partir del significativo volumen de los precedentes que han seguido al *Rylands v. Fletcher, the Highest Court of Australia*, a la luz de incertidumbre que rodeaba la regla, prefirió sustituir la originalmente aplicable en estos supuestos responsabilidad objetiva por el principio de culpa.

²⁶²⁶ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 526.

²⁶²⁷ Marc S. FRANKLIN/Robert L. RABIN/Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2006, pág. 669.

²⁶²⁸ La contrapuesta delito intencional- responsabilidad objetiva, para las mentes formadas en el Sistema Continental puede parecer por lo menos sorprendente por contradictoria, siendo termino intento invariablemente asociado con el dolo (*Vorsatz* en alemán). El sistema *Common Law* distingue entre el acto intencional (voluntario) e intento de causar el daño, el último de los significados equivaldría al dolo. Así Marc S. FRANKLIN/Robert L. RABIN/Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2006, pág. 670 y Dan D. DOBBS, *The Law of Torts, op. cit.*, pp. 1324-1325. Sobre la complejidad del significado de lo intencional y no-intencional en el sistema *Common Law* y la evolución de la doctrina en materia de los *Intentional Torts* en el Reino Unido véase Christian von BAR, *The Common European Law of Torts, vol. II, Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*, Clarrendon Press, Oxford, 2000, pp. 206-207.

²⁶²⁹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Torts*, §822(b). Véase también la let. C) en el comentario a la § 20 de la *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1 y Marc S. FRANKLIN/Robert L. RABIN/Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2006, pp. 680-682.

²⁶³⁰ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Torts*, §165 y 158. Véase también Marc S. FRANKLIN/Robert L. RABIN/Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives, op. cit.*, pág. 670.

en casos de los delitos relacionados con la tierra a base de la responsabilidad objetiva²⁶³¹, así como las controversias descritas alrededor de cuál de los criterios de imputación rige en los supuestos de *trespass* y *nuisance*, pudieran dar origen al famoso veto del Baron BRAMWELL, quien en segunda instancia dio lugar a la mencionada formula del *Rylands v. Fletcher*.

Fletcher interpuso recurso de apelación en la *Exchequer Chamber*, ganando en segunda instancia. El tribunal sostuvo el veto manifestado por el Baron BRAMWELL. En la sentencia, el Magistrado BLACKBURN pronunció una amplia declaración de responsabilidad por encima de los límites establecidos en el *trespass*, *nuisance* o *negligence*:

*We think that the rule of law is that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape. He can excuse himself by showing that the escape was owing to the plaintiff's default or, perhaps, that the escape was a consequence of vis major, or the act of God.*²⁶³²

Poniendo de esta manera los cimientos de lo que más adelante en los Estados Unidos se denominó la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas Blackburn distinguió lo que está “naturalmente allí [en la tierra]”, con la intención de excluir de la aplicación de la recién redactada cláusula *agricultura y negocios mineros*²⁶³³. Sin referirse a ninguno de los tres *Torts* mencionados con anterioridad, Blackburn redactó una regla original, deduciéndola probablemente de los ya existentes tipos de la responsabilidad objetiva²⁶³⁴:

²⁶³¹ FRANKLIN/RABIN/GREEN, *Tort Law and Alternatives*, *op.cit.*, 2006, pág. 669.

²⁶³² *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex.265, 279.

²⁶³³ *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex.26, 280 (Ex.Ch. 1866).

²⁶³⁴ Así Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, pág. 90 quien menciona al delito de la entrada ilegal del Ganado (*cattle trespass*), la invasión a través de la suciedad (*invasion by filth*) considerado por BLACKBURN como *trespass*, humos y vapores nocivos (*fumes and noisome vapour*) calcificado como *nuisance* y la responsabilidad objetiva del poseedor de un animal (strict liability of the keeper of an animal, llamada *scienter* acción). De forma parecida John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th ed., The Law Book Company Limited, Sydney, pág. 376. Véase, sin embargo, F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Mod. L. Rev.*, vol. 24, 1961, pp. 557- 571, y “Boundaries of Nuisance”, *LQR*, nr. 65, 1949, pp.480- 490 para quien la regla de BLACKBURN constituye solo la extensión the extension del *tort of nuisance*.

The person whose grass or corn is eaten down by the escaping cattle of his neighbor, or his mine is flooded by the water of his neighbour's reservoir, or whose cellar is invaded by the filth of his neighbour's privy, or his habitation is made unhealthy by the fumes and noisome vapours of his neighbour's alkali works is damnified without any fault on his own; and it seems but reasonable and just that the neighbour that has brought something on his own property, which was not naturally there, harmless to others so long as it is confined to his own property, but which he knows it's mischievous if it gets on his neighbour's should be obliged to make good to the damage which ensues if he not succeed in confining to his own property. But for his act in bringing it there no mischief could have occurred, and it seems but just that he should at his peril keep it there so no mischief may occurred, or answer for the natural or anticipated consequences. And upon authority, this we think is established to be the law whether the things so brought be beasts, or water, or filth, or stench²⁶³⁵.

Esta vez fue Rylands quien recurrió la decisión. A consecuencia de ello, *The House of Lords*, en fecha de 17 de julio de 1868 sostuvo la decisión de la *Court of Exchequer*. Entre los miembros del Alto Tribunal británico destacan sobre todo dos posiciones que, por su parte, han complicado un tanto la posterior interpretación de dicha sentencia: la de Lord CRANWORTH, quien dio su apoyo a la regla establecida por el Juez BLACKBURN, y la del Lord Chancellor CAIRNS quien, aunque declaró a favor de Fletcher, estableció su propio estándar. Según la regla introducida por CRANWORTH:

In considering whether a Defendant is liable to a Plaintiff for damage which Plaintiff may sustained, the question in general is not whether the Defendant has acted with due care and caution, but whether his acts has occasioned the damage... The doctrine is founded on good sense. For when one person, in managing his own affairs, causes, however innocently, damage to another, it is obviously only just that he should be the party to suffer. He is bound sic uti suo ut non laedat alienum²⁶³⁶.

CAIRNS acertó la amplia pronunciación de CRANWORTH²⁶³⁷, distinguiendo entre el “uso no- natural” y “natural de la tierra”(en sus palabras exactamente “for any purpose for which it might in the ordinary course of the enjoyment of the land be used²⁶³⁸”). Así entendido, el “uso no natural de la tierra”, siendo una excepción de la regla usual de la

²⁶³⁵ *Fletcher v. Rylands (1866) LR 1 Exch 265, 280.*

²⁶³⁶ *Rylands v. Fletcher (1868) LR 3 HL 330, 338.*

²⁶³⁷ KEETON/ DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts, op. cit.*, p. 545.

²⁶³⁸ *Rylands v. Fletcher, 1868, L.R. 3 H.L. 330, 338.*

responsabilidad por culpa, se veía sujeto a la responsabilidad objetiva²⁶³⁹.

On the other hand, if the Defendants non stopping at the natural use of their close, had desired to use it for any purpose which I may term a non-natural use, for the purpose of introducing into the close that which in its natural conditions was not in or upon it, for the purpose of introducing water either above or below ground..., - and if in consequence of their doing so... the water came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, than it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril; and, if in the course of their doing it, the evil arose to which I have referred, the evil, namely, of the escape of the water and its passing away to the close of the Plaintiff and injuring the Plaintiff, than for the consequence of that, in my opinion, the Defendants would be liable²⁶⁴⁰.

Bajo el término “uso no-natural”, CAIRNS entendió aquél que tiende a causar el daño con más probabilidad, si lo comparamos con el uso que hubiera sido esperado en el curso normal del disfrute de la tierra²⁶⁴¹. En su aplicación al caso, CAIRNS en vez de poner el énfasis en el escape del agua, subrayó el carácter anormal e inapropiado de un embalse construido en una región típicamente minera, en el caso comentado perteneciente al demandado²⁶⁴². Es cuestionable si el “uso no-natural de la tierra” constituye un estándar nuevo de Lord CAIRNS, o más bien una paráfrasis de la expresión utilizada en su tiempo por Lord BLACKBURN, “lo que no está allí [en la tierra] naturalmente”²⁶⁴³. Lo cierto es que ninguna de estas expresiones fue utilizada en la regla formulada por Lord CRANWORTH.

Distintas asignaciones que se dieron más tarde al célebre “uso no-natural de la tierra” se deben no sólo al estudio comparado de ambos posicionamientos, aquí al de BLACKBURN- CRANWORTH y al de CAIRNS, sino también a la ambigüedad del término, introducido por este último, y a la posterior interpretación que del *Rylands v. Fletcher* concibió la judicatura británica²⁶⁴⁴. Pues como bien apuntó en su tiempo la doctrina, los

²⁶³⁹ Así com. a la § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, y Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, pág. 92.

²⁶⁴⁰ 1868 LR 3 HL 330, 338.

²⁶⁴¹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, pág. 338. Para el análisis e interpretación del “uso no-natural de la tierra” en la doctrina británica Cf la **bibliografía citada en la n. 26**.

²⁶⁴² KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, p. 545.

²⁶⁴³ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 87.

²⁶⁴⁴ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *op.cit.* Sin embargo, véase, más adelante el comentario al *Transco*, en el que se intentó

tribunales británicos reconocieron la distinción entre el “uso natural” y “no-natural de la tierra” como parte del *Common Law* británico, al mismo tiempo, sin embargo, enfrentaron graves problemas con determinar qué es lo que realmente *natural* y *no-natural* uso significa²⁶⁴⁵. De ahí que se señalen tres posibles significados que pueda tener el “uso no-natural de la tierra”²⁶⁴⁶, siendo éstos:

1. El que se desvía del estado de naturaleza²⁶⁴⁷ o, en otras palabras, el que resulta del hecho de que el demandado ha introducido **de forma artificial** en su tierra un nuevo y peligroso agente²⁶⁴⁸,
2. El que no sea común o usual²⁶⁴⁹
3. El que no es razonable o apropiado a la luz de las circunstancias locales²⁶⁵⁰. Este concepto parte de la presuposición de que no existe un test objetivo según el cual se pudiera determinar cuáles de los usos de la tierra pudiesen ser considerados “no-naturales”. La clasificación de un uso como “natural” o “no-natural” dependerá del tiempo y sitio en el que éste se desarrolla²⁶⁵¹.

de nuevo redefinir el concepto complementándolo en nuevos factores impuestos por el cambio de la realidad socio-económica.

²⁶⁴⁵ William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, p. 391.

²⁶⁴⁶ Así com. a la § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *op. cit.*

²⁶⁴⁷ Este significativo dio a la fórmula de BLACKBURN F.H. NEWARK en, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Mod. L. Rev.*, vol. 24, 1961, p. 560.

²⁶⁴⁸ También NEWARK cuando se refería a la formula de CAIRNS que, en su opinión, no constituía ningún requisito adicional a la regla según BLACKBURN J. Véase F.H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Mod. L. Rev.* vol. 24, 1961, pág. 560. Para el requisito de “uso artificial” como sinónimo del “uso no-natural” y “primitivo”- “natural” véase *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156 en 187*.

²⁶⁴⁹ Este criterio alternativo se considera que fue introducido por el Lord MOULTON en *Rickards v. Lothian*. Véase el texto que acompaña la n. Según este último más bien diferente significado se asignó al “uso natural de la tierra”, siendo éste algo ordinario o usual independientemente de si es artificial o no. Véase DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 614. En este sentido, el estandar coincide con la regulación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas del *Restatement Third, op. cit.* por lo que el significado dado al uso no-natural se solapa con la excepción “uso común” de la subsecc. 2 let. b) de la §20 del *Restatement*. Véase com. j).

²⁶⁵⁰ Significado dado al término “uso no-natural de la tierra” en *Read J. Lyons & Co. Ltd. [1947] AC 156, at 176 per Lord PORTER* “a question of fact subject to a ruling of the judge as to whether the particular object can be dangerous or the particular use can be non-natural, and in deciding this question I think that all the circumstances of the time and place and practice of mankind must be taken into consideration so that what might be regarded as dangerous or non- natural may vary according to those circumstances”.

²⁶⁵¹ En este sentido John Gunther FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, pág. 378 basándose en *Read v. J. Lyons & Co. Ltd. [1947] AC 156, 176* y DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 615 Este significativo parece ser confirmado también en *Transco plc v. Stockport MBC [2004] 1 All England Law Reports 589, 596*: “the question is whether the defendant has done something which he recognizes, or ought to recognize, as being quite out of the ordinary in the place and at the time when he does it”.

Finalmente, el *Common Law* Británico se vio inmerso en otro problema de naturaleza interpretativa relativo a la cuestión de qué es lo que se puede considerar como tal. En este sentido, se señaló que la distinción entre uso “no-natural”/”natural” de la tierra ha sido confundida en varias ocasiones con la de las cosas “peligrosas”/”no-peligrosas”²⁶⁵², respectivamente²⁶⁵³. Según una parte de la doctrina, uno no puede limitar los objetos de la regla del *Rylands v. Fletcher* solamente al género de las cosas con peligro inherente, a los que, en vez de la responsabilidad objetiva, el estándar de diligencia más alto aplica²⁶⁵⁴. Como consecuencia, se imponen dos requisitos en el caso de los primeros: 1. que éstos tiendan a escapar, y 2. en caso de hacerlo, que impliquen un peligro excepcional para otros²⁶⁵⁵. Con eso, se puso énfasis en la actividad misma (uso), más que en la cosa. Poniendo el ejemplo del agua, gas o electricidad, todos estos bienes bajo la regla del *Rylands v. Fletcher* serían calificados como objetos perfectamente usuales. Ahora bien, para que la responsabilidad objetiva fuera aplicable, todos ellos tendrían que estar vinculados al uso extraordinario de la tierra, y además, como tales, deberían estar considerados como peligrosos en aquellas circunstancias²⁶⁵⁶.

Se puede afirmar también que el significado que se dio al “uso no natural de la tierra”, y como consiguiente la global interpretación del precedente en el Reino Unido y en los Estados Unidos, pasó a evolucionar en distintas direcciones a partir de un determinado momento. En ambos países, sin embargo, se subrayó la importancia del complejo contexto socio-económico en el que nació el precedente, apuntando a éste como al factor que, por su parte, enriqueció la discusión en varias teorías emergidas en un intento de explicar no sólo el caso mismo, sino también el porqué de haber promovido o prevenido su adopción, esto último, como es lógico, en el caso de los

²⁶⁵² Compara con el art. 1384 del código civil francés sobre la responsabilidad por los daños causados por los actos de las cosas en posesión de uno, el que ha sido desarrollado por la jurisprudencia francesa en una cláusula general de la responsabilidad objetiva. Véase Suzanne GALAND-CARVAL, “France” en Bernard A. KOCH/ Helmut KOZIOL (eds), *Unification of Tort Law. Strict Liability.*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pág. 127, 130 y 132; Cees van DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2007, pp. 49-55.

²⁶⁵³ Véase William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, pp. 395-396.

²⁶⁵⁴ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 380. En el mismo sentido DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 609 y William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, pág. 386: mayor magnitud del peligro, más altos niveles de diligencia exigible.

²⁶⁵⁵ El problema hace años ha sido objeto de análisis por William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, pp. 382-385.

²⁶⁵⁶ En este sentido John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 382, quien acepta el *status quo* existente. Véase, sin embargo, Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pág. 429 para quien la idea de BLACKBURN J era “escapar del corsé de *nuisance* y transformarse en la verdadera doctrina de la responsabilidad objetiva por cosas peligrosas” y las páginas.

Estados Unidos de América²⁶⁵⁷.

Ahora bien, mientras en los Estados Unidos “el uso no natural de la tierra” evolucionó hacia lo que hoy día se conoce bajo el término de “las actividades anormalmente peligrosas”, un importante determinante de la cláusula general establecida en los *Restatement*²⁶⁵⁸, la amplia aplicación que al *Rylands v. Fletcher* dio originalmente la judicatura británica²⁶⁵⁹, con el paso de tiempo se vería cada vez más limitada²⁶⁶⁰.

1.2.2 Ryland v. Fletcher y probabilidad de una cláusula general en el Reino Unido.

1.2.2.1 Common Law posterior a Rylands v. Fletcher.

Una revisión cronológica de los más importantes precedentes que siguen al *Rylands v. Fletcher* en el Reino Unido empieza con el *Rickards v. Lothian*²⁶⁶¹ del año 1913. Según los fundamentos de hecho, la coladera de la bañera de la planta de arriba de un edificio fue tapada de forma maliciosa dejando el grifo abierto, lo que causó daño en el almacén de la planta de abajo. El tribunal rechazó la aplicación de la regla del *Rylands v. Fletcher* al caso, dado que a su juicio el suministro del agua con fines

²⁶⁵⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 609. Sobre el contexto socio-económico que influyó sobre la adopción del *Rylands v. Fletcher* en los Estados Unidos véase Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of Fletcher v. Rylands in the Gilded Age”, *op. cit.*, A.W. Brian SIMPSON, “Legal liability for bursting reservoirs: The historical context of Rylands v. Fletcher”, *op. cit.* y el capítulo 3 referente a los “Factores que hayan influido en la adopción del *Rylands v. Fletcher* en los Estados Unidos”. Sobre factores que pudieran influir en el Reino Unido Cf especialmente Francis H. BOHLEN, “The Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *U. Pa. L.Rev.* núm 59, 1911, pp. 298-326, y Robert Thomas MOLLOY, “*Fletcher v. Rylands*- A Reexamination of Juristic Origins”, *U.Chi.L.Rev.* núm. 9, 1941, pp. 266-292 (el Tribunal se adherió a la causa de la clase dominante de la aristocracia terrateniente contra los intereses de la emergente industria). Véase también Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967, pág. 109 y Leon GREEN, “Tort Law Public Law in Disguise”, *Texas LR*, núm. 38, 1959, pp. 257-269 y John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th ed., The Law Book Company Limited, Sydney, 1998, p. 376 ([el propósito del Tribunal fue el de proteger una industria (minera) contra la otra (molinera)].

²⁶⁵⁸ Actualmente §20-24 de la *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *op.cit.*

²⁶⁵⁹ En virtud de ésta el demandado será responsable en cuanto cause daño al otro con una cosa o actividad indebidamente peligrosa e inapropiada para el sitio en el que ésta está desarrollada, teniendo en cuenta el carácter del sitio y de sus alrededores. Así KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, pág.548. Véase también William Lloyd PROSSER, “The principle of *Rylands v. Fletcher*”, en *Selected Topics on the Law of Torts: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 2,3,4,5 y 6 of 1953*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954, pp. 134-149.

²⁶⁶⁰ Así entre otros, DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pp. 608-609.

²⁶⁶¹ *Rickards v Lothian* [1913] AC 263.

domésticos constituía por completo el “uso ordinario de la tierra”. El precedente es conocido sobre todo por la controversia que levantó alrededor del alcance exacto del "uso natural de la tierra", que exonera de la aplicación de responsabilidad objetiva prevista en la regla. Se discutió sobre todo la cuestión de si éste cubría sólo la acumulación natural de agua y similares, o se extendía también a la acumulación artificial con el propósito de "uso ordinario" o "natural"²⁶⁶². Como consecuencia, la siguiente interpretación fue dada al "uso no- natural de la tierra" a los efectos del caso:

“It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community.”²⁶⁶³

De esta manera, la regla del Lord MOULTON redujo la eventual gama de actividades a las que se aplicaba la responsabilidad del *Rylands v. Fletcher*²⁶⁶⁴. Y si después de la decisión del *Rickards v. Lothian* todavía a alguien quedaba alguna esperanza y entusiasmo por el consiguiente desarrollo de la teoría general de la responsabilidad objetiva por actividades ultra-peligrosas, ésta pronto se esfumó con las posteriores sentencias de la Cámara de Lores.

En el año 1947 la Cámara de los Lores (*House of Lords*) dictó el precedente *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.*²⁶⁶⁵, en el que la regla había sido restringida solamente a los supuestos en los que sustancias peligrosas “escapan” de la tierra bajo el control del demandado. En el supuesto de hecho, la demandante, empleada como inspectora de munición por el Ministerio de Suministro británico durante la guerra, había sido herida a causa de una explosión en una fábrica de munición perteneciente al demandado. El tribunal decidió no haber lugar al recurso a base de la regla encarnada en el *Rylands v. Fletcher*; entendiendo que el daño no resultó de ningún escape, puesto que cuando ocurrió el accidente, la víctima pertenecía en el interior de las premisas del demandado. De esta forma, el argumento de que el escape pudiera significar no solamente el escape

²⁶⁶² John G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., pp. 377-378.

²⁶⁶³ *Rickards v Lothian* [1913] AC 263 at 280 per Lord MOULTON. En cuanto a la excepción del uso adecuado para el beneficio general de la comunidad, véase, sin embargo, el comentario al *Cambridge Water*, así como el texto que acompaña las pp. 134-135.

²⁶⁶⁴ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., pág. 378.

²⁶⁶⁵ *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C. 156.

de la tierra del demandado²⁶⁶⁶ sino también el escape de la cosa del control del demandado, era rechazado por el tribunal, poniendo final a cualquier extensión de la regla a través de este resquicio²⁶⁶⁷. Lord MACMILLAN declaró también que el caso no entraba dentro del ámbito de aplicación del *Rylands v. Fletcher*, puesto que éste aplicaba únicamente a los deberes recíprocos de los propietarios colindantes²⁶⁶⁸, sin extenderse a los daños corporales²⁶⁶⁹, protegidos por el *tort of negligence*²⁶⁷⁰. Y, finalmente, en la apelación en la *Court of Appeal*, Lord Justice SCOTT declaró que la responsabilidad por las actividades ultra-peligrosas, contenida en las §§ 519-520 del *First Restatement of Law Americana* no estaba en conformidad con el Derecho Inglés²⁶⁷¹. Al mismo tiempo, sugirió que los Actos de las Minas de Carbón y de las Fábricas constituían una clara prueba de la ausencia de un principio general de responsabilidad objetiva en el *Common Law* británico. Al poner la siguiente restricción a la regla en forma de la imposición, según la cual el *Rylands v. Fletcher* no se aplicaba a los accidentes que hubieran ocurrido en la tierra o en las premisas del demandado, declaró que cualquier extensión de la regla debería estar en las manos del poder legislativo y no del judicial²⁶⁷². Dos años más tarde la misma manifestación parece haber sido confirmada por Lord MACMILLAN, quien al decidir sobre el mismo precedente, esta vez en el *House of Lords*, afirmó:

²⁶⁶⁶ En este sentido diríjase, sin embargo, a John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, pp. 382-383 según quien si fue el demandado él quien introdujo las sustancias peligrosas y quien tuvo control sobre ellas en el momento relevante, es dudoso que la ocupación de la tierra de la que mencionadas sustancias escaparon constituya requisito para que la regla del *Rylands v. Fletcher* sea de aplicación; esto último especialmente al considerar que requisito este no está exigido en casos de *tort of nuisance*, genero del que constituye *Rylands v. Fletcher*. No obstante, posterior (a la publicación mencionada con anterioridad) jurisprudencia confirmó la centralidad de la ocupación de la tierra por parte de demandado en *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61, at [9] and at [52] per Lords BINGHAM y HOBHOUSE* respectivamente.

²⁶⁶⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 612. Por otra parte, parece que el escape no tiene que afectar directamente (ocurrir sobre) la tierra del demandante, de acuerdo con el *Common Law* Británico, *British Celanese v. Hunt [1969] 1 WLR 959* citado por John G. FLEMING in *The Law of Torts, op. cit.* pág. 382. En el caso algunos materiales dejaron llevarse hacia una estación de de energía, interrumpiendo el suministro de electricidad en una fábrica en los alrededores.

²⁶⁶⁸ *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156 at 173*, con lo que acordó también Lord UTHWATT, 186.

²⁶⁶⁹ *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156 at 173*. Véase, sin embargo, el texto que acompaña las n. 195 -199.

²⁶⁷⁰ *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156 at 170-171*. Es de notar, que por este tiempo el *tort of negligence* se ha desarrollado en una regla general de la responsabilidad, pasando a constituir el criterio bien establecido de la imputación en los supuestos de accidentes de coches y, muy probablemente, un prerequisite para la recuperación de los daños corporales. Véase Donal NOLAN, "The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, pág. 430 y LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law. Texts and Materials*, Oxford University Press, New York, 2008, pág. 684.

²⁶⁷¹ *Read v. J. Lyons & Co. [1945] KB 216 at 255ff.*

²⁶⁷² Wolfgang Gaston FRIEDMANN, "Social Insurance and the Principles of Tort Liability", *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, p. 259.

*It was suggested that some operations are so intrinsically dangerous that no degree of care however scrupulous can prevent the occurrence of accidents and that those who choose for their own ends to carry on such operations ought to be held to do so at their peril. If this were so, many industries would have a serious liability imposed on them. Should it be thought that this is a reasonable liability to impose in the public interest it is for Parliament so to enact. In my opinion it is not the present law of England*²⁶⁷³.

La citada declaración dio origen a la conclusión de que a la luz del rápido desarrollo de la legislación social la judicatura británica se consideraba incompetente en materia del aumento de la protección legal, que como consecuencia ha sido confiada al Parlamento²⁶⁷⁴. En este punto de la evolución del precedente se puede afirmar que pocos, por no decir que ningún punto está claro en la larga, ardua y laboriosa discusión sobre el complejo por controvertido *Rylands v. Fletcher*. No existía acuerdo sobre por qué la formula ha sido implementada y cuál era la regla en realidad, ya que el *House of Lords*, un órgano colegial, tampoco en esta ocasión expresó su opinión de forma unánime. Y finalmente, divergentes opiniones han nacido en cuanto a qué es lo que el autor de cada de las tres formulaciones (BLACKBURN, CAIRNS, CRANWORTH) exactamente quería decir, así como con qué propósito se formuló la regla²⁶⁷⁵. Desde el momento en que la decisión se dictó hasta el célebre *Read v. J. Lyons & Co. Ltd*, la postura de la judicatura inglesa recuerda mucho a la de Alicia en el País de Maravillas cuando preguntaba al Gato Cheshire:

- “- Podrías decirme, por favor, qué camino debo seguir para salir de aquí?
- Eso depende del sitio al que quisieras llegar - dijo el Gato.
 - No me importa mucho el sitio...
 - Entonces tampoco importa mucho el camino que tomes- dijo el Gato.
 - ...siempre que llegue a alguna parte- añadió Alicia.
 - ¡Oh, siempre llegarás a alguna parte, si caminas suficiente!”²⁶⁷⁶.

²⁶⁷³ *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C.156 at 172-173.*

²⁶⁷⁴ TAYLOR, *Restriction of Strict Liability, Mod. L. Rev.*, nr. 10, 1947, pág. 402, Wolfgang Gaston FRIEDMANN, “Social Insurance and the Principles of Tort Liability”, *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, pág. 241.

²⁶⁷⁵ Una interesante observación al efecto está recogida en DEAKIN / JOHNSTON / MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 608, n. 9, en donde se planteó la cuestión alrededor de “¿qué es lo que es más importante: la comprensión inicial del juez o la forma en la que su decisión ha sido interpretada por las siguientes generaciones de jueces, incluyendo a el mismo?”. Y más tarde, “¿y el juez que promulga nuevo Derecho, tiene que admitirlo abiertamente? ¿O ha promulgado, efectivamente, nuevo Derecho y luego trató de eliminar las huellas?”

²⁶⁷⁶ Lewis CARROLL, *Alicia en el País de las Maravillas*, Editorial Lumen, Barcelona, 2001, pág. 103.

En consecuencia, *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.* pasó a la historia de la jurisprudencia británica como el precedente a través del cual los apóstoles del principio de la culpa han ganado su batalla más decisiva²⁶⁷⁷. La decisión ha recibido también algunas críticas. Según John FLAMING, por ejemplo, “el efecto más devastador de la decisión en *Read v. Lyons* fue el de aturdir prematuramente el desarrollo de una teoría general de la responsabilidad objetiva por actividades ultra-peligrosas”²⁶⁷⁸.

Un punto en particular debe tenerse en cuenta a este nivel. Hasta la decisión en *LMS Internacional*²⁶⁷⁹, según extendida opinión, desde el *Read v. Lyon* la judicatura inglesa “dejó de caminar”, en parte posiblemente porque no tenía claro a donde exactamente llegar. La mayoría de la doctrina²⁶⁸⁰ así como el Lord HOFFMAN en *Transco*²⁶⁸¹ afirmaron que casi cincuenta años habían pasado en silencio, sin que ningún caso se hubiera resuelto a base de la regla en *Rylands v. Fletcher*; tanto en el *House of Lords* como en el *Privy Council*. Como veremos más adelante, sin embargo, esta hipótesis resultó ser errónea. Un examen más atento de los precedentes del período mencionado con anterioridad permitió descubrir, al menos, varios precedentes fundamentados en el *Rylands v. Fletcher*²⁶⁸², entre los que algunos habían incluso declarado haber lugar al recurso. A este efecto, el magistrado COULSON en el *LMS Internacional* afirmó que lo más probable es que tanto Lord HOFFMAN como los abogados en el *Transco* debían haber limitado su investigación a los casos de escape de agua, más que al *Rylands* en general²⁶⁸³. No obstante, también parece justo advertir que

²⁶⁷⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 625.

²⁶⁷⁸ John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, pág. 341.

²⁶⁷⁹ *LMS Internacional Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, véase más adelante.

²⁶⁸⁰ Véase, por todos, John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, nº 4, 2004, p. 662.

²⁶⁸¹ La declaración de este último está sujeta a varias matizaciones. Cf. al respecto, por ejemplo al Lord HOFFMANN sobre el periodo entre la Segunda Guerra Mundial y el año 2003: “... ninguno de los reclamantes fundó con éxito su demanda sobre el *Rylands v. Fletcher*”. [2003] UKHL 61 para. 39.

²⁶⁸² Véase *Balfour v. Barty-King* [1957] 1 ALL ER 156, *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530, *E Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54 y *Johnson v B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574. Véase también el comentario al caso *LMS Internacional* más adelante.

²⁶⁸³ Se dijo al respecto en el *LMS Internacional*: “la observación del Lord HOFFMANN a efecto de que el reclamante no había logrado fundarse con éxito en el principio del *Rylands v. Fletcher* desde la Segunda Guerra Mundial, está presumiblemente basada en la revisión de las autoridades citadas en la Cámara de Lores en el *Transco*. Teniendo en cuenta que el *Transco* versó sobre la fuga de agua, tal vez no sea sorprendente que la mayoría de los casos contemplados en el argumento se refiere a la inundación de un tipo u otro. Pero fueron, de hecho, no pocos casos desde la Segunda Guerra Mundial, donde el principio del *Rylands v. Fletcher* ha sido invocado con éxito. Un número de ellos se refería a la fuga del fuego, y éstos no fueron citados ante la Cámara de Lores en el *Transco*”. *LMS Internacional Ltd v. Styrene Packing*

el descubrimiento de estas más bien pocas decisiones a lo largo de un período de cincuenta años, tampoco puede ser contemplado como un número tan significativo de casos que pudiera cambiar drásticamente la percepción de la falta de autoridad del precedente como tal. Y por último, con el propósito de este trabajo, se consideró más conveniente prescindir en este momento de una exposición estrictamente cronológica, con la fecha de aprobación de cada uno de los precedentes como factor determinante, a favor del, también cronológico aunque más coherente, "enfoque de impacto". Así, los casos pertinentes, confirmados por *LMS International Ltd.* e ignorados antes de que éste se haya decidido, serán presentados al final de este capítulo, junto con el precedente que "puso luz sobre ellos".

En cuanto al escaso uso que se dio al *Rylands v. Fletcher* en el período entre los años 40 y 90 del siglo XX, aunque no se puede afirmar con toda certeza a qué factores exactamente se debió la situación, entre los más frecuentemente citados se menciona la complejidad de la regla, la inseguridad jurídica causada por su falta de claridad, la expansión del *tort of nuisance* y el *tort of negligence* y, finalmente, la creciente importancia de los seguros de premisas, cada vez más comunes no sólo entre los empresarios, sino también entre los propietarios particulares²⁶⁸⁴.

El aparente silencio sobre el *Rylands v. Fletcher* fue roto por primera vez en el año 1994, cuando de forma casi simultánea dos casos sentaron otros dos precedentes. Y ya que la historia suele repetirse, otra vez distintos sistemas de *Common Law*, aunque con el mismo denominador común de simplificar el Derecho existente, asignaron usos distintos al *Rylands v. Fletcher*. En Gran Bretaña se dictó el *Cambridge Water*²⁶⁸⁵, en el que se declaró que la regla del precedente constituye una rama del *tort of nuisance*. Por el contrario, el Tribunal Supremo de Australia con la decisión *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.*²⁶⁸⁶ declaró que la regla había sido absorbida por el *tort of negligence*²⁶⁸⁷.

and Insulation Ltd [2005] para. 26.

²⁶⁸⁴ John MURPHY, "The Merits of *Rylands v. Fletcher*", *op.cit.*, pág. 662.

²⁶⁸⁵ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 WLR 53.

²⁶⁸⁶ *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.* (1994) 179 CLR 520.

²⁶⁸⁷ Enfrentándose con dificultades a la hora de deducir cualquier principio del largo volumen de casos que han seguido al *Rylands v. Fletcher*, el Tribunal Supremo de Australia, a la vista de la incertidumbre que rodeaba la regla, prefirió sustituir la originalmente aplicable responsabilidad objetiva por el principio de culpa, y más precisamente, dentro de esta última, por una regla de los deberes no delegables por parte de los que tienen control sobre las premisas. Solución ésta que parecía ser más ventajosa, puesto que, de esta manera, al demandante se le podían también resarcir los daños en supuestos en los que éstos acaecieron en las premisas del demandado. Para que existiera un deber no delegable se exigió que el

En cuanto al *Cambridge Water*²⁶⁸⁸ el tribunal impuso siguiente “mecanismo de control²⁶⁸⁹” sobre la extensa interpretación de la regla contenida en el *Rylands v. Fletcher*. Según el supuesto de hecho el demandado, involucrado en el proceso de tinte de cuero, almacenaba unas grandes cantidades de sustancias químicas en la tierra, lo que ha sido calificado por el tribunal como un típico ejemplo del “uso no-natural de ésta”. Los disolventes utilizados por él se filtraban a través del suelo de tenería a la tierra, y a través de ésta al agua, llegando al final a la perforación del demandante una milla más lejos de la que se extraía el agua potable²⁶⁹⁰. Como resultado de esto, este agua fue contaminada de forma tal que no cumplía con el mínimo de requisitos de sanidad²⁶⁹¹, forzando, en consecuencia, al demandante a buscar otras, alternativas, fuentes de suministro. La acción contra el demandado se fundamentaba en varias causas diferentes, siendo éstas *negligence*, *nuisance* y el *Rylands v. Fletcher*. El Tribunal de Apelación, después de permitir el recurso con fundamento en *nuisance* y en el *Rylands v. Fletcher*, declaró en favor del demandante respecto a *nuisance*, rechazando al mismo tiempo el recurso a base del *Rylands v. Fletcher*. El *House of Lords* declaró no haber lugar al recurso respecto a ambos fundamentos de derecho. En lo que se refiere al *Rylands v. Fletcher*, afirmó que el daño causado (contaminación resultante del escape) no había sido previsible²⁶⁹².

Aunque en *Cambridge Water* surge de nuevo la cuestión de si la regla del *Rylands v. Fletcher* debería

eventual demandante hubiera estado expuesto a un riesgo peculiar. Para la crítica de este planteamiento véase Garry T. SCHWARTZ, “*Rylands v. Fletcher, Negligence and Strict Liability*” in Peter CANE and Jane STAPLETON (eds), *Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pág. 214. Para el comentario del precedente *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.* dirjese a Jane SWANTON, “Another Conquest in the Imperial Expansion of the Law of Negligence: *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd*”, *Torts L.J.*, vol. 2, 1994, pp. 101- 123. En este sentido, se argumentó que, debido a la objetivización de negligencia a través de elevación de los estándares de cuidado (especialmente en el contexto de las actividades peligrosas) a través de la doctrina *res ipsa loquitur*, y la ampliación de la responsabilidad a los contratistas independientes, por un lado y la suavización de la responsabilidad objetiva del *Rylands v. Fletcher*, mediante el desarrollo de las causas de exoneración y la infusión del requisito de previsibilidad en el *Cambridge Water*, por el otro, la diferencia entre esos dos tipos de responsabilidad civil dejó de ser perceptible. Véase Donal NOLAN, “The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op.cit.*, pág.441.

²⁶⁸⁸ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 WLR 53.

²⁶⁸⁹ Término empleado por DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 613.

²⁶⁹⁰ Se determinó en el caso que la fuga debía haber comenzado a una fecha antes del año 1976 y que ésta ha continuado hasta el día del juicio. *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather Plc* [1994] 2 A.C. 264 en 293.

²⁶⁹¹ Como ha sido establecido en la Directiva implementada por el Departamento de Medio Ambiente en el Circular 20/82 del 19 de agosto de 1982. *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather Plc* [1994] 2 A.C. 264 en 293.

²⁶⁹² Véase, más adelante, el texto que acompaña las nn. 129-131.

“ser tratada como un principio en desarrollo de la responsabilidad objetiva por daños causados por las actividades ultra-peligrosas, a base del cual las personas que llevan a cabo estas operaciones pueden ser propiamente responsables de forma objetiva por los riesgos extraordinarios para otras personas involucradas en dichas operaciones”²⁶⁹³

en la mencionada sentencia del *Cambridge Water*, el *House of Lords* declaró finalmente que la responsabilidad prevista en el *Rylands v. Fletcher* constituía una rama específica del *Tort of Nuisance*. En este sentido, Lord GOFF señaló que “nos llevaría a un *corpus* más coherente de los principios del *Common Law* considerar la regla²⁶⁹⁴ esencialmente como una extensión del derecho de *nuisance*”²⁶⁹⁵. La diferencia principal entre el *tort of nuisance* y el *Rylands* consistiría en que este último se aplicaría, más que a casos de daño continuo, a supuestos aislados de lesión²⁶⁹⁶. La declaración de Lord GOFF se basa en gran parte en el conocido artículo de NEWARK, al que cita en la decisión por lo menos cinco veces; artículo en el que su autor defiende la tesis de que la regla del *Rylands v. Fletcher* deriva del derecho de *private nuisance*²⁶⁹⁷. Mencionada

²⁶⁹³ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 *Weekly Law Reports* 53, en 79.

²⁶⁹⁴ [en *Rylands v. Fletcher*]

²⁶⁹⁵ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 306. Presagio de esta posición se encuentra ya, sin embargo, en el *Read v. J Lyons & Co Ltd* [1947] AC 156, en 183 en el que Lord SIMONDS declare sobre el *Rylands v. Fletcher* y *nuisance* “tan estrechamente conectadas son estas dos ramas de derecho que los *text books* sobre derecho de *nuisance* contemplan casos de la regla del *Rylands v. Fletcher*.”

²⁶⁹⁶ A este efecto, se utilizó también otro tipo de terminología, a saber “isolated escape” versus “ongoing state of affairs”, véase, por ejemplo, W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort, op. cit.*, pág. 695, no. 15-3. Esta hipótesis se basó en la tesis de NEWARK, véase “Boundaries of Nuisance”, *LQR*, nr °. 65, 1949, pág. 488. Para la crítica de este enfoque consulte a Marc LUNNEY /Ken OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, pág. 683, que alegan que al mismo tiempo que el caso limita al *Rylands v. Fletcher* a un escape aislado, sus antecedentes de hecho sugieren exactamente lo contrario. El escape de las sustancias químicas en el *Cambridge Water*, se produce en repetidas ocasiones durante un largo período de tiempo, haciendo difícil su descripción como aislada. Y si, por el contrario, un escape aislado no constituye un requisito previo en el *Rylands v. Fletcher*, la cuestión que uno podría plantearse es la forma en la que distinguirlo del *tort of nuisance*. Para una respuesta posible véase Donal NOLAN, “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pp. 434-435 quien encuentra la diferencia en las condiciones exigidas para la aplicación de la responsabilidad, siendo éstos el “usuario no razonable” en el caso del *nuisance* y el “uso no natural” en el del *Rylands v. Fletcher*. La posición de NOLAN parece estar confirmada por el reciente *Common Law*. Véase *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others* [2009] All ER (D) 311 (Mar) en 411 “... *nuisance* depende de establecimiento del usuario razonable que da lugar a un escape previsible, mientras el *Rylands v. Fletcher* se refiere a usuario no-natural o extraordinario que conduce a un escape independientemente de si es previsible o no”. Un escape aislado tampoco parece ser, sin embargo, un elemento distintivo del *Rylands v. Fletcher*, en cuanto comparemos éste con el *tort of nuisance*. Para más detalles, véase el comentario sobre el *Color Quest* y el texto que acompaña [las n.227-228](#).

²⁶⁹⁷ Véase la crítica de esta suposición en John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, *op. cit.*, pág. 668. El autor critica, entre otras, la tesis de Newark de acuerdo con la que “en 1866 habían varios casos en los informes que sugerían que personas que tenían control sobre objetos peligrosos estaban bajo un deber estricto de diligencia, pero como ninguno de estos casos tenía algo que ver con el *tort of nuisance* Blackburn J no se refirió a ellos” véase sobre el tema F. H. NEWARK, “Boundaries of

referencia al *tort of nuisance* hizo confirmar la doctrina según la cual el demandado en las reclamaciones fundadas en *Rylands* será normalmente poseedor de una tierra involucrado en las actividades directamente relacionadas con ella, mientras el demandante será el que sufrió el daño en la tierra vecina bajo su posesión o en las estructuras sobre ésta²⁶⁹⁸. Dado el origen de la regla del *Rylands v. Fletcher*, y establecido el requisito de previsibilidad para el *tort of nuisance*, Lord Goff consideró imprescindible extender dicho requisito también a la aplicación de la primera de las causas de acción²⁶⁹⁹. En consecuencia, a pesar de que el caso había sido clasificado por el tribunal como típico ejemplo del “uso no-natural de la tierra”, éste declaró no haber lugar al recurso porque el daño causado (aquí contaminación resultante de la fuga) no había sido previsible²⁷⁰⁰. De esta manera, un requisito adicional en forma de “previsibilidad”²⁷⁰¹ (llamado también principio de lejanía del daño; *principle of remoteness of damage*²⁷⁰²) ha sido introducido, a satisfacer junto con los tres más: 1. uso no natural de la tierra, 2. el de acumulación y 3. de escape de la cosa de la tierra del

Nuisance”, *op. cit.* pág. 488. En este sentido, MURPHY apunta que, mientras uno no puede negar que BLACKBURN J no hizo ninguna referencia explícita a los precedents que preceden directamente a *Rylands v. Fletcher*, mencionó, sin embargo, un precedente muy anterior a éste, aquí *Tenant v. Goldwin (1794) 2 Ld Raym 1089*.

²⁶⁹⁸ Fue tres años más tarde en *Hunter v Canary Wharf [1997] AC 655* cuando la doctrina de acuerdo con la que nuisance es un tort relacionado con la tierra ha sido establecida. Así comentario a la § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001. Sobre la posición del demandado como el poseedor de la tierra. Sobre la posición del demandante como él que sufre el daño en la tierra vecina a la del demandado.

²⁶⁹⁹ A este efecto, *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. V. Miller Steamship Co. Pty. (The Wagon Mound (No.2)) [1967] 1 A.C. 617* ha sido citado como esta autoridad que estableció el requisito de previsibilidad para el *tort of nuisance* (el caso se fundó en el *tort of public nuisance* precisamente). *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, en 300-301*. Para el comentario sobre el requisito de previsibilidad cf David WILKINSON, “Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc: Diluting Liability for Continuing Escapes”, *Mod.L.Rev.* núm. 57, 1994, pág. 802.

²⁷⁰⁰ Véase *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, en 303-305*. A este efecto, se afirmó que el hecho dañoso relevante (la filtración del PCE a través del suelo de las instalaciones de ECL) tuvo lugar antes de que la legislación mencionada con anterioridad entró en vigor, haciendo aplicar al caso la filosofía según la cual no se prevía la imposición de la responsabilidad dimanante de las leyes especiales a casos de la contaminación histórica. *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, en 307*.

²⁷⁰¹ Sobre el requisito de previsibilidad véase David WILKINSON, “Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc: Diluting Liability for Continuing Escapes”, *Mod.L.Rev.* núm 57, 1994, pp. 799-811. Véase también la crítica del requisito de previsibilidad en Elspeth REID, “Liability for dangerous activities: a Comparative Analysis”, *op. cit.*, p.740-741. Crítico sobre el requisito de previsibilidad también W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts, op. cit.*, pág. 701. Compara, a este efecto, con el requisito de previsibilidad establecido en la §20, b, 1 de la *Restatement Third*, donde éste está referido al riesgo de producción del daño físico y no al daño mismo. Sobre el concepto del daño físico véase, por ejemplo, Christian WITTING, “Physical Damage in Negligence”, *CLJ* nº 61 (1), March 2002, pp. 189-208. Una parecida regulación está prevista en el art. 5:101 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cit.* con la única diferencia que éste último se refiere en vez al daño físico, más generalmente al daño.

²⁷⁰² Véase *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61 en 32(c) y 64*.

demandado²⁷⁰³, cuya falta de cumplimiento impedirá aplicación de la responsabilidad objetiva.

Lord GOFF declaró también que, el mero hecho de que determinado uso fuera común en la industria del curtido, no podía ser suficiente para incluirlo dentro del ámbito del "uso natural de la tierra", que excluía la aplicación del precedente²⁷⁰⁴. Lo mismo se dijo de la suposición según la cual, a la luz de que Sawston es una comunidad de pequeñas industrias, el curtido debería convertirse en una actividad de incentivo para el Derecho²⁷⁰⁵. De esta manera, la excepción en forma de "uso adecuado para el beneficio general de la comunidad", que exime de responsabilidad en virtud del principio del *Rylands v. Fletcher* según lo establecido en el *Rickards v. Lothian*, se consideró no válida, ampliando el alcance del precedente²⁷⁰⁶.

En cuanto al porqué del rechazo al desarrollo de la cláusula general por actividades anormalmente peligrosas en *Cambridge Water*, Lord GOFF decidió que dicha cláusula era, en primer lugar, incompatible con la decisión en *Read v. Lyons* debido a que la cláusula norteamericana se aplicaba a todos los daños causados por actividades anormalmente peligrosas, mientras que de acuerdo con la jurisprudencia británica la regla del *Rylands v. Fletcher* aplicaba solamente a las lesiones derivadas del escape de la tierra bajo el control del demandado²⁷⁰⁷. En consiguiente, se refirió al Informe de la Comisión Jurídica sobre la Responsabilidad por las Cosas y Actividades Peligrosas en el

²⁷⁰³ A este efecto véase, sin embargo, DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pp. 611-621 quien distingue entre "los requisitos de la responsabilidad" en el *Rylands v. Fletcher* (aquí 1. acumulación y 2. escape de la cosa) y los mencionados "mecanismos de control", dentro de los que incluye 1. El uso no natural de la tierra, 2. Previsibilidad y 3. Las causas de exoneración de la regla.

²⁷⁰⁴ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 309. Compara con la excepción "uso común" de la regla establecida en la § 20, b, 2 del *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)* and from the art. 5:101, 2, b of the *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Springer, Wien New York, 2005.

²⁷⁰⁵ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 309. "El uso adecuado para el beneficio general de la comunidad "como una excepción inválida al *Rylands v. Fletcher* ha sido confirmada posteriormente en el *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2004] 2 AC 1, especialmente *per* Lord WALKER en 105.

²⁷⁰⁶ Esta decalración parece estar de conformidad con la §20 de la *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, que renunció a la anterior formulación de la *Restatement Second*, según la cual para determinar si la actividad era anormalmente peligrosa se debía tener en cuenta la medida en la que su valor a la comunidad se ve compensado por su peligrosidad. Véase AMERICAN LAW INSTITUTE, § 520 of the *Restatement of the Law, Second*, St. Paul, Minn, 1977, vol. 3. Tal y como establece el com. k) a la § 20 of the *Restatement Third, op. cit.*, la cuestión de si la actividad proporciona un valor sustancial o de utilidad es de poca importancia directa para la cuestión de si esta actividad debe dar lugar a la responsabilidad objetiva. Para estar seguros, actividades que son comunes a los fines de la subsección (b) (2) tienden a ser actividades que producen un valor sustancial. En consecuencia, debido a su carácter común, muchas actividades de valor se considerarán no anormalmente peligrosas. Aun así, es su carácter común y no su valor el que está directamente relacionado con la cuestión de la responsabilidad objetiva."

²⁷⁰⁷ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 305.

que se expresó duda en cuanto a la correcta aplicación de la cláusula general de la responsabilidad objetiva por las actividades “especialmente o ultra- peligrosas”, dada toda la incertidumbre y dificultades prácticas que corresponden a un concepto definido de forma tan general²⁷⁰⁸. Como consecuencia, la Cámara de los Lores, fundando su decisión en razones de prudencia, prefirió no entrar en el territorio previamente abandonado por el poder legislativo²⁷⁰⁹. Así también, afirmó que la responsabilidad objetiva por actividades con alto riesgo inherente debería ser impuesta por el Parlamento en vez de por los tribunales. Las leyes especiales constituirían un instrumento más apto para la identificación de dichas actividades, así como para el establecimiento de unos criterios más precisos para la incidencia y ámbito de aplicación de dicha responsabilidad²⁷¹⁰.

El año 2003 vio otro caso que, con fundamento en *Rylands v. Fletcher*, dio lugar a la consiguiente interpretación del precedente. Los hechos del *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council*²⁷¹¹ versan sobre un derrumbe del muro de una compañía de servicios debida a una gradual fuga en el suministro de agua en un bloque de 66 pisos. Como consecuencia de ésta, una de las tuberías del gas de la reclamante se derrumbó, y como resultado la demandante se vio forzada a llevar a cabo reparaciones urgentes a fin de asegurar que el gasoducto no se quebraría. El Tribunal de Primera Instancia decidió a favor de la reclamante (Transco, anteriormente: British Gas), pero la demanda fue desestimada en los consiguientes dos recursos por considerarse que no se dio ningún uso “extraordinario o inhabitual de la tierra”, debido a que el suministro de agua era doméstico²⁷¹². A consecuencia de ello, la Cámara de los Lores llegó a la conclusión de que el suministro de agua a un bloque de pisos por medio de un tubo conectado a la tubería principal, aunque capaz de provocar daños en caso de un escape, no llega a erigirse en un riesgo especial que constituya un “extraordinario uso de la

²⁷⁰⁸ Report of the Law Commission on Civil Liability for Dangerous Things and Activities (1970) (Law Com. No 32) para. 14-16.

²⁷⁰⁹ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 305.

²⁷¹⁰ Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pág. 437. *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 305. En favor de esta solución también W. H. VAN BOOM, “Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher*”, *ZEUP*, 2005, pág. 633, disponible también en <http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/8254/transovStockportZEU2005no3.PDF> » (cd: 21.01.2009). Para la crítica de la imposición de la responsabilidad objetiva a través de la legislación *ad hoc* véase Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 1132-1135.

²⁷¹¹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61.

²⁷¹² Mark LUNNEY/Ken OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, 3rd ed., Oxford University Press, New York, 2008, pág. 686 y Carrie DE SILVA, „The Continuing Life of *Rylands v. Fletcher*: a Comparative analysis of the development and enduring use of the rule in *Rylands v. Fletcher* in England and Wales and the Common Law World.”, *op. cit.*, pág. 11.

tierra”²⁷¹³.

En *Transco*, la Cámara de los Lores se encontró de nuevo ante la oportunidad de decidir sobre el futuro de *Rylands*, teniendo tres opciones respecto “a dónde llegar”:

1- Seguir el camino tomado por el Tribunal Supremo de Australia en el *Burnie and Port*, poniendo así fin a la existencia de una regla independiente.

2- Extender la regla al principio general de responsabilidad objetiva por actividades y sustancias anormalmente peligrosas.

3- Confirmar el *status quo*, aunque intentando dar a los componentes de la regla una mayor claridad.

Entre estas tres opciones, se decantó finalmente por la tercera, intentando justificar la decisión de no absorber el precedente en el *tort of negligence* en base a los argumentos siguientes:

- a) La existencia de una categoría de casos, aunque no numerosa, en los que sería justo imponer la responsabilidad sin culpa. Ejemplo de ello sería *Cambridge Water* si se hubiera dado la previsibilidad del daño.
- b) La existencia de supuestos sujetos a la responsabilidad objetiva que haya sido impuesta por leyes especiales a pesar de la existencia de las reglas del *Common Law*, siendo algunos ejemplos la sección 209 del *Water Industry Act 1991*, que impone la responsabilidad objetiva sobre empresarios en el sector de agua, y la provisión 2 del *Reservoirs Act 1975*, que asume la responsabilidad objetiva en los supuestos contemplados en *Rylands v. Fletcher*.
- c) La falta de relevancia de la técnica *stop-go* a la hora de modernizar el Derecho. En este sentido, la Cámara de los Lores prefirió seguir la senda marcada por *Cambridge Water*.

²⁷¹³ “Por supuesto, es cierto que agua en grandes cantidades casi siempre es capaz de causar daño si se escapa. Sin embargo, canalizar por las tuberías el suministro de agua de la red a los tanques de almacenamiento en el bloque era una función rutinaria que a nadie hubiera aparecido como la que conlleva el aumento de algún riesgo especial”. *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61 en 13 per Lord BINGHAM*. “... No existen pruebas de que éste [el uso] creó un riesgo mayor del que normalmente se asocia con la fontanería doméstica o comercial. Es cierto que la tubería era más grande. Pero si el riesgo que eso implicaba era mayor depende de su especificación. Uno no puede simplemente asumir que cuanto mayor sea el tubo, mayor es el riesgo de fractura o mayor es la cantidad de agua que puede estar liberada. Estoy de acuerdo con mi noble y erudito amigo Lord BINGHAM de CORNHILL en que la creación de un riesgo excepcional debe ser tomado en serio creando un umbral elevado a superar por el demandante.” *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61 en 49 per Lord HOFFMANN*.

- d) El convencimiento por parte de la Cámara de los Lores de que la absorción de *Rylands v. Fletcher* por parte del *tort of negligence* ampliaría la distancia entre los Derechos de Inglaterra y Gales y los de Francia y Alemania, aún siendo cierto que los acercaría al de Escocia (que no ha adoptado la regla). Tanto en el país galo como en el germano existirían regímenes de responsabilidad objetiva en casos de conflictos relacionados con la tierra.²⁷¹⁴

En este contexto parece oportuno llamar la atención del lector a lo siguiente. Aunque la Cámara de los Lores ha preferido abstenerse en sí de cualquier significativo “paso hacia adelante” en cuanto al futuro del precedente, y el enfoque tradicional hacia la regla se ha mantenido en el caso, es también de notar que por primera vez²⁷¹⁵ el *House of Lords* puso el énfasis en la convergencia de los Ordenamientos europeos, que, como tal, pareció señalar como un factor importante a tener en cuenta a la hora de promulgar Derecho a través del *Common Law*²⁷¹⁶. En cuanto a la referencia que los Lores hicieron a los regímenes de responsabilidad objetiva en casos de conflictos relacionados con la tierra en Francia y en Alemania, la mayoría de los códigos civiles europeos incluye normas de la responsabilidad por el derrumbe de las estructuras de los edificios²⁷¹⁷. Aparte de la estrechamente formulada responsabilidad por la ruina de un edificio, el código civil francés incluye también el famoso art. 1384. La muy amplia interpretación dada a éste último por la jurisprudencia hizo convertirlo en una cláusula general de responsabilidad objetiva del guardián de la cosa por el activo papel que ésta tiene en causar el daño²⁷¹⁸. La norma no exige ni defectuosidad ni peligrosidad de la cosa como causas de exoneración, permitiendo únicamente la ausencia de un papel activo de la cosa en la causalidad²⁷¹⁹, una inesperada e incontrolable causa externa en la producción del daño, o el hecho de no ser el guardián de la cosa²⁷²⁰. De forma parecida, se elaboró, fundada en el art. 1382 del

²⁷¹⁴ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 6.

²⁷¹⁵ Respecto a la regla en el *Rylands v. Fletcher*.

²⁷¹⁶ Sobre el cambio en la aproximación británica hacia armonización de Derechos europeos véase Ewoud HONDIUS, “England and European Civil Code”, *ERPL* vol. 17, Nº 2, 2009, pp. 85-87.

²⁷¹⁷ Introducen directamente la responsabilidad objetiva siguientes regulaciones: el art. 1386 del Código Civil belga, art. 2053 del Código Civil Italiano, art. 1386 del Código Civil francés, art. 58 del suizo *Obligationenrecht* y art. 434 del kodeks cywilny polaco. Para más detalles véase, Bernhard A. KOCH/Helmut KOZIOL (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002. Sobre la responsabilidad por los edificios y terrenos peligrosos en los Ordenamientos europeos véase también Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, op. cit., vol. II, p. 244-258.

²⁷¹⁸ El *Court de Cassation* afirmó que el art. 1384 subs.1 se basa en la presunción de la responsabilidad (*une présomption de responsabilité*), y no de la culpa, por lo que el demandado no es capaz de suministrar la prueba en contrario. Susan GALAND-CARVAL, “France”, en Bernhard KOCH /Helmut KOZIOL *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pág. 130.

²⁷¹⁹ Aunque cada vez que la cosa estaba parada en el momento del accidente, o independientemente de estar en movimiento o no, no entraba en el contacto con la víctima, una extra condición estaba requerida por el tribunal, en forma de la prueba de que la cosa estaba en una “posición anómala” o “se comportaba anormalmente”, Susan GALAND-CARVAL, “France”, op. cit., pág. 129.

²⁷²⁰ Sobre la cláusula véase Cees VAN DAAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York,

Código Civil francés, y otra vez fruto de un desarrollo jurisprudencial, la responsabilidad objetiva por las molestias, según la cual el propietario o el ocupante de un terreno es responsable de todo uso de la tierra o de las actividades realizadas en ella, cuando éstos constituyan un grado anormal de molestias para los vecinos [los llamados problemas de vecindad; *trouble de voisinage*]²⁷²¹.

El Derecho alemán, por su parte, prevé la responsabilidad del propietario de un edificio o de una estructura inmobiliaria en caso de lesiones corporales o daños materiales causados por el derrumbe o la desintegración del edificio o de la estructura (§ 836 a 838 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)²⁷²². Dicha responsabilidad se basa en la presunción de la culpa, aunque en algunos casos es posible que los tribunales apliquen la llamada doctrina de *Anscheinsbeweis*, donde se presume la prueba de los dos, negligencia y causalidad²⁷²³²⁷²⁴. No obstante, la responsabilidad objetiva, establecida en los supuestos de mayor riesgo, fue introducida en Alemania, por lo general, a través de las leyes especiales²⁷²⁵, hecho que, en consiguiente, dio paso a que a nivel europeo se la empezase denominar la manera alemana de imponer la responsabilidad objetiva²⁷²⁶. La responsabilidad objetiva por los daños causados por el estado peligroso de un inmueble ha sido introducida también por el Study Group on European Civil Code (SGECC) en el art. 3:202 del Libro VI de los Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Privado Europeo (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*), llamado también Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR en lo sucesivo)²⁷²⁷.

En cuanto a la cláusula general, a nivel europeo la responsabilidad por las actividades peligrosas está establecida en el art. 2050 del *Codice Civile* italiano²⁷²⁸, y en

2006, p. 49-56, Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, pp. 130 y 132.

²⁷²¹ Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, pág. 134 y Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pp. 392-393.

²⁷²² Para comentario, véase, por ejemplo Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, *op. cit.*, pp.412- 413.

²⁷²³ Para más detalles sobre la doctrina de *Anscheinsbeweis* Cf Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 652 y W. VAN GERVEN/ J. LEVER/ P. LAROCHE, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, Hart, Oxford/Portland, 2000, pp. 345-346. Para un ejemplo de la implementación de *Anscheinsbeweis* diríjase a Van GERVEN/LEVER/ LAROCHE, *Ibidem*, pág. 319.

²⁷²⁴ Véase entre otros, FEDTKE/MAGNUS, “Germany”, en KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, pág. 149.

²⁷²⁵ Un breve resumen está recogido en W. H. Van BOOM, “Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes”, *op. cit.*, pág. 628.

²⁷²⁶ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 628.

²⁷²⁷ En virtud de este último “Una persona que de forma independiente ejerce el control sobre un bien inmueble es responsable de causar daños corporales y de la consiguiente pérdida, la pérdida de VI. -2:202 (Pérdida sufrida por un tercero a consecuencia de daño corporal o muerte sufridos por otro), así como de la pérdida resultante de daños patrimoniales (excepto el daño al inmueble en sí) por medio del estado del inmueble que no garantiza seguridad de tal grado que la persona dentro o cerca del inmueble tiene derecho a esperar teniendo en cuenta las circunstancias: a) la naturaleza del inmueble, b) el acceso al inmueble, y c) el coste de evitar que el inmueble esté en ese estado”. Traducción propia del inglés de la versión *outline* disponible en http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (fc: 13.01.2009).

²⁷²⁸ Según éste: “Quien cause daño al otro ejerciendo una actividad peligrosa, por su naturaleza o por

el art. 493 § 2 del Código Civil portugués²⁷²⁹. Aunque ambas disposiciones se basan en la presunción de culpa, el deber de diligencia a tomar medidas de precaución en ambos casos fue interpretado de manera tan estricta que el demandado puede escapar con la responsabilidad prácticamente sólo cuando el daño tiene su causa en el acto de la víctima, de un tercero, o en otra causa más allá de su control. El riesgo que erige una actividad peligrosa puede resultar de la magnitud del daño causado por el accidente, o del hecho de que el accidente sea muy factible²⁷³⁰. Otro de los exponentes de la responsabilidad basada en el riesgo se puede encontrar en la jurisprudencia del *Oberste Gerichtshof* austríaco (OGH) que, por medio de la aplicación analógica de las normas existentes²⁷³¹, desarrolló la llamada doctrina "Gefährliche Betrieb"²⁷³². La introducción de una cláusula general de la responsabilidad objetiva por actividades ultra-peligrosas fue intentada también en Suiza. La Comisión Suiza de Codificación, bajo la presidencia del Prof. Pierre WIDMER introdujo una disposición similar a la norteamericana en el art. 50 del Proyecto de Ley de Reforma de Suiza sobre el Derecho de Responsabilidad Extracontractual²⁷³⁴. El 21 de

razón de los instrumentos empleados, es responsable de los daños, a menos que pruebe que ha tomado todas las medidas adecuadas para evitar la lesión” Traducción propia de la versión al inglés recogida en Franz WERRO/ Vero Valentine PALMER, en *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, Bruylant SA Bruxelles, Staempfli Publishers Ltd, Durham, Bern, Brussels, 2004, pág. xxxii.

²⁷²⁹ WERRO/PALMER, in *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, op. cit., pág. 404.

²⁷³⁰ Véase WERRO/PALMER, *Ibidem*, pág. 404 y F. D. BUSNELLI/Giovanni COMANDÉ, "Italy", en KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, op. cit., pp. 212-213.

²⁷³¹ Austria parece ser uno de los pocos, junto con Dinamarca y Finlandia, miembros de la Unión Europea que permiten, aunque con cautela, la aplicación análoga de la responsabilidad objetiva por los tribunales. En el resto de los países europeos se excluye de la facultad de los tribunales la aplicación de la responsabilidad objetiva a falta de una regulación expresa. Véase W. H. VAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", op. cit., pp. 630-631, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL, "Austria", en *Unification of Tort Law Strict Liability*, op. cit., pág. 14. VAN GERVEN/LEVER/LAROCHE, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, op. cit., pág. 540 y WERRO/PALMER, in *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, op. cit., pág.403.

²⁷³² Operaciones peligrosas (*es.*)

²⁷³³ La regla principal de la doctrina ha sido bien resumida en la decisión de la OGH de 1973 en cuya virtud: "Según la jurisprudencia, la específica responsabilidad de la empresa en materia de riesgos operativos, impuesta por medio de las leyes especiales, puede, en principio, estar extendida por analogía a todas operaciones peligrosas; nadie que explota a una empresa puede transferir el riesgo que este tipo de operación genera de causar daños a la integridad física, vida o a la propiedad de los miembros del público (*sic*), sino debe compensar por ese daño, aun cuando no se puede probar su culpa o la de sus empleados " OGH 28 Mar. 1973, SZ 46/36 p. 158, 163. Traducción propia de la traducción al inglés por Christian VON BAR, from *The Common European Law of Torts*, Oxford University Press, New York, 2005 (repr.), vol. 2, pág. 384, no. 353.

²⁷³⁴ De acuerdo con este último "(1) La persona que explota una actividad particularmente peligrosa por el riesgo que comporta es responsable de cualquier daño que resulte de la realización del riesgo característico inherente en a tal actividad, incluso aunque esa actividad esté tolerada por el ordenamiento jurídico. (2) Una actividad se considera particularmente peligrosa si, por su propia naturaleza o por la de las sustancias, instrumentos o energías empleadas en ella, es susceptible de causar daños frecuentes o graves, a pesar de emplearse toda la diligencia que cabe esperar de una persona especializada en ese campo; tal conclusión se justifica, en particular, en aquellos casos en que otra ley establezca ya una responsabilidad especial para un riesgo parecido. (3) Lo anterior no afecta a las normas especiales a las que se sujeta la responsabilidad por un riesgo característico determinado." Traducción por Jordi Ribot Igualada de la version en ingles por Pierre WIDMER, Suiza, *PETL Strict Liability*, 323, nm. 97. Véase EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, op. cit., pp.

enero de 2009, sin embargo, el *Draft on the Reform and Unification of Swiss Tort Law* fue finalmente rechazado por el *Conseil fédéral* suizo²⁷³⁵. Y, por último, la opción de una cláusula general ha sido elegida también por el Grupo Europeo de Derecho de Daños. Consecuentemente, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, un proyecto de investigación y propuesta de un sistema comprehensivo de la responsabilidad civil europea, en su art. 5:501 estableció lo siguiente:

- 1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
- 2) Una actividad es anormalmente peligrosa si:
 - a) Crea un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio, y
 - b) No es una actividad que sea objeto de uso común
- 3) El riesgo del daño puede ser significativo en atención a la gravedad o la probabilidad del mismo
- 4) Este criterio no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación o convención internacional²⁷³⁶.

En cuanto a la extensión de la regla a la cláusula de la responsabilidad objetiva por actividades y cosas anormalmente peligrosas la decisión de *Cambridge Water* fue mantenida, siendo confiada al Parlamento británico la imposición de la responsabilidad objetiva respecto a las operaciones de alto riesgo²⁷³⁷. No obstante, a pesar del rechazo a

145-146, n. 5.

²⁷³⁵ Más información sobre el proyecto está disponible en las páginas web del Departamento Suizo de Justicia y Policía (*Swiss Department of Justice and Police*), véase <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.Par.0008.File.tmp/vn-ve-f.pdf> (fc: 20.02.2010). Véase también Peter LOSER, “Switzerland”, en Helmut KOZIOL /Barbara STEININGER (eds.), *European Tort Law 2004*, Springer, Wien, New York, 2005, pág. 581.

²⁷³⁶ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), coor. por Miquel MARTÍN CASALS. A favor de una cláusula general por las actividades ultra-peligrosas en la escena europea, por ejemplo, Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 1132-1135 y Basil MARKESINIS /Hannes UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^a, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pág. 723. Véase también el texto que acomaña las n. 275-278. Algo crítico W. H. VAN BOOM, “Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes”, *op. cit.*, pp. 630-633 y Gerhard WAGNER, “Comparative Tort Law” en Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 1034. Para argumentos en favor y en contra véase Jaap SPIER, “The Phantom of a European Civil Code”, en Helmut KOZIOL/ Jaap SPIER (eds.), *Liber amicorum Pierre Widmer*, Springer, Wien, 2003, pág. 330.

²⁷³⁷ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 7 y

la extensión de la regla del *Rylands v. Fletcher* a la cláusula general descrita con anterioridad, la interpretación dada al precedente en *Transco* y la introducción de unos nuevos elementos en la regla hace que ésta presenta cada vez más similitudes con la cláusula general descrita con anterioridad. Es precisamente en *Transco*²⁷³⁸ donde, a través de la regla establecida por el Magistrado MOULTON en el *Rickards v. Lothian* y algunas otras citas hechas por Lord GOFF en el *Cambridge Water*²⁷³⁹, el llamado “test de peligro o de capacidad de menoscabo” se introduce de forma sutil en la noción “uso no natural de la tierra”²⁷⁴⁰. Fuese cual fuese la razón que hubiera motivado a la Cámara de los Lores en su decisión, la de no dejar la puerta completamente cerrada para el futuro desarrollo de la cláusula general o la de conseguir mayor congruencia entre la *ratio* jurisprudencial y la de las leyes especiales²⁷⁴¹, aquélla declaró lo siguiente:

*Bearing in mind the historical origin of the rule, and also that its effect is to impose liability in the absence of negligence for an isolated occurrence, I do think the mischief or danger test should be at all easily satisfied. It must be shown that the defendant has done something which he recognized, or judged by the standards appropriate at the relevant place and time, he ought reasonably to have recognized, as giving rise to an exceptionally high risk of danger or mischief²⁷⁴² if there should be an escape, however unlikely an escape may have been thought to be.*²⁷⁴³

...It is thus the creation of a recognizable risk to other landowners which is an essential constituent of the tort and the liability of the defendant. But once such a risk has

41per Lord BINGHAM OF CORNHILL y Lord HOFFMANN respectivamente. En favor de esta solución John Gunther FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 377 y MARKESINIS/JOHNSTON/ DEAKIN, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 626.

²⁷³⁸ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 64. Para un comentario más amplio cf *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 en 25.

²⁷³⁹ Lord GOFF en *Cambridge Water* se refiere varias veces a la famosa declaración de Lord MOULTON en *Rickards v. Lothian*, expresamente, sin elevar el riesgo a un factor independiente que influyese sobre el ámbito de aplicación de “uso no natural de la tierra”. Véase, por ejemplo, *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 298.

²⁷⁴⁰ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 10.

²⁷⁴¹ A este efecto véase el comentario en W. H. VAN BOOM, “Some remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes”, *op. cit.*, pág. 624 quien afirma que el discurso de Lord HOFFMAN es notable en el sentido de que aboga por la convergencia de la regla del *Rylands v. Fletcher* con los regímenes de la responsabilidad objetiva establecidos en las leyes especiales. Es de destacar, en este sentido, que si la tubería de agua en el *Transco* no sería de propiedad privada del Stockport Council, sino que pertenecería al llamado empresario estatutario (una ente pública), la s. 209 de la Ley de la Industria del Agua (Water Industry Act) de 1991 hubiera aplicado en cambio. Cf William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowich on Tort*, *op. cit.*, pág. 552.

²⁷⁴² Subrayado añadido.

²⁷⁴³ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 10 per Lord BINGHAM.

*been created, the liability for the foreseeable consequences of failure to control and confine it is strict.*²⁷⁴⁴

Y por último, mucho tiempo se ha dedicado a la revisión de la denominación de "usuario no-natural de la tierra". Así, mientras el factor riesgo/ peligro parece haber sido aceptado como un denominador del "usuario no-natural" casi de forma unánime por todos los Magistrados²⁷⁴⁵ en *Transco*, tres normas diferentes han sido establecidas en cuanto al concepto globalmente considerado.

En primer lugar, partiendo de la amplia declaración de BLACKBURN J y del Magistrado CRANWORTH, Lord BINGHAM declaró que el requisito de Blackburn J de que la cosa que trajo a la tierra la parte demandada debe ser algo "no natural allí", no debe interpretarse como que incluye todo lo que ha llegado a la tierra de otro modo que mediante el funcionamiento de las leyes de la naturaleza²⁷⁴⁶. Después de hacer referencia a la declaración del Lord MOULTON en el *Rickards v. Lothian* ("éste debe ser algún uso especial que trae consigo mayor peligro para los demás"), afirmó que "ordinario", y, por el contrario, "extraordinario" e "inusual" son descripciones preferibles a "natural" y "no natural" (usuario de la tierra)²⁷⁴⁷. De esta manera, el sentido dado al "uso no-natural" por Lord BINGHAM parece ser el equivalente a "el que crea un riesgo mayor". El exhaustivo análisis de cada elemento del *Rylands v. Fletcher* le llevó a elaborar la siguiente regla final:

An occupier of the land who can show that another occupier of land has brought or kept on his land an exceptionally dangerous or mischievous thing in extraordinary or unusual circumstances is in my opinion entitled to recover compensation from that occupier for any damage caused to his property interest by the escape of that thing, subject to defences of Act of God or of a stranger, without the need to prove

²⁷⁴⁴ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 64 per Lord HOBHOUSE. Confirmed by *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 en 25.

²⁷⁴⁵ *Transco*[2004] 2 AC 1, en 11 per Lord BINGHAM, en 44 per Lord HOFFMANN, en 64 per Lord HOBHOUSE and en 103 per Lord WALKER.

²⁷⁴⁶ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 11. quien dice precisamente que ese significado has sido bien descrito como el que "recuerda a otra época" en *Cambridge Water* [1994] 2 AC 264, 308.

²⁷⁴⁷ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 10 per Lord BINGHAM. Este significado dado al "uso natural" estaría de conformidad con el "uso común"; la excepción de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas, establecida en la §20 de la *Restatement Third, op. cit.*, así como en el art. 5:101 of the *European Principles of Tort Law*, cit. Véase también el com. j) a la §20 de la *Restatement Third, cit.*

*negligence*²⁷⁴⁸.

A este efecto, algunos de los autores han señalado que el "riesgo excepcional" introducido por Lord BINGHAM fue establecido por él como una condición independiente del "uso no-natural de la tierra", aunque no totalmente aislada de este último. En consecuencia, dado que el test de la peligrosidad o de capacidad de menoscabo ha sido vinculado por su Señoría al requisito de fuga de la cosa, el "uso extraordinario o inusual" aislado del factor riesgo tendrá el significado de "muy poco común"²⁷⁴⁹. Ahora bien, no se puede dejar de advertir que a lo largo de toda la decisión, Lord BINGHAM pone un especial énfasis en la cosa peligrosa o de capacidad de menoscabo²⁷⁵⁰, más que en el uso de las mismas características, hecho éste que en consecuencia dio lugar a una posterior interpretación por la doctrina jurídica²⁷⁵¹. No obstante, parece cierto también que después de declarar que el test de peligrosidad o de capacidad de menoscabo no puede ser tratado en completo aislamiento del "usuario no-natural", Lord BINGHAM pasa a analizar este último citando la célebre declaración del Lord MOULTON del *Rickards v. Lothian*, según la cual "[para que un uso sea no-natural]²⁷⁵² debe haber algún uso especial que trae consigo un mayor peligro"²⁷⁵³. De ahí que uno no pueda sino admitir cierta falsedad de la afirmación de que el factor riesgo es de poca importancia para el concepto de "usuario no-natural" según Lord BINGHAM.

El mismo significado le dio al "uso no-natural" Lord HOFFMAN (en este caso el énfasis ha sido puesto, en cambio, en el uso, y no en la cosa), cuando éste declaró que la

²⁷⁴⁸ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 11.

²⁷⁴⁹ Roderick BAGSHAW, "Rylands Confined", *LQR* vol. 120, July 2004, p. 389-390.

²⁷⁵⁰ Véase las siguientes citas de la sentencia: "... Algo que, como consecuencia natural, causará daño si se escapa" (CP 1 EX 265, 279 por BLACKBURN J), "algo peligroso ...", "cualquier cosa que pueda hacer daño", "... algo inofensivo para los demás mientras afecta a su propiedad, pero del que él sabe que es perjudicial si llega a su vecino" (LR 3 HL 330, 340, per Lord CRANWORTH), "... El problema práctico consiste, por cierto, en decidir si en un caso dado la cosa que ha escapado satisface este test de capacidad de menoscabo o peligrosidad ...", *Tesco* [2004] 2 AC 1, para. 10 "... la cosa traída a la tierra del demandado debería consistir en algo que 'naturalmente no está allí'" *Tesco* [2004] 2 AC 1, para. 11.

²⁷⁵¹ Tal formulación implicaría, si alguna vez llegase a ser desarrollada, la introducción de una eventual cláusula general por las cosas peligrosas y no por las actividades. A favor de esta solución, entre la doctrina, W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, op. cit., (2006), pág. 705, no. 15-10, Nicolas J MCBRIDE and Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 2nd ed., Pearson Education Limited, Essex, 2005, pp. 743-746 y aparentemente Mark LUNNEY/Ken OLIPHANT, *Tort Law*, op. cit., p. 679. Crítica del principio por el Lord BINGHAM vino de parte de John MURPHY en, *Street on Torts*, 12th ed., Oxford University Press, New York, 2007, pág. 466, n. 6. Véase también el capítulo 2.2 sobre "La doctrina británica sobre el *Rylands v. Fletcher*", especialmente el texto que acompaña las n.255-268.

²⁷⁵² Parte añadida por la autora.

²⁷⁵³ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 11.

cuestión de si se trata con un uso natural de la tierra o, (al contrario) con un uso creador de un riesgo mayor, debe ser juzgada por los estándares contemporáneos (por lo tanto, "uso no natural" = el que da lugar a un peligro mayor)²⁷⁵⁴. A partir de ahí, Lord HOFFMANN identificó dos características de la sociedad de hoy en día, siendo éstas: 1. disposiciones legales y 2. seguro de propiedad, que consideró relevantes para establecer lo que denominó el test de dos pasos para el "usuario no-natural de la tierra". En virtud de este último es necesario, en primer lugar, examinar la extensión de las relevantes leyes especiales a fin de verificar si éstas tienen como objeto determinada forma de "escape". La aplicación de éstas hará inmaterial la del *Rylands v. Fletcher*²⁷⁵⁵. El segundo paso, dado que el ámbito de aplicación del *Rylands v. Fletcher* está limitado solamente a los daños a la propiedad, consiste en tener en cuenta la posición de los seguros:

*A useful guide in deciding whether the risk has been created by a "non-natural" user of land is therefore to ask whether the damage which eventuated was something against which the occupier could reasonably be expected to insure himself. Property insurance is relatively cheap and accessible; in my opinion people should be encouraged to insure their own property rather than to seek to transfer the risk to others by means of litigation, with the heavy transactional costs which that involves.*²⁷⁵⁶

En consecuencia, puesto que la mayoría de la propiedad puede estar asegurada contra los riesgos externos, el "uso no-natural" debería estar entendido como el que crea el riesgo contra el que la mayoría de la gente no se esperaría que la asegurasen, la situación que, consideró, no se dio en el *Transco*²⁷⁵⁷.

²⁷⁵⁴ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 44. De esta forma este último acordó con la posición del Lord BINGHAM quien había repetido la expresión del Lord GOFF sobre el uso no-natural como el que "recuerda a otra época" y declaró que al uso natural cambió de rumbo gracias a la célebre fórmula del Lord MOULTON del *Rickards v. Lothian*.

²⁷⁵⁵ En este sentido, el test formulado por el Lord HOFFMANN estaría de conformidad con la formulación del art. 5:101 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, que en su para. 4 declara: "Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional".

²⁷⁵⁶ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 46.

²⁷⁵⁷ "Creo que el riesgo de producción del daño causado por fugas de agua a la propiedad es de tipo contra que la mayoría de las personas puede y, de hecho, suele asegurarse. Éste es, como he dicho, en particular el caso del *Transco*, del que se puede esperar que se haya asegurado contra cualquier tipo de daño a su tubería." *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1 en 49. Para la crítica de este planteamiento, véase W. H. VAN BOOM, "Some remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *op. cit.*, pp. 635-636, Michael G. FAURE, (ed.), *Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability: Future*

El tercer estándar, establecido por el Lord HOBHOUSE difiere considerablemente de los comentados con anterioridad en al menos dos sentidos. En primer lugar, mientras que su Señoría afirmó que la responsabilidad en el *Rylands v. Fletcher* surge del uso peligroso de la tierra y el concepto de riesgo sigue siendo relevante para el caso²⁷⁵⁸, declaró al mismo tiempo que el factor “peligro” no constituía el único elemento suficiente. Al decir que las características naturales de la tierra no satisfacen el criterio de "uso no-natural de la tierra", incluso si constituyen un peligro para los propietarios colindantes, dio al concepto el sentido rechazado anteriormente por Lord BINGHAM y Lord HOFFMANN²⁷⁵⁹. En consecuencia, declaró:

The main focus of unnecessary confusion has been the phrase “which was not naturally there” (Blackburn J) and “natural/non-natural user” (Lord Cairns LC). What they were referring to was the creation or preservation of the dangerous user by bringing something dangerous onto the land or keeping it there, This was how Lord Porter read it in his speech in Read v Lyons / Co Ltd [1947] AC 156. It involves some positive use of the land by the landowner, created or continued by landowner. Natural features of the land do not satisfy this criterion even if they constitute a danger to adjoining landowners, for example, rivers which are liable to flood. This does not involve the inquiry into the ever changing features of any landscape but should direct the focus onto what the occupier has himself done-what thing²⁷⁶⁰ he has brought onto his land. Similarly, the presence of natural vegetation on the land, or the normal use of the land in the course of agriculture does not as such bring the rule into operation. Any risk involved, for example the spread of fire, are not ones which, without more, call for the imposition of any risk based liability;...there will not be duty of care simply to protect one’s neighbor from natural hazards²⁷⁶¹.

En segundo lugar, Lord HOBHOUSE expresó su desacuerdo con la segunda parte

Developments in the European Union, Springer, Wien, 2003, Christopher MCNALL, “Holding Back the Tide of Negligence? *Rylands v. Fletcher* revisited; *Transco PLC v. Stockport MBC* [2003] UKHL 61”, *Conveyancer and Property Lawyer*, 2004, pág. 251 y Kumaralingam AMIRTHALINGAM, “*Rylands Lives*”, *op. cit.*, pág. 275 (“lo que puede denominarse “política social prescriptiva ... constituye un área que mejor dejar para la legislatura”).

²⁷⁵⁸ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 57.

²⁷⁵⁹ Y propuesto anteriormente por NEWARK, cuando declaró que lo que el Lord CAIRNS entendió por “no- natural “era “algo que no existe en el estado de la naturaleza”. Véase NEWARK, “Non- natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* pág. 557.

²⁷⁶⁰ Subrayado añadido. Se podría argumentar, a tal efecto, que en este punto el enfoque adoptado por el Lord HOBHOUSE está alineado con el de Lord BINGHAM (el riesgo está relacionado con la cosa en sí). Finalmente, parece, sin embargo, parece estar más de acuerdo con el Lord HOFFMAN (pone el factor “riesgo” en relación con el uso de la tierra, y no con la cosa que se trajo a la tierra). Véase DEAKIN,/JOHNSTON,/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 614.

²⁷⁶¹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 63.

de la fórmula de dos pasos del Lord HOFFMANN sobre la asegurabilidad de los bienes, aplicando, en consecuencia, el razonamiento exactamente opuesto, según el cual es el creador de los riesgos el que debe soportar la carga de asegurarse:

*Thirdly it is argued that the risk of property damage is “insurable”, just as is public liability. It is then said that, since insurers are likely to be real parties behind the litigation, the rule has become unnecessary. This is unsound argument for a number of reasons... The economic burden of insuring against the risk must be borne by he who creates it and has control of it. Further the magnitude of the burden will depend upon who ultimately has to bear the loss: the rule provides the answer to this. The argument that insurance makes the rule unnecessary is no more valid than saying that, because some people can afford to and sensibly do take out comprehensive car insurance, no driver should be civilly liable for his negligent driving. It is unprincipled to abrogate for all citizens a legal right merely because it may be unnecessary as between major corporations.*²⁷⁶²

Y por último, teniendo en cuenta los principios establecidos en el *Cambridge Water* y *Hunter v. Canarias*, sus Señorías confirmaron la decisión del *Reed v. Lyon*, en cuanto a afirmar que los daños corporales están excluidos del ámbito de protección del *Rylands v. Fletcher*²⁷⁶³. En lo que se refiere a esta última constatación, sin embargo, se ha señalado que no sólo dicha exclusión no tiene fundamento en los antecedentes históricos²⁷⁶⁴, y existen posteriores [al *Reed v. Lyon*] autoridades en sentido contrario²⁷⁶⁵, sino que también algunos presagios aparecieron que apuntaban a la posibilidad de que la exclusión de los daños corporales del ámbito de protección del *tort of nuisance* (y, por tanto, también del *Rylands v. Fletcher*) se vería prohibida en virtud del Acto de Derechos Humanos (*Human Rights Act*)²⁷⁶⁶. Esta última cuestión ha sido planteada ante el Tribunal de Apelación en *Marcic v. Thames Water Utilities*²⁷⁶⁷ sin que

²⁷⁶² *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 60.

²⁷⁶³ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 9 y 35 per Lords BINGHAM y HOFFMANN, respectivamente.

²⁷⁶⁴ El principio según el cual las lesiones personales no son recuperables en virtud del *Rylands v. Fletcher*; tal y como estableció el *Reed v. Lyons*, se considera inconsistente con algunos anteriores precedentes. En este sentido, véase John FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., pág. 384. Para dichos precedents cf *Miles v. Forest Rock Granite* (1918) 34 TLR 500 (CA); *Shiffman v. Order of St John* [1936] 1 All ER 557; *Hale v. Jennings Bros* [1938] 1 All ER 579.

²⁷⁶⁵ Véase, por ejemplo., *Hunter v. Canary Wharf Ltd* [1997] A.C. 655 en 719 per Lord COOKE of Thorndon, *Perry v. Kendricks Transport Ltd* [1956] 1 All ER; en 160-161 per PARKER LJ.

²⁷⁶⁶ Para el Human Rights Act 1998, consulte http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (fc:13.01.2010).

²⁷⁶⁷ [2002] EWCA Civ 64.

pasase a constituir objeto del debate en la Cámara de Lores²⁷⁶⁸. En el caso, los bienes del reclamante se veían inundados con regularidad a consecuencia de que el demandado fallaba constantemente en realizar obras de drenaje que hubieran evitado el accidente. El recurso se fundó en el *tort of nuisance*, por una parte, así como en el art. 8 (derecho a respetar la vida privada y familiar) y el art. 1 del Primer Protocolo (derecho a un pacífico disfrute de la posesión de uno mismo) del mencionado Acto de Derechos Humanos, por otra. El Tribunal de Apelación (declaración fue confirmada por la Cámara de Lores) consideró que la indemnización procedente según el *Common Law* (aquí en virtud del *tort of nuisance*) constituyó un remedio suficiente en lo que se refería a la decisión en cuestión. No obstante, el caso evidenció algunas posibles consecuencias que en el futuro el Acto podría tener para la aplicación del *tort of nuisance* (y por tanto, del *Rylands v. Fletcher*). Según la sec. 8, pues, siendo ésta el punto neurálgico en la discusión, la infracción del Acto faculta al tribunal que lo aplica a conceder los remedios y daños y perjuicios que considere conveniente. De ahí, se sugirió que la ley tendría una influencia indirecta y considerable sobre el *Common Law*. Se afirmó, a este efecto, que, debido a que no existe ninguna necesidad de que, en caso de la infracción del Acto, los tribunales apliquen directamente los recursos previstos por éste, cada vez que el caso se funde alternativamente en el *Common Law* y éste no tenga previsto un remedio específico, el Acto comenzará a surtir efectos²⁷⁶⁹. La doctrina derivada del *Rylands v. Fletcher*, en forma que comenzó a tomar forma a partir del *Reed v. Lyon*, es decir, como una categoría especial de la responsabilidad por las actividades excepcionalmente peligrosas relacionadas con la tierra, fue objeto de crítica también de parte de la doctrina jurídica. En lo que respecta a esto último, se señaló que la exclusión de los daños corporales del ámbito de protección del *Rylands v. Fletcher* es indefendible, por lo que, de esta manera, los intereses reales gozan de mayor protección que los derechos de la personalidad²⁷⁷⁰. En cuanto al tipo de daños recuperables, se

²⁷⁶⁸ [2003] UKHL 66.

²⁷⁶⁹ Carrie DE SILVA, „The Continuing Life of *Rylands v. Fletcher*...”, *op. cit.*, p. 11. Para más detalles véase DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pp. 440-441. Véase también Jonathan MORGAN, “Nuisance, Property and Human Rights”, *LQR*, n°118, 2002, pp. 27- 31.

²⁷⁷⁰ Para el Reino Unido, véase T.H. TYLOR, “The restriction of Strict Liability”, *Mod.L. Rev.*, vol.10, n°4, October 1947, pág. 400 y W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts, op. cit.*,(2006), p. 697; para Estados Unidos Fowler. V. HARPER/Flaming JAMES, *Law of Torts*, Little Brown & Co., Boston, 1956, pág. 806 y para Canada Allen M. LINDEN, “Whatever Happened to *Rylands v. Fletcher*?” en Lewis KLAR (ed.), *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, Toronto, 1977, pág. 335. Uno no puede sino estar de acuerdo con la opinión de que es por lo menos sorprendente que en el siglo XXI la integridad física y la vida gozan de menor protección que los intereses reales, independientemente de lo atractivo que pueda parecer el “argumento de coherencia” que promueve la tendencia ortodoxa. La exclusión de los daños

señaló, aunque esta vez no en el *Transco*, que el daño puramente patrimonial podría también ser indemnizable en virtud del *Rylands* si éste fuera un resultado suficientemente directo de la fuga/escape²⁷⁷¹. También en este caso surgió, no obstante, una vez más el problema de que el precedente constituye un *tort* relacionado con la tierra.

Transco ha sido criticado por quienes estaban dispuestos a ver en el precedente una regla más amplia de la responsabilidad objetiva. Y uno no puede sino estar de acuerdo con el argumento de que la equiparación del “uso no-natural” con el uso “extraordinario” limita significativamente el abanico de usos que pueden atraer la responsabilidad en virtud de la interpretación que se haya dado al *Rylands v Fletcher* por el precedente²⁷⁷². La adicionalmente añadida “barrera” en forma del factor “riesgo”, desde el *Transco* un extra-denominador del “uso no-natural de la tierra” plenamente establecido, fue objeto de una similar afirmación. No obstante, desde aquí se intentará proceder con una interpretación alternativa por lo que a la autora le parece posible alumbrar un poco la decisión que fue recibida con tanto pesimismo. Por tanto, mientras el uso “extraordinario” o “inusual”, entendido éste como generador de un riesgo extraordinario, a la primera vista es limitante cuando se ve vinculado al uso de la tierra, al mismo tiempo éste podría ser percibido, como un primer paso que prepara el terreno para el uso más amplio que se pudiera dar al *Rylands v Fletcher*, si el precedente consiguiese finalmente “escapar del corsé del *tort of nuisance*”²⁷⁷³. En consecuencia, si se eliminaran de la norma formulada por Lord BINGHAM todos los elementos que se refieren a la tierra, la definición del uso extraordinario o inusual logrado, tal vez, además de su mayor alcance, sería más comparable con la descripción de las actividades anormalmente peligrosas de la *Restatement Third*. El significado dado al uso no-natural por el Lord HOBHOUSE, en cambio, subraya, de doble manera la relación del precedente con la tierra en cuanto, a parte de la establecida conexión con el *tort of nuisance*,

corporales de la protección de la regla del *Rylands v Fletcher* encontrará incluso menos fundamento si la ubiquemos en el contexto europeo (véase, por ejemplo, el art. 2:102 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, *op. cit.* que sitúa la integridad física y la vida en la parte superior de la lista de los intereses protegidos), o si nos remitimos a las razones históricas que, posiblemente, llevaron a la adopción del precedente (unos terribles desastres que han causado la pérdida de la vida a tantas personas).

²⁷⁷¹ Véase *Ryeford Homes v Sevenoaks District Council* [1898] *Con LR* 75.

²⁷⁷² Véase LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 690 y la referencia a la fórmula del Lord MOULTON del *Rickards v Lothian* en John FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 378.

²⁷⁷³ Expresión utilizada por Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v Fletcher*”, *op. cit.*, pág. 429.

transmite "sólo el uso que no es natural para la tierra, y además peligroso". Este último enfoque, de hecho, desde hace tiempo constituye la ortodoxa aproximación hacia el "uso no-natural"²⁷⁷⁴.

De los precedentes más recientes, en el año 2005 *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd*²⁷⁷⁵ fue visto por el Tribunal de Tecnología y Construcción [*Technology and Construction Court (ing.)*]. Según los antecedentes de hecho, el fuego se originó en la planta superior, en una de las unidades de una fábrica, ocupada por la empresa del demandado implicado en el proceso de producción de unos materiales inflamables almacenados allí. El fuego comenzó mientras uno de los empleados del demandado estaba cortando el material con una máquina de alambre caliente, extendiéndose rápidamente a otras dos unidades, arrendadas y ocupadas por el LMS International. La demanda fue interpuesta contra el Styrene Packing and Insulation por la mencionada arrendataria y por los propietarios de las dos unidades afectadas por el incendio por los daños causados a sus máquinas, instalaciones, material almacenado y por la interrupción de la actividad (LMS International), así como por los gastos de restablecimiento del edificio y por pérdidas en las rentas arrendatarias (los dueños)²⁷⁷⁶. La reclamación se fundó, principalmente, en la regla del *Rylands v. Fletcher*, y de forma alternativa, en los *torts of nuisance* y *negligence*²⁷⁷⁷.

En la sentencia el Magistrado Peter COULSON, basándose en los anteriores casos de incendio²⁷⁷⁸, fundados en el *Rylands* y omitidos en el *Transco*²⁷⁷⁹, y en algunas otras autoridades comentadas arriba, estipuló un claro resumen de los principios pertinentes.

"...in cases with fire"²⁷⁸⁰, the rule in *Rylands v. Fletcher* requires two things. First, the

²⁷⁷⁴ Véase el capítulo sobre la "Doctrina británica sobre el *Rylands v. Fletcher*", especialmente el texto que acompaña la n.247.

²⁷⁷⁵ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065.

²⁷⁷⁶ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, para.1-3.

²⁷⁷⁷ *Ibidem*, en para. 7.

²⁷⁷⁸ Para un breve resumen de los casos de incendios y la relación entre el *Common Law* y el Acto (Metropolitano) de la Prevención de los incendios del 1774 [*the Fire Prevention (Metropolis) Act 1774*], que permite al demandado exonerarse de la responsabilidad en caso de que el incendio empezó de forma accidental, véase *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 en 27-32, Mark LUNNEY/Ken OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, pp. 694-696 y John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 391-393.

²⁷⁷⁹ *Balfour v. Barty-King* [1957] 1 ALL ER 156, *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530, *E Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54 y *Johnson v B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574. Véase también más adelante el texto que acompaña las n.109-113.

²⁷⁸⁰ Es de destacar que algunos de los manuales sobre la responsabilidad extracontractual analizan los casos de incendios aparte, como un genero diferente dentro de la misma causa de acción [*Rylands v. Fletcher*]. Véase, por ejemplo, John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, pp. 391-392, LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, pp. 694-696 y W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort, op.*

defendant must have brought onto his land things which were likely to cause and/or catch fire, and kept them in such a condition that, if they ignited, the fire would be likely to spread to the claimant's land (Mason)²⁷⁸¹. To put it another way, those things must represent a recognizable risk to the owners of the adjoining land (Tesco per Lords BINGHAM and HOFFMANN). Secondly, the actions on the part of the defendant must arise from a non-natural user of the defendant's land (Mason²⁷⁸² and Tesco per Lord HOBHOUSE²⁷⁸³)²⁷⁸⁴.

Este principio, que según el Magistrado COULSON lleva combinadas las reglas de ambos precedentes, *Mason* y *Tesco*, podría ser explicado de la siguiente manera: en *Mason* J. MACKENNA aplicó el llamado "test de dos niveles" (*two stages test*), sin referirse expresamente al riesgo como a un componente esencial del "uso no-natural de la tierra". Este riesgo, siendo un factor especialmente subrayado en *Tesco*, podría ser, no obstante, fácilmente deducido del primer nivel de dicho test. Teniendo en cuenta que el riesgo que dio lugar al "uso no-natural" en el *LMS Internacional* fue el riesgo derivado del almacenamiento de polietileno en las premisas inflamables y la subsecuente extensión del fuego a los locales adyacentes, algunos pusieron en duda el enfoque empleado en el caso por no ser del todo correcto²⁷⁸⁵. Así, LUNNEY y OLIPHANT apreciaron dificultades en establecer la diferencia entre el "uso no-natural de la tierra" y

cit., pp. 716-718. Ninguna otra "cosa" era capaz de conseguir el mismo estatus. A este efecto, se señala que dado que los casos de incendios fundados en el precedente gozan de ciertas características que no se dan en el resto de los casos del *Rylands v. Fletcher* se podría tratar con una de sus subcategorías. En caso comentado la cosa (fuego) no se está acumulando en la tierra para a continuación dar lugar a la fuga/escape. La típica cuestión que normalmente se plantea ante el juzgador en este tipo de casos es más bien "¿si los demandados ... trajeron a su tierra una cosa que puede encenderse con facilidad (inflamable), y si la mantenían allí en tales condiciones que si se prendiese el fuego sería probable que se extendiera a la tierra del demandante". *Mason v. Levy Auto Parts of England Ltd [1967] 2 Q.B. 530 at 542, per MACKENNA.*

²⁷⁸¹ *Mason v Levy Auto Parts of England [1967] 2 QB 530.* En el caso el fuego se prendió en los locales del demandado donde éste guardaba la maquinaria con materiales inflamables, junto con el petróleo, acetileno y pinturas. El fuego estalló y escapó a la propiedad del reclamante. Las circunstancias en las que se almacenaba los materiales han sido erigidas al « uso no- natural", en cuya consecuencia los demandados fueron declarados responsables en virtud de la regla del *Rylands v. Fletcher*.

²⁷⁸² En el *Mason* el test de dos niveles se formuló de siguiente manera: "en primer lugar, si las cosas traídas a la tierra pueden encenderse con facilidad y, si lo hicieran, si era probable que el fuego se extendiese a las tierras colindantes, y, en segundo lugar, si tales cosas fueron hechas en el curso del "usuario no-natural de la tierra". *Mason v Levy Auto Parts of England [1967] 2 QB 530, en 70c per Lord MACKENNA.*

²⁷⁸³ Véase *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, en 6* y más adelante, el texto que acompaña la n. 188.

²⁷⁸⁴ *LMS Internacional Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd [2005] EWHC 2065, en 33a).* Los tres paréntesis son añadidos para distinguir las partes de la regla, combinada de ambos precedentes, que provienen del *Mason*, de las que provienen del *Tesco*. En la versión original (en el *LMS Internacional*) los dos precedentes antes mencionados están citados al final de la regla, sin ningún tipo de énfasis en cuanto a la procedencia exacta de sus elementos constitutivos.

²⁷⁸⁵ LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law: Texts and Materials.*, *op. cit.*, pág. 696.

el primer nivel del principio antes citado, puesto que se trataría en ambos casos del riesgo de incendio creado por el uso por la parte demandada. Ahora bien, éste sería el caso si al "uso no natural de la tierra" se le diera el sentido dado a éste por Lord BINGHAM. Más factible parecería que el juez COULSON utilizara en el precedente la fórmula elaborada en *Tesco* por Lord HOBHOUSE, según la cual el riesgo no constituiría más que uno de los elementos del "uso no-natural de la tierra", por lo que las características naturales de la tierra no cumplirían este criterio, incluso si constituyesen un peligro para los propietarios colindantes. Este concepto de "natural" / "no-natural" habría sido central en la elaboración del segundo nivel del test abordado en el *LMS International*²⁷⁸⁶. El fuego en el caso ha sido clasificado como una cosa²⁷⁸⁷.

En consiguiente, el juez COULSON admitió que aunque el principio de *Rylands v. Fletcher* se había visto limitado en los últimos años, su abolición total ha sido evitada en dos ocasiones, en *Cambridge Water* y *Transco*²⁷⁸⁸. En cuanto al test de dos pasos (*two-step test*) de Lord HOFFMANN, COULSON declaró que el "uso no-natural de la tierra" debería ser apreciado en relación a los estándares contemporáneos. De ahí que la existencia de leyes especiales en materia de almacenamiento de cosas peligrosas pueda impedir la aplicación de la regla²⁷⁸⁹ a un caso concreto. Subrayó, sin embargo, que el segundo paso, aquí el hecho de poseer el demandado seguro o no, podría llegar a ser un factor importante, aunque afirmó al mismo tiempo que precisamente fue éste un asunto sobre el que la Cámara de los Lores mostró su desacuerdo²⁷⁹⁰. Asimismo, COULSON hizo referencia a *Mason y Hobbs*²⁷⁹¹, en el que el almacenamiento de materiales inflamables se consideró suficiente para desencadenar el principio del *Rylands v. Fletcher*²⁷⁹². Finalmente, estableció la regla siguiente:

²⁷⁸⁶ Véase, sin embargo, un caso anterior de incendio *Johnson v. B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574, donde el Magistrado THORNTON QC, parece utilizar más bien el estándar establecido por los Lores BINGHAM y HOFFMAN, cuando dice: "... puesto que el fuego de que se trata no había escapado 'accidentalmente', ya que escapó en resultado de un "uso peligroso o no-natural de la tierra". [subrayado añadido] El "o" indica que "peligroso" y "no natural" fueron utilizados en este contexto como sustitutos.

²⁷⁸⁷ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, en 31.

²⁷⁸⁸ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, en 33b.

²⁷⁸⁹ de *Rylands v. Fletcher*:

²⁷⁹⁰ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, en 33d.

²⁷⁹¹ *Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54. En el caso el incendio provocado por una chispa de una máquina rectificadora que cayó sobre el material combustible/escombros almacenados debajo de esta máquina, empezó en el granero de Hobbs y se extendió a la tierra de Gerber, destruyendo el hangar adyacente. Hobbs, alegó que la propagación del fuego se debió a la espuma de aislamiento fabricada por Baxeden y almacenada en su granero, en cuya consecuencia procedió contra el mismo. Gerber ha logrado establecer la responsabilidad con fundamento en el *Rylands v. Fletcher*.

²⁷⁹² *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, en 33d.

Fire is plainly dangerous. Therefore, if the escape of fire from A's land to B's land was the (foreseeable²⁷⁹³) result of the storage of dangerous things that comprised a non-natural user of land by A, then subject to the qualifications set out above, A is prima facie liable to B under the rule in Rylands v. Fletcher²⁷⁹⁴.

Y por último, esperada con tanta impaciencia por ser la que podría cambiar el destino final de *Rylands v. Fletcher*²⁷⁹⁵, la *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others*²⁷⁹⁶, tampoco ha introducido novedad alguna al respecto. El futuro del precedente ni tan siquiera fue objeto del debate en el Tribunal de Apelación, *Queen's Division Bench of England and Wales*. El consentimiento como causa de exoneración en *Rylands v. Fletcher*, así como la mutua relación entre éste y el *tort of nuisance* han sido los dos temas principales abordados en la decisión en cuanto a este fundamento jurídico.

Los hechos del caso versan sobre la explosión más grande en tiempos de paz que se ha producido en Europa. El suceso tuvo lugar en el depósito de Buncefield, en Hertfordshire, donde se encontraba situado un enorme parque de tanques de combustible. Utilizado por varias grandes compañías petroleras como Total, Chevron, BP y Shell, el depósito almacenaba gasolina, combustible de aviación y el gasóleo suministrados por una tubería. El Domingo, 11 de diciembre 2005 una nube de vapor, nacida del vertido de unas 300 toneladas de gasolina de un tanque de almacenamiento, se incendió, provocando una explosión masiva. Se produjo un daño total estimado en 750 millones de libras esterlinas, a repartir entre el solar de Buncefield y entre varias empresas comerciales y propiedades residenciales de fuera de la estación.

En lo que respecta a la relación entre *Rylands v. Fletcher* y *nuisance*, el Tribunal de Apelación (*High Court*) ha afirmado que:

"...nuisance is dependent on establishing unreasonable user giving rise to a foreseeable escape whilst Rylands v. Fletcher is concerned with non-natural or

²⁷⁹³ Obsérvese que el requisito de previsibilidad, tal y como establecido en el *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, en 303-305 por mayoría de la doctrina se considera que se refiere al daño y no al escape mismo, como declara el Juez COULSON. Sobre el requisito de previsibilidad véase, entre otros, LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, pág. 684, W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts, op. cit.*, (2006), pág. 701 y DEAKIN/ JOHNSTON /MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 618. Véase también el texto que acompaña la n. 130.

²⁷⁹⁴ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, en 33 e).

²⁷⁹⁵ En este sentido DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, pág. 629.

²⁷⁹⁶ *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others* [2009] All ER (D) 311 (Mar).

*extraordinary user leading to an escape whether foreseeable or not.*²⁷⁹⁷”

“In considering the authorities it has to be borne in mind that there will be cases in which it may not matter which cause of action is pursued ... Equally there will be circumstances (perhaps in particular with an isolated occurrence) where liability can only be made good if at all under *Rylands v. Fletcher*. Thus whilst repeated escapes might be readily foreseeable an isolated escape may be less so. So also the relevant escape may be attributable to an extraordinary but not unreasonable user.”²⁷⁹⁸”

Finalmente, sobre la base de las autoridades anteriores²⁷⁹⁹, el tribunal afirmó que puede haber responsabilidad por un escape aislado también en casos del *tort of private nuisance*²⁸⁰⁰. Por tanto, si la decisión no está recurrida y la regla nuevamente reconsiderada en última instancia en el Tribunal Supremo del Reino Unido²⁸⁰¹, la hace tiempo y bien establecida ortodoxia en el *Rylands v. Fletcher*; tampoco dejará lugar en esta ocasión a ninguna solución más “progresista”.

1.2.2.2 La doctrina británica sobre *Rylands v. Fletcher*.

Desde que *Cambridge Waters* se decidiera, han pasado años sin que se haya conseguido suficiente claridad ni seguridad en la materia. En lugar de ello, la cuestión de si “podemos persistir sin el *Rylands v. Fletcher*” ha sido formulada por algunos²⁸⁰².

El desarrollo y la creciente importancia del principio general de culpa, así como la, al parecer, plenamente establecida práctica de imponer la responsabilidad objetiva a través de la letra escrita de las leyes especiales²⁸⁰³, convenció a un sector de la doctrina

²⁷⁹⁷ *Colour Quest v Total*, en 411.

²⁷⁹⁸ *Colour Quest v Total*, en 412.

²⁷⁹⁹ *British Celanese Ltd v Hunt* [1969] 1 WLR 959, p. 969, *Transco plc v. Stockport* [2004] 2 AC 1 en para. 27 per Lord HOFFMAN entre otras.

²⁸⁰⁰ *Colour Quest v Total*, en 421.

²⁸⁰¹ En octubre de 2009, el Tribunal Supremo sustituyó al Comité de Apelación de la Cámara de los Lores (*Appellate Committee of the House of Lords*) en sus funciones del tribunal más alto del Reino Unido. Para más información visite <http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court.html>.

²⁸⁰² John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, nº 4, 2004, pág. 656 I ss. El autor analiza una posible absorción de la regla por el *tort of nuisance* o *tort of negligence*, apuntando también a otra solución, sustitución de la regla por una ley especial. Véase un intento de esta última en ROYAL COMMISSION on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Cmnd 7054, Vol. I, Ch 31) y LAW COMMISSION, *Civil Liability for Dangerous Things* (Law Com N° 32, 1970), para 20.

²⁸⁰³ Véase para el Reino Unido, *Merchant Shipping Act 1995* (responsabilidad por el escape de hidrocarburos y otras sustancias nocivas de los buques marítimos), *Water Industry Act 1991*, § 209

jurídica británica de la idea de que el *Rylands v. Fletcher* constituye “un reliquia anacrónica de un sistema de derecho primitivo”²⁸⁰⁴, o una decisión que “debería estar limitada al cementerio de la Historia del Derecho”²⁸⁰⁵ o “letra muerta”²⁸⁰⁶. Sin embargo, la regla sigue encontrando fieles partidarios, principalmente entre algunos miembros de la doctrina británica, quienes, partiendo del precedente, promueven la existencia de una cláusula general de la responsabilidad objetiva en las siguientes vertientes: 1. responsabilidad de la empresa²⁸⁰⁷; 2. responsabilidad por las cosas peligrosas²⁸⁰⁸. Como consecuencia, el precedente que durante el último siglo y medio ha atraído tantas controversias continua dividiendo a la doctrina jurídica de la Inglaterra de hoy en día. De ahí que se pueda afirmar que actualmente la decisión es fuente de dos corrientes principales (con matizaciones) en cuanto a los orígenes de la regla, así como a sus futuras implicaciones y perspectivas²⁸⁰⁹, *ortodoxa* y *modernista*²⁸¹⁰.

(responsabilidad civil de los empresarios por el escape del agua), y la §48A añadida en Abril 2005 (responsabilidad de los que extraen agua del subsuelo o las aguas continentales), *Environmental Protection Act 1990*, § 73(6) (responsabilidad por daños causados por los residuos depositados en o sobre la tierra), *Reservoirs Act 1975* (responsabilidad objetiva por escape de agua de los embalses que acumulan por lo menos 25.000 m³ de bajo de superficie) § 14 del *Gas Act 1965* (responsabilidad objetiva por daños causados por el escape de gas de los depósitos subterráneos o perforaciones conectadas para los transportistas públicos de gas) y *Nuclear Installations Act 1965*, § 7 (responsabilidad objetiva de los operadores con licencia de la instalación nuclear por cualquier lesión corporal o daño a la propiedad resultantes de sustancias radioactivas, tóxicas, propiedades peligrosas explosivas y otras de operaciones nucleares) y *Fire Prevention (Metropolis) Act 1774* (en existencia de una causa de exoneración por el incendio accidental). Cf un detallado análisis de las responsabilidades introducidas por las leyes especiales en Keith STANTON, Paul Harris SKIDMORE/Michael HARRIS/Jones WRIGHT, *Statutory Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

²⁸⁰⁴ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 82.

²⁸⁰⁵ Expresión utilizada por John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pág. 661.

²⁸⁰⁶ Según la decisión en *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 99. Entre quienes están en favor de dicha opinión en el Reino Unido, por ejemplo, Donal NOLAN, “The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*. Según el autor, la explicación más viable que se pudiera dar al principio del *Rylands v. Fletcher* es que los Lores en el caso han aplicado la antigua teoría en cuya virtud “el hombre actúa por su cuenta y riesgo”, *Ibidem*, pág. 430; el análisis de la regla no proporciona ninguna base para que ésta pudiera ser considerada como un género de *nuisance*, *Ibidem*, pp.427-432; significativas distinciones son de encontrar entre éste último *tort* y el precedente en cuestión, *Ibidem*, pp. 432-436; una fusión entre ellos no es aconsejable, *Ibidem*, pp. 436-439, y en vista de la incertidumbre jurídica provocada por la complejidad del *Rylands v. Fletcher* la regla debe ser abandonada como un reflejo de algunas obsoletas doctrinas del pasado, *Ibidem*, pp. 450-451. En Australia, este camino fue seguido por el Tribunal Supremo de Australia en el mencionado *Burnie Port*, véase la n. 116.

²⁸⁰⁷ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*. Aparte de Ken OLIPHANT, la idea de la responsabilidad de la empresa como la que deriva del *Rylands v. Fletcher* parece estar promovida también por John MURPHY. En caso de este último, sin embargo, más bien en términos de política jurídica que como una interpretación dada a los precedentes sobre la base de las razones detrás de la decisión de cada uno de los distinguidos Magistrados en el caso. MURPHY parece también limitar así interpretada regla sólo a la protección medioambiental de las personas por los daños causados por fugas de la industria pesada contaminante. Véase John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* pp. 659, 665-666 y 669.

²⁸⁰⁸ Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*

²⁸⁰⁹ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 82.

²⁸¹⁰ La terminología introducida por la autora en clara alusión a la tendencia modernista y ortodoxa en la

De acuerdo con la corriente *ortodoxa*²⁸¹¹ Lord BLACKBURN, al formular la regla, no era consciente del hecho que extendía de alguna manera Derecho existente²⁸¹², el *Rylands v. Fletcher* constituía la aplicación o extensión de la ya existente causa de acción (*nuisance*)²⁸¹³, y la responsabilidad objetiva una “reliquia” en frente del recién establecido y generalizado principio de negligencia.

Para los *modernistas*, con *Rylands v. Fletcher* nació un nuevo principio de la responsabilidad objetiva. Según ellos, de entre los que han contribuido a la creación de la regla, Barón BRAMWELL es percibido como un visionario, quien anticipó, elaborada en el siglo siguiente, la teoría de la responsabilidad de la empresa²⁸¹⁴. BLACKBURN, en cambio, fue el primero que formuló de forma consciente un nuevo principio de la responsabilidad objetiva²⁸¹⁵, derivado de varios supuestos previamente existentes. Esto fue posible gracias a la transición que iba experimentando el sistema del Derecho

jurisprudencia estadounidense. Para más detalles, véase G. Edward WHITE, “The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence”, *Law & Hist. Rev.*, nº 15, pp. 1- 47. Compara con la denominación “nueva ortodoxia” empleada por Donal NOLAN in “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*

²⁸¹¹ Por algunos llamada también “offshoot theory”, Cf Donal NOLAN, *Ibidem*, pp. 426- 432.

²⁸¹² F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pp. 557- 571 y “The Boundaries of Nuisance”, *op. cit.*, pp. 487-488 apoyándose en las observaciones de BLACKBURN en *Ross v. Fedden (1872) 26 L.T. 966, 968* en la que éste declaró que había perdido mucho tiempo en la preparación de su decision en *Rylands v. Fletcher* si no fue capaz de mostrar que la regla del precedente constituía ya parte del Derecho por lo menos “durante 300 años”. En el mismo sentido, Ewan MCKENDRICK, *Tort Textbook*, 5th ed., HTL Publications, London, 1991.

²⁸¹³ Véase *Ibidem*. En sentido similar, Gerry CROSS, “Does only the Carless Polluter Pay?- A Fresh Examination of the Nature of Private Nuisance”, *LQR*, nº 111, 1995, pp. 445-474 , Es también la posición generalmente aceptada por la judicature británica, véase anteriormente citados *Read v. Lyons & Co Ltd [1947] AC 156, en 183 per Lord SIMONDS, Cambridge Water Co Ltd v. Eastern Counties Leather plc [1994] AC 264, en 304 per Lord GOFF, Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61, en [9] per Lord BINGHAM* así como la decision en primera instancia en *Marcic v. Thames Water Utilities Ltd [2002] QB 929, en 950 per Judge Richard HARVEY QC*.

²⁸¹⁴ Esta asunción ha sido realizada sobre la base de las resoluciones judiciales de Barón BRAMWELL en *Bamford v. Turley (1862) 3 Best and Smith Reports (B&S) 62, 122 ER 25* donde éste declaró que los intereses del demandante no deberían estar sacrificados para la promoción del bien público. Como consecuencia de ello, la actividad del demandado de acuerdo con BRAMWELL, podría estar “legalizada” a través del pago de la indemnización. Lo que no estaba permitido, por el contrario, es dejar la pérdida del demandante sin indemnización. Sin embargo, la noción de la responsabilidad de la empresa no había sido mencionada por BRAMWELL en *Rylands* mismo y no está muy claro por qué. Para la responsabilidad de la empresa en la versión de distribución de las pérdidas de BRAMWELL véase la sentencia de 1876 *Brand v. Hammersmith and City Railway Co. (1867) LR 2 QB 223*. Para estas y otras cuentas de la responsabilidad de la empresa en las decisiones de Bramwell véase, Ken OLIPHANT, en “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, pp. 109-113. En el sentido similar, Sir Ronald COASE, así Andrew W. Brian SIMPSON, en “Victorian Judges and the Problem of Social Cost: *Tipping v. St Helen’s Smelting Company*”, en *Leading Cases in the Common Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 174, Robert W. GORDON, “Simpson’s Leading Cases”, *Mich. L. Rev.*, núm. 95, 1997, pp. 2044-2052, Richard A. EPSTEIN, “For a Bramwell Revival”, *Am. J. Leg. Hist.* núm.38, 1994, pp. 246-287.

²⁸¹⁵ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 86. La aparición de una nueva, más amplia regla de la responsabilidad objetiva fue anunciada en su momento también por Sir Percy WINFIELD, cuando dijo “... el principio de *Rylands v. Fletcher* ha sido tomado como punto de partida para una responsabilidad más amplia que cualquier otra que la precede.”. Véase Percy Henry WINFIELD, “Nuisance as a Tort”, *CLJ*, núm. 4, (1930-1932), pág. 193.

material y procesal en el Reino Unido desde el antiguo sistema de *writ* hacia el sistema de aducción de hechos, basado en la justicia subjetiva con los fundamentos generales de la responsabilidad²⁸¹⁶. O mejor dicho, es la dirección en la que se suponía que el *Rylands v. Fletcher* iba a evolucionar. En lugar de ello, el precedente resultó en lo que más tarde algunos iban a resumir como “el perro que nunca ladró”²⁸¹⁷. Ésa fue la razón por la que, de acuerdo con este sector de la doctrina inglesa, la regla general de la responsabilidad objetiva del *Rylands v. Fletcher*, fundada en la teoría de la responsabilidad de la empresa²⁸¹⁸ y situada en el contexto del, ahora históricamente reconocido, principio universal de culpa, debería estar redefinida en cuanto a su papel en el nuevo mundo jurídico, sin antiguas formas de acción²⁸¹⁹.

Las mencionadas posiciones, es decir, una regla general de la responsabilidad objetiva por una parte, y *Rylands v. Fletcher* como la rama del *tort of nuisance*, por otra, en búsqueda de un compromiso, han dado lugar finalmente a una tercera opción alternativa²⁸²⁰. De acuerdo con ella, dos reglas distintas, en vez de una, están contenidas en el precedente: una amplia y otra estrecha. Ésta encuentra su origen en la regla formulada por Lord CAIRNS y como tal se solapa con la visión ortodoxa sobre el *Rylands v. Fletcher*. El precedente constituye en este caso un género del *tort of nuisance* que aplica a los supuestos de daños causados entre vecinos por el escape de algo que no se encuentra naturalmente en la tierra del demandado²⁸²¹. Por el contrario, la amplia regla, deducida de la fórmula del Magistrado BLACKBURN y seguida más tarde por el

²⁸¹⁶ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 86. Para argumentos en favor de esta tesis, véase M.J. PRIECHARD, “Trespass, Case and the Rule in *Williams v. Holland*”, *CLJ*, 1964, pp. 234 y ss., John Hamilton BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Butterworths, London, 2002, pp. 67-69 y Percy Henry WINFIELD, “The History of Negligence in the Law of Torts”, *LQR* nr 42, 1926, pp. 184 y ss.

²⁸¹⁷ Expresión utilizada por Ken OLIPHANT en “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, pág. 114. El mismo autor reconoce que la responsabilidad de la empresa derivada del *Rylands v. Fletcher* fue empujada hacia el margen y nunca se afianzó en el *Common Law* Inglés. Véase *Ibidem*, pp. 119-120.

²⁸¹⁸ Aparte de Ken OLIPHANT, la idea de la responsabilidad de la empresa, derivada del *Rylands v. Fletcher* parece ser en la actualidad promovida también por John MURPHY. Este último, más bien en términos de política jurídica que como una interpretación de los precedentes sobre la base de las razones detrás de la decisión de cada uno de los distinguidos jueces en el caso. Parece que también para limitar la regla de modo interpretarse sólo a la protección del medio ambiente de las personas por los daños causados por fugas en la industria de pesos pesados contaminantes. Véase Apart of Ken OLIPHANT, the idea of enterprise liability as derived from *Rylands v. Fletcher* seems to be actually promoted also by John MURPHY. The latter, rather in terms of legal policy than as an interpretation given to the precedent based on the reasons behind the ruling of each of the Justices distinguished in the case. He seems also to limit so interpreted rule only to environmental protection of individuals for the harm caused by escapes from the polluting heavyweight industry. See John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* p. 659, 665-666 and 669.

²⁸¹⁹ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* pág. 86.

²⁸²⁰ Véase Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*

²⁸²¹ *Ibidem*.

Lord CRANWORTH en el *House of Lords*, refleja uno de los matices de la visión *modernista*. De acuerdo con el autor de la tesis, Andrew WAITE, la amplia regla abarca los supuestos de la responsabilidad por el escape de cosas peligrosas de la tierra bajo control del demandado. Así, ambas reglas del *Rylands v. Fletcher* comparten un núcleo común, siendo éste el círculo en el que se superponen la regla más amplia y el *tort of nuisance*. De ahí, mientras la regla más estrecha se referiría exclusivamente al escape de cosas peligrosas de la tierra o premisas del demandado, la fórmula más amplia cubriría también aquellos supuestos en los que cosas peligrosas escaparan del control del demandado. De esta manera hemos vuelto al antiguo debate de si la distinción entre el uso “natural”/”no-natural” de la tierra constituye o no un espejismo de la división entre cosas “no- peligrosas”/“peligrosas” comparadas respectivamente²⁸²². Esta vez, sin embargo, al advertir la diferencia entre las cosas de por sí peligrosas y otras peligrosas en relación a los tipos previsibles de daño, se relacionó la regla del *Rylands v. Fletcher* sólo con estas últimas²⁸²³. Dado que la regla estrecha coincide con el ya examinado punto de vista ortodoxo sobre el *Rylands v. Fletcher*, y no existe en este punto ninguna necesidad para repetir su análisis, se pasará en consiguiente a una breve descripción de la regla amplia. De acuerdo con Andrew WAITE, algunos jueces e investigadores han fallado en apreciar la existencia de dos principios en el precedente. El reconocimiento de ambos se remonta al *Read v. Lyons*, en el que la amplia regla fue advertida aunque finalmente rechazada²⁸²⁴.

Por tanto, derivada de la formulación de BLACKBURN y combinada con diversas antiguas causas de acción, entre ellas *nuisance* y varios tipos de la responsabilidad por animales²⁸²⁵, siendo estos últimos aquéllos en los que su autor se apoyó especialmente, la regla más amplia permite una indemnización por daños corporales sin restringir la compensación únicamente a los daños causados a bienes inmuebles del demandante²⁸²⁶. En consecuencia, algunos de los incidentes de la actual regla del *Rylands v. Fletcher* no serán de aplicación en caso del principio más amplio. Así, los requisitos de la cosa peligrosa²⁸²⁷ y previsibilidad²⁸²⁸, así como todas las causas de exoneración²⁸²⁹ serán

²⁸²² Véase el texto que acompaña las n. 84-88.

²⁸²³ Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pág. 435. De forma similar, John MURPHY, *Street on Torts, op. cit.*, pág. 467.

²⁸²⁴ Véase *Read v Lyons* [1947] AC 156 *en 167* y discursos *per Lord MACMILLAN en 173*, Lord PORTER *en 178*, Lord SIMONS *en 181* y Lord UTHWATT *en 185*.

²⁸²⁵ Paso del Ganado y la responsabilidad por animales de naturaleza feroz.

²⁸²⁶ Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, pp. 428-429.

²⁸²⁷ WAITE, *Ibidem*, pág. 432.

²⁸²⁸ WAITE, *Ibidem*, pág. 435.

comunes para ambas reglas, "usuario no-natural", y el daño a los intereses relacionados con la tierra del demandante sólo aplicarán en caso del principio estrecho²⁸³⁰, y finalmente, el "escape" será tratado de manera diferente en cada caso, es decir, como el escape del control del demandado en virtud de la regla amplia y como el escape de la tierra del demandado en virtud de la regla estrecha²⁸³¹.

Concluyendo, aunque la regla sigue constituyendo parte viva y válida del *Common Law* británico²⁸³², por el momento todos los intentos de desarrollar una doctrina general a partir del *Rylands v. Fletcher* en el Reino Unido no han dado frutos ningunos²⁸³³, mientras que su aplicación habría sido confiada a los tribunales británicos sólo dentro de un contexto limitado²⁸³⁴. Todo eso a pesar de que, como en su tiempo apuntó una parte de la doctrina²⁸³⁵, de la regulación existente en Gran Bretaña con anterioridad al año 1944, es decir, de la responsabilidad del dueño de un animal peligroso, responsabilidad del empresario por los contratados de forma independiente por los daños causados en el desarrollo de las actividades peligrosas²⁸³⁶ y la responsabilidad por el ganado en sí peligroso²⁸³⁷, una promesa de unificar la preexistente regulación en una regla general de la responsabilidad objetiva por las operaciones peligrosas podría haber sido deducida.

La crítica a esta situación vino de parte de grandes expertos con una experiencia significativa²⁸³⁸, siendo todos ellos favorables a una cláusula general por las actividades ultra peligrosas²⁸³⁹. El problema de la marcada reticencia del *Common Law* británico en

²⁸²⁹ WAITE, *Ibidem*, pp. 436-437.

²⁸³⁰ WAITE, *Ibidem*, pp. 433 y 436.

²⁸³¹ WAITE, *Ibidem*, pág. 436.

²⁸³² Como ha señalado Lord HOBHOUSE: "La única forma en la que ésta [la regla de *Rylands v. Fletcher*] podría quedarse obsoleta es a través de un obligatorio régimen público de seguro de la responsabilidad objetiva para todas estas personas que destinen sus tierras para fines peligrosos". *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 671, en 56. En palabras de Lord WALKER, en cambio: "su ámbito de aplicación [de *Rylands v. Fletcher*] ha sido sin duda limitado... por el crecimiento de la regulación legal de las actividades peligrosas, por una parte, y el continuo desarrollo del principio de negligencia, por otra. Sin embargo, sería prematuro concluir que el principio se quedó a efectos prácticos obsoleto" *Transco en 99*.

²⁸³³ Dan DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 952.

²⁸³⁴ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, pág. 356.

²⁸³⁵ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 383.

²⁸³⁶ *Brook v. Bool* [1928] 2 KB 578; *Honeywill v. Larkin Bros* [1934] 1 KB 191; *The Pass of Ballater* [1942] P 112; 436.

²⁸³⁷ Cual de hecho no es objetiva, pero el nivel de diligencia que se exige en estos tipos de casos es tan alto que casi se convierte en la "garantía de seguridad". Véase John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 383.

²⁸³⁸ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 383, W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pp. 695 y 699 y DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pp. 625-626.

²⁸³⁹ Más recientemente en favor de convertir *Rylands v. Fletcher* en un *tort* moderno y discreto, desligado

esta materia puede que tenga fundamentos más profundos que los que un observador ajeno puede imaginar. Las dificultades con las que tropeza la introducción de una cláusula general por las actividades anormalmente peligrosas en el Reino Unido parecen estar enraizadas en la propia *mentalité* de este Ordenamiento jurídico, en su cultura jurídica o, si así lo prefieren, en su código legal. Se ha dicho, pues, que la doctrina jurídica, por muy destacada que fuera, hasta hace recientemente y por lo contrario a lo que sucede en el Continente ejerció poca influencia sobre la judicatura de este país. En consecuencia, el *Common Law* británico durante siglos tuvo consideración de un sistema desarrollado en su mayoría por los que practicaban Derecho. Se ha dicho también que lo que caracteriza a un inglés es el pragmatismo y que lo que le preocupa en efecto es el resultado más que el método, función más que la forma o eficiencia más que el estilo. No se le da bien producir el orden intelectual y no se encuentran en la órbita de sus intereses los puntos más sutiles de la taxonomía²⁸⁴⁰. La judicatura está paralizada por el temor a las consecuencias negativas de un análisis sistemático. En este sentido los hay quienes señalan que el *Common Law* británico no siempre se desarrollaba de acuerdo con las pautas lógicas; donde la lógica tropezaba con las dificultades prácticas los tribunales no dudaban en desviarse del camino que se extendía bajo sus pies con tal de encontrar una solución pragmática que mejor se ajustaba a las necesidades de la sociedad²⁸⁴¹. No es de extrañar, por tanto, que los últimos comentarios sobre el precedente, incluso entre los que principalmente favorecían la "solución estadounidense", revelan algún pesimismo en lo que se refiere al futuro papel del *Rylands v. Fletcher* en hacer hueco para un principio de la responsabilidad objetiva definido de forma general²⁸⁴². Algunos, describiendo la actual situación en términos de "cansancio de *Common Law*" esperan que la solución venga de parte del poder legislativo²⁸⁴³. Dicho esto, quizá ni es éste el lugar ni es ésta la persona indicada para opinar sobre la dirección que debería tomar un Ordenamiento jurídico que a la autora de este trabajo resulta completamente desconocido. No obstante, parece que la idea de

del *law of nuisance*, en forma de una cláusula por los materiales y las actividades ultra peligrosas fundada en las razones de justicia y equidad Kumaralingam AMIRTHALINGAM, "Rylands Lives", *op. cit.*, pág. 276.

²⁸⁴⁰ Tony WEIR, "The Common Legal System", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, René DAVID (ed.), nr. 82

²⁸⁴¹ *Ex parte King* [1984] 3 All ER 897, 903 (CA) per Griffiths.

²⁸⁴² Aparte de DEAKIN/JOHNSTON /MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, *op. cit.*, pp. 625-626, John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 383. Véase también John MURPHY, *Street on Torts*, Oxford University Press, New York, 2007, pág. 466.

²⁸⁴³ Andrew WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 442. Como una posible sugerencia, aunque más bien dudoso DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 626.

la introducción de una cláusula general por las actividades de alto peligro no sólo está favorecida por la doctrina británica (o por lo menos por una parte de ella), sino además la interpretación que a *Rylands v. Fletcher* se dio en *Transco* permite concluir que en este punto el Common Law británico estuvo a un paso de adaptar la regla. La tendencia de dejarse atar por la tradición y el espíritu conservador que no permite a los Lores devincular el precedente del *tort of nuisance* y del “uso de la tierra” como uno de los elementos esenciales de la regla imposibilita cualquier generalización de ésta. En lo que concierne a la cuestión, y siempre subrayando que se trata tan solo con una opinión de un observador ajeno, el caso de *Rylands v. Fletcher* evidencia que en el Common Law británico se echa en falta que la Corte Suprema haga con más convencimiento uso de lo que se considera es una de sus prerogativas, es decir, crear el Derecho desviándose de los precedentes existentes, en vez de centrarse con cabezonería en destapar las reglas donde éstas ya existen²⁸⁴⁴. Son maestras, en este sentido, las siguientes citas: en el año 1909 Frederic William Maitland exclamó “Las formas de acciones judiciales que hemos enterrado, pero que siguen rigiendo desde sus tumbas” a lo que en el año 1941 el Lord Atkin respondió en la siguiente manera: “Cuando estos fantasmas del pasado se interponen en el camino de la Justicia, haciendo que suenen sus cadenas medievales, el rumbo adecuado para el juez es el de atravesarles sin inmutarse”.

Dicho esto, la cuestión de la forma en la que la responsabilidad objetiva debe introducirse (definida de forma general e introducida por el *Common Law*; definida de forma general e introducida por la ley o introducida *ad hoc* por los estatutos) parece estar por el momento abierta²⁸⁴⁵. Como también se destacó anteriormente, unos ligeros cambios en la actitud hacia la armonización de los Derechos europeos, percibible no sólo en los círculos judiciales, sino también entre los estudiosos del Derecho²⁸⁴⁶, traen una mayor expectativa de que el siguiente impulso venga de la escena europea²⁸⁴⁷.

²⁸⁴⁴ Menciona dichas prerogativas de la Corte Suprema británica Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 2013, *op. cit.*, pág. 150.

²⁸⁴⁵ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 626.

²⁸⁴⁶ Véase el texto que acompaña la **n. .** Para la doctrina favorable a la armonización véase, entre otros, DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pp. 624-629 [en canto a *Rylands v. Fletcher*].

²⁸⁴⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *ibidem*, pág. 629.

1.3 Factores detrás de la adopción de *Rylands v. Fletcher* en los Estados Unidos de América.

En su análisis de los factores que hayan podido llevar a los tribunales norteamericanos a apartarse en ciertos casos de la tradicional regla de la responsabilidad por culpa, para adoptar en consiguiente la responsabilidad objetiva de la regla encarnada en el *Rylands v Fletcher*, HANDELSMAN SHUGERMAN se remite al clásico estudio de los orígenes de la Guerra Civil Inglesa, elaborado por LAWRENCE STONE²⁸⁴⁸. Este último divide las causas de acontecimientos en tres categorías:

1. “Precondiciones” (*preconditions*)- que dan lugar a determinadas tendencias a largo plazo (en su mayoría de carácter social y económico),
2. “Precipitantes” (*precipitans*)- originadores de las tendencias a corto plazo (de índole político y económico) y,
3. “Disparadores” (*triggers*)- unos eventos particulares que suscitan un resultado final²⁸⁴⁹,

Así entendidas, las “precondiciones” y “precipitantes” preparan el terreno para la aparición del evento en cuestión, siendo en realidad los “disparadores” los que constituyen la causa principal de que dicho evento ocurra de una manera específica y en un tiempo específico.

Ahora bien, distintos autores apuntan a distintos factores que hayan incidido en la adopción de *Rylands v. Fletcher* en los Estados Unidos. Así se señala que:

1. Un determinado número de los tribunales americanos intentó proteger las zonas residenciales contra los riesgos de industrialización durante el período de rápida urbanización.

²⁸⁴⁸ Véase Lawrence STONE, *The Causes of the English Revolution 1529-1642*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972.

²⁸⁴⁹ Lawrence STONE, *The Causes of the English Revolution 1529-1642*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972, pp. 3-22.

2. Los tribunales iban adoptando o rechazando a *Rylands v. Fletcher* en parte como respuesta a los ciclos económicos: la fase de rechazo se corresponde con la depresión de los años 70 del siglo XIX, cuando los tribunales americanos tendían o eran más propensas a subsidiar la industria. El correspondiente boom industrial de los años 80 y principios de los años 90 del siglo XIX, en cambio, coincide con la ola de aceptación del precedente.
3. Desde un punto de vista puramente político, la aceptación del *Rylands v. Fletcher* se asocia con el crecimiento del populismo y con el emergente acuerdo legislativo sobre la necesidad de regular la industria. Como fruto de este último entra en vigor el *Sherman Antitrust Act of 1890*.
4. Una de las teorías, llamada *top-down academy-centered*, sugiere que fue precisamente la *Restatement of Torts* de 1938, en virtud de la cual se establecía la responsabilidad objetiva en casos de actividades “ultra-peligrosas” (*ultra-hazardous activities*) la que dio paso a la aplicación del célebre *Rylands v. Fletcher*²⁸⁵⁰, superando la previa oposición de los tribunales norteamericanos²⁸⁵¹.
5. Y finalmente, y como factor decisivo, se menciona una serie de desastres provocados por los accidentes en el sector de embalses de agua y varias inundaciones en los años 80 y 90 del siglo XIX²⁸⁵², siendo la más trascendente de ellas la *Johnstown Flood* de 1889²⁸⁵³.

En mayo de 1889 se derrumbó un embalse perteneciente a un club de la elite

²⁸⁵⁰ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of Fletcher v. Rylands in the Gilded Age”, *110 Yale L. J.* 333, November 2000, pág. 342.

²⁸⁵¹ Así por ejemplo Virginia E. NOLAN/ Edmund URSIN, “The revitalization of Hazardous Activity Strict Liability”, *N.C. L. Rev.* núm. 65, pp. 257- 314.

²⁸⁵² Una tesis similar en casos de desbordamiento de presas en Gran Bretaña ha sido planteada más de 15 años antes por A.W. Brian SIMPSON in “Legal Liability for Bursting Reservoirs: the Historical Context of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* después de que los catástrofes de 1852 en Holmfirth, en Yorkshire y de 1864 en Sheffield. En favor de esta teoría Ken OLIPHANT, in “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, pp. 114-115. Ésta ha sido reconocida también por Lord HOFFMAN en *Transco plc v. Stockport MBC [2004] 1 All ER 589* en 600 y cuestionada, en cambio, por Garry SCHWARTZ, en “*Rylands v. Fletcher*, Negligence and Strict Liability”, en Peter CANE/ Jane STAPLETON (eds.), *Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 236-238.

²⁸⁵³ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of Fletcher v. Rylands in the Gilded Age”, *110 Yale L. J.* 333, November 2000, pp. 333-336.

financiera a causa de una tormenta en unas montañas, liberando 20.000.000 de toneladas métricas de agua, que se precipitaron por el valle a 100 millas por hora (160 km por hora). La inundación destrozó la ciudad de Johnstown por completo, causando la muerte de 2.000 personas y daños materiales de cerca de 17 millones de dólares. El enorme interés de la prensa y sus terroríficos relatos sobre la muerte y destrucción de Johnstown convirtieron la catástrofe, una de las más devastadoras en la historia de Norteamérica, en una gran historia para los medios de comunicación, cuya trascendencia superaba sólo la historia del asesinato de Abraham Lincoln. Tanto los artículos de prensa como varios libros sobre la inundación que aparecieron en el mercado en los dos años posteriores a la catástrofe, levantaron la simpatía popular y la ira del público hacia el South Fork Club y sus ricos miembros. A pesar de que la comisión de investigación del County detectó la negligencia del club en la construcción y conservación del embalse, y de que la prensa pedía justicia, todas las demandas interpuestas contra el club fueron desestimadas²⁸⁵⁴, centrando la atención del público en la insuficiencia y abusos de las tradicionales reglas de la responsabilidad por culpa²⁸⁵⁵. Dos meses después de la Johnstown Flood, el prestigioso *The American Law Review* publica una nota sobre lo devastadora que puede ser la fuerza del agua, en la que cuestionaba la insuficiencia de una única regla de la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, evidenciando los claros abusos a los que podía llegar su aplicación²⁸⁵⁶. En ella, algunos de los más reconocidos juristas de aquella época señalan a *Rylands v. Fletcher* como “la mejor respuesta que nunca haya sido dada” al problema, y que “a pesar de ser rechazada por varios tribunales norteamericanos, había sido adoptada por algunos”²⁸⁵⁷.

Tendrán carácter de “precondiciones” el incuestionable prestigio de los precedentes británicos en los Estados Unidos (en nuestro caso del *Rylands v. Fletcher*) y la industrialización y la rápida urbanización. Como precipitantes, en cambio, el autor menciona a los ciclos económicos y el creciente dominio de la industria, por una parte, y el populismo y la reforma política, por otra. Finalmente, los desastres en el sector de embalses e inundaciones de los años 80 y 90 del siglo XIX se calificarán dentro de la categoría de los *disparadores*²⁸⁵⁸.

La dirección que el *Rylands v. Fletcher* ha tomado en los Estados Unidos fue algo diferente. El “uso no-natural”, tal y como se vio reflejado en la jurisprudencia y

²⁸⁵⁴ Véase entre otras *Gaffiney's Estate*, 23 A. 163 (Pa. 1892); *Overbeck v. Overbeck*, 25 A. 646 (Pa. 1893); *Ree's Estate*, 92 A. 126, 127 (Pa. 1914).

²⁸⁵⁵ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op.cit.* pp. 359-362.

²⁸⁵⁶ Nota, “The Law of Bursting Reservoirs”, *Am. L. Rev.* núm. 23, 1889, pp. 643- 648.

²⁸⁵⁷ Nota, “The Law of Bursting Reservoirs”, *Am. L. Rev.* núm. 23, 1889, pág. 647.

²⁸⁵⁸ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *110 Yale L. J.* 333, November 2000, pp. 346-347.

más tarde en los *Restatements*, recibió una aplicación mucho más amplia que el simple desbordamiento de un embalse. Originariamente aplicado por los tribunales Norteamericanos a actividades industriales muchas veces ordinarias²⁸⁵⁹, resultó en una cláusula general, de acuerdo con la cual ni el demandante ni el demandado tenían que ser poseedores de la tierra²⁸⁶⁰. Y mientras en Gran Bretaña el ámbito de aplicación del *Rylands v. Fletcher* depende en gran medida de la muy estrecha, como hemos visto, interpretación del significado “uso no-natural de la tierra”, en los *Restatements Americanos* éste está muy determinado por la definición de “las actividades anormalmente peligrosas”²⁸⁶¹.

2. *Restatements* Norteamericanos comparados con el art. 5:101 del PETL.

2.1 Responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas en el *Restatement of the Law Third. Torts*.

Según la § 20 del *Restatement of the Law Third. Torts. Liability for Physical and Emotional Harm*²⁸⁶², en adelante *Restatement Third*, el causante del daño está sujeto a la responsabilidad objetiva solamente en caso de que el daño causado derive de una actividad por él desempeñada, que por su parte puede estar catalogada como anormalmente peligrosa. Como factores cuyo cumplimiento hace clasificar una actividad como tal, los *Restatement* exigen: 1. Que la actividad mencionada con anterioridad conlleve un riesgo muy elevado de producción del daño; 2. Que dicho riesgo sea previsible; y, 3. Que éste sea imposible de eliminar a pesar de que todos los actores ejerzan la diligencia debida, dando lugar al llamado accidente inevitable. El hecho de que la actividad en cuestión sea de uso común la excluye del ámbito de aplicación de la § 20. Los tres determinantes de actividades anormalmente peligrosas mencionados con anterioridad forman parte de lo que comúnmente se denomina

²⁸⁵⁹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of Fletcher v. Rylands in the Gilded Age”, *op. cit.*, p. 356.

²⁸⁶⁰ Comentario a la § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001.

²⁸⁶¹ Elspeth REID, “Liability for dangerous activities: a Comparative Analysis”, *op. cit.*, p.738-739.

²⁸⁶² Cf THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Torts. Liability for Physical and Emotional Harm. Vol. 1, §§ 1 a 36*, Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Philadelphia, Pennsylvania, on May 16, 2005. St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010.

“limitaciones de la responsabilidad”, que junto con las causas de exoneración establecidas en la §24 y la §25 hacen configurar la responsabilidad de la § 20 como responsabilidad objetiva y no absoluta²⁸⁶³.

Delimitada de esta manera, la cláusula general parte de varias suposiciones adicionales, siendo éstas:

1. Que el demandado no haya sido negligente en su decisión de llevar a cabo determinada actividad²⁸⁶⁴. Con esto se quiere decir que las ventajas derivadas de la actividad se suponen suficientes como para justificar los riesgos relacionados con su desarrollo²⁸⁶⁵.

A este efecto, sin embargo, se afirmó que, dado que la imposición de la responsabilidad objetiva está justificada sólo en los casos en los que la utilidad de la actividad en cuestión es mayor que el riesgo inherente en ella, no está claro porque el alto valor que dicha actividad presenta para la sociedad se consideraba como el argumento contra la imposición de la responsabilidad objetiva²⁸⁶⁶. Cabe señalar aquí que el valor que determinada actividad pudiese presentar para la sociedad, era uno de los factores que excluía la aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en virtud de la §520 de la *Restatement of the Law, Second, Torts*²⁸⁶⁷, en adelante el *Restatement Second*. Precepto este, no obstante, fue omitido por la regulación de la §20 del *Restatement Third*²⁸⁶⁸.

²⁸⁶³ *Restatement Third*, cit., com. a)

²⁸⁶⁴ En este sentido, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil parecen optar por otra solución. De ahí, omitir la diligencia razonable al desarrollar una actividad anormalmente peligrosa puede conducir además a una responsabilidad adicional en beneficio de la víctima, quien podrá invocarla incluso frente al mismo demandado. Así las cosas, la persona en control de una fuente de peligro anormal podrá responder de forma objetiva por los daños causados por la actividad que desarrolla y adicionalmente por culpa en la que haya incurrido al gestionar ese riesgo. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), coord. Por Miquel MARTÍN CASALS, pp. 148-149.

²⁸⁶⁵ En caso contrario, de poca utilidad sería imponer la responsabilidad objetiva. Constituiría negligencia por parte del causante del daño el solo hecho de dedicarse a una actividad de la que se sabe que los riesgos de producción del daño con ella asociados son mayores que las ventajas de ella provenientes. *Restatement of the Law, Third*, cit., com. b).

²⁸⁶⁶ Así n. al com. k) de la §20 de la *Restatement Third*.

²⁸⁶⁷ THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, Volume 3, §§ 504-707A. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington D.C. on May 19, 1976, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1977.

²⁸⁶⁸ Para el resumen de la reciente jurisprudencia en lo que se refiere al valor que determinadas actividades presentan para la sociedad, así como para los motivos que incidieron en la exclusión del factor “valor social” de la redacción de la §20 de la *Restatement Third*, véase n. al com. k) de dicha sección, así como el texto que acompaña las nn. 110-111.

2. Que el actor toma decisiones razonables en lo que respecta a los niveles en los que las mencionadas actividades son conducidas. Dicho esto, lo que se pretende al afirmar que una actividad es anormalmente peligrosa es que tal declaración proporcione al demandado incentivos, mayores que en el caso de la responsabilidad por culpa, que influyan en la elección de las actividades a desarrollar por el actor y en la adopción de adecuadas precauciones una vez tomada la decisión de llevar a cabo la actividad en cuestión²⁸⁶⁹.

En este sentido, el *Restatement Third* parte de cinco ratios distintos para la imposición de la responsabilidad objetiva en casos de las actividades anormalmente peligrosas, dos con el fundamento en el Análisis Económico del Derecho y tres en base de la Teoría de Justicia Correctiva. De ahí, dicha regulación proporciona: 1. Extra incentivos para el causante del daño para optimizar el nivel de diligencia exigible, 2. Incentivos para que el causante del daño optimice el nivel en el que conduce la actividad en cuestión - Análisis Económico del Derecho, basándose al mismo tiempo en la idea del 3. Riesgo no recíproco, 4. Beneficio no recíproco y 5. Causalidad exclusiva (véase el punto 5 de este epígrafe) - Teoría de la Justicia Correctiva²⁸⁷⁰.

3. El fundamento de la responsabilidad objetiva en este caso no se encuentra en la noción de que el demandado está en mejor posición que la víctima para alocar o distribuir el riesgo de la producción del daño²⁸⁷¹.
4. La cuestión de si la actividad desarrollada es o no es de valor o utilidad social tampoco se considera relevante para la imposición de la responsabilidad de la que se trata²⁸⁷². A este efecto, el com. k) a la § 20 indica que si algunas de las actividades que producen un valor sustancial para la comunidad están excluidas del ámbito de aplicación de la

²⁸⁶⁹ *Restatement Third, op. cit.*, com. b).

²⁸⁷⁰ Véase Kenneth W. SIMONS, “The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, *Wake Forest L. Rev.*, vol. 44, núm. 4, enero 2010, pp. 1355-1382.

²⁸⁷¹ *Restatement Third, op. cit.*, com. e). Compárese, a este efecto, el comentario al art. 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil que señala que, según los informes elaborados por el Grupo Europeo de Derecho de Daños (*European Group on Tort Law*), entre los fundamentos que justifican la imposición de la responsabilidad objetiva en los países miembros de la Unión Europea “otra justificación tradicional, citada con frecuencia, es la que refiere el antiguo principio «*cuibus commodum, eius et incommoda*» y que aquí compara los beneficios o lucros con la distribución del riesgo”. Así, com. 3) al art. 5:101, EGTL, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, op. cit.*, pág. 152.

²⁸⁷² *Restatement Third, cit.*, com. e) y k).

responsabilidad objetiva en cuestión, es normalmente porque éstas son a la vez del “uso común”²⁸⁷³.

5. Mantiene concordancia con lo expuesto con anterioridad la regulación global que pretendía darse a la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas, según la cual la imposición de la responsabilidad objetiva de ella dimanante se considera adecuada en los supuestos en los que la conducta del demandado constituye causa exclusiva o suficientemente exclusiva del daño²⁸⁷⁴. Es en estos supuestos precisamente donde el demandado está en posición de considerar e implantar todas las medidas que pudieran reducir el riesgo de producción del daño²⁸⁷⁵.

Finalmente, la decisión de si una actividad es o no es anormalmente peligrosa ha sido confiada al tribunal y no al jurado. La valoración de una actividad como tal concierne, más que a una conducta particular del demandado, a una clase entera de actividades en la sociedad y se lleva a cabo teniendo en cuenta los factores de la subsecc. b), notas judiciales y eventuales pruebas, especialmente el testimonio del experto. Como resultado, la regulación descrita con anterioridad tiene siguientes consecuencias:

- 1- La actividad probatoria determina el estándar de responsabilidad que aplica al caso concreto, sin consistir en aplicación de los

²⁸⁷³ *Restatement Third*, cit., com. k). Véase también el texto que acompaña las nn. 110-111.

²⁸⁷⁴ *Restatement Third*, cit., §20 com. f). Regla ésta que intenta contradecir, por otra parte, a los postulados de algunos de los autores de la doctrina norte americana, basados en fundamentos éticos, de acuerdo con los cuales la causalidad constituye un criterio suficiente para la imposición de la responsabilidad objetiva. En este sentido, Richard EPSTEIN, “A Theory of Strict Liability”, *J. LEGAL STUD.*, 1973, núm. 2, pág. 151. Judith Jarvis THOMPSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990, pp. 227-248; Gary T. SCHWARTZ, “*Rylands v. Fletcher*, Negligence, and Strict Liability”, en Peter KANE/Jane STAPLETON (ed.) *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 201. Para la crítica de esta suposición véase COASE, “The Problem of Social Cost”, *J.L. & Econ.*, vol. 3, 1960, pág. 13; Jules COLEMAN/Arthur RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, *McGill L.J.*, vol. 54, 1995, pág. 96; James A. HENDERSON JR./Jeffrey J. RACHLINSKI, “Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability”, *Roger Williams U. L. Rev.* vol. 6, 2000, pág. 241; James A. HENDERSON, JR./ Aaron D. TWERSKI, “The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability: A Reply to Geistfeld”, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 67, 1992, pp. 1174 -1175; Stephen R. PERRY, “The Distributive Turn: Mischief, Misfortune and Tort Law”, *Quinnipiac L. Rev.*, vol. 16, 1996, pp. 322-323; Stephen R. PERRY, “The Impossibility of General Strict Liability”, *Can. J.L. & Jurisprudence*, vol. 1, 1988, pp. 161-166 y Kenneth SIMONS, “The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slander Doctrines”, *Wake Forest L. Rev.*, vol. 44, núm.4, pp. 1368-1372.

²⁸⁷⁵ *Restatement Third*, cit., §20 com. f).

factores que inciden sobre determinación de una actividad como anormalmente peligrosa al caso concreto²⁸⁷⁶.

- 2- Una concreta decisión que introduce el estándar objetivo de la responsabilidad para un tipo determinado de actividades tiene un fuerte impacto en la sociedad por lo que permite establecer un catálogo de actividades anormalmente peligrosas que, aparte de un innegable valor informativo para las partes, contribuye en la reducción de los costes de litigio, permitiendo la obtención de unos resultados más igualitarios²⁸⁷⁷.

2.2 Condiciones que cualifican una actividad como “anormalmente peligrosa”.

2.2.1 Riesgo muy elevado de producción del daño.

El primero de los determinantes de actividades anormalmente peligrosas (riesgo muy elevado de producción del daño), se pondera en atención a dos factores, siendo éstos la probabilidad de producción del daño y la gravedad del daño eventual²⁸⁷⁸. Ambos elementos deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la magnitud del riesgo dimanante de la actividad en cuestión. Su incidencia sobre el factor riesgo, sin embargo, no tiene por qué ser conjunta, de manera que si la probabilidad de producción del daño es excepcionalmente alta, la severidad del daño esperado puede no superar lo usual y al revés²⁸⁷⁹. Por proporcionar tan sólo algunos ejemplos, una explosión representaría el caso en el que la probabilidad del daño es bastante significativa, mientras el daño ocurrido no excede lo que podría denominarse una lesión moderada a la propiedad. Caso más extremo sería el de las operaciones de reactores nucleares en el que la probabilidad de que ocurra el accidente, si todos los actores prestan la diligencia

²⁸⁷⁶ *Restatement Third*, cit., §20 com. 1).

²⁸⁷⁷ *Restatement Third*, cit., §20 com. 1).

²⁸⁷⁸ La seriedad del daño fue descrita como el factor de más incidencia en la imposición de la responsabilidad objetiva por Ken KRESS, “The Seriousness of Harm Thesis for Abnormally Dangerous Activities”, en David OWEN (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995. El mismo autor, sin embargo, reconoció que tal propuesta puede que no esté de acuerdo con la existente jurisprudencia. *Ibidem*, pp. 284-285.

²⁸⁷⁹ En este sentido, *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970), *Bella v. Aurora Air, Inc.*, 566 P.2d 489 (Or. 1977), *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255 (Or. 1982).

exigible, es mínima. No obstante, una vez ocurrido el accidente el daño causado puede llegar a tener dimensiones enormes²⁸⁸⁰, lo que la reciente doctrina ha descrito como el problema de “zero-infinitud” en el análisis del riesgo²⁸⁸¹. A este efecto, se afirmó que muchas de las actividades llevadas a cabo durante un largo periodo de tiempo más tarde o temprano puedan dar lugar a algún tipo de lesión. Sin embargo, a propósito de la §20 de la *Restatement*, no será ésta la alta probabilidad de producción del daño que erige el riesgo inherente a una actividad a muy elevado, en consiguiente dando lugar a la aplicación de la responsabilidad objetiva²⁸⁸². De forma parecida, no serán elevadas a la categoría de anormalmente peligrosas estas actividades en cuyo caso es poco probable que resulten en daño, aunque éste consiste en una seria lesión corporal o muerte. Si la probabilidad de que una actividad cause el daño es baja, la producción de serias lesiones a varias personas podrá ser requerida para que la severidad del daño erigiese a un riesgo muy significativo inherente en dicha actividad²⁸⁸³.

La materialización del riesgo que comporta determinada actividad dependerá en algunos supuestos de la localización en la que ésta se lleva a cabo, por lo que el riesgo de producción del daño en el caso, por ejemplo, de almacenamiento de los explosivos situado en una zona residencial y otro en una zona deshabitada evidentemente no será el mismo²⁸⁸⁴.

Se puede afirmar también que el riesgo muy elevado en lo que respecta la producción del daño, en caso de una actividad anormalmente peligrosa, constituye a la vez el punto de conexión entre las responsabilidades objetiva y por culpa²⁸⁸⁵. El

²⁸⁸⁰ *Restatement Third*, cit., §20 com. g).

²⁸⁸¹ Véase al respecto, Talbot PAGE, “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risks”, *Ecology L. Q.*, vol.7, nº2, 1978, pp. 207-244.

²⁸⁸² *Restatement Third*, cit., §20 n. al com. g).

²⁸⁸³ *Restatement Third*, cit., §20 n. al com. g). En este sentido, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil no se pronuncian en cuanto a cómo ponderar exactamente ambos factores, aquí el de la frecuencia y de la gravedad del daño que determinado riesgo pueda producir. A este efecto, se señala solamente que mientras que la frecuencia se puede determinar mediante las leyes de la probabilidad, la gravedad de daño no sólo se valora a la luz de la indemnización necesaria para restaurar los intereses lesionados, lo que podría equivaler a la seriedad del daño, tal y como establece el *Restatement*, sino también por el valor de tales intereses en el conjunto del ordenamiento. Como intereses del máximo rango los Principios mencionan, por ejemplo, la vida o integridad física y psíquica (art. 2:102.2). Véase com. 2b) al art. 5:101 de los Principios, *Ibidem*, pp. 149-150.

²⁸⁸⁴ *Restatement Third*, cit., §20 com. g). Véase también el comentario que acompaña las nn. 110-111.

²⁸⁸⁵ En este capítulo se empleará el término continental “responsabilidad por culpa” de forma intercambiable con el de “principio de negligencia” para sustituir el de *tort of negligence*. Véase una breve descripción de las diferencias entre lo que se entiende por responsabilidad por culpa en el sistema continental y lo que se desprende del término *negligence* en el sistema *Common Law* así como una reseña de las históricas peculiaridades del *tort of negligence* en el **cap. +++** sobre *Rylands v Fletcher*, especialmente el texto que **acompaña las n.+++**. En consecuencia, el uso que se pretende dar al término “responsabilidad por culpa” en el contexto de la §20 de los *Restatement* corresponderá con el significado

estándar de diligencia exigible de parte del demandado en caso de la responsabilidad por culpa también se ve condicionado por la peligrosidad de la actividad que éste lleva a cabo, de forma que el nivel de precauciones cuya adopción se exigirá a aquél se incrementará, con el consiguiente aumento de la magnitud del riesgo inherente a dicha actividad²⁸⁸⁶. Para reflejar la relación descrita con anterioridad de forma más gráfica, la responsabilidad objetiva empieza donde acaba la posibilidad de asignar la responsabilidad por la aparente negligencia de los actores involucrados en el accidente, siendo el riesgo que implica la imposición de la responsabilidad objetiva de tal magnitud que su eliminación mediante el ejercicio de la diligencia debida es imposible²⁸⁸⁷. Es en este punto donde el factor “riesgo” se entrecruza con el de la “diligencia exigible de parte de todos los actores”, por lo que para que la responsabilidad objetiva aplique, no solamente se exige que la actividad en cuestión conlleve riesgo muy elevado de producción del daño, sino también que éste no sea reducible mediante el ejercicio de la diligencia debida²⁸⁸⁸. En este último caso, aquí de una actividad originariamente peligrosa pero cuyos niveles de peligrosidad pueden quedar reducidos mediante el empleo de las precauciones adecuadas, la doctrina *res ipsa loquitur* aplicará, como una herramienta que “sugiere” la responsabilidad del demandado en el régimen de la responsabilidad por culpa²⁸⁸⁹. La eliminación total del riesgo mediante el ejercicio de diligencia debida, en cambio, implicará la imposición de la responsabilidad por culpa²⁸⁹⁰.

Directamente relacionado con el factor riesgo es el alcance de la protección establecida en la §20. De ahí, que el daño resarcible bajo la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas se limite únicamente a los daños característicos para los riesgos que comporte la actividad en cuestión²⁸⁹¹. Habrá veces en los que dicho principio se verá complementado por las reglas de la causalidad próxima (*proximate-causation*). Poniendo un ejemplo: si debido a una explosión se derrumbase un edificio sobre uno de sus ocupantes, y si más tarde el posterior demandante sufriera una lesión intentando rescatar al dicho ocupante, las reglas de la responsabilidad objetiva por las

dado al *tort of negligence* en el sistema *Common Law*.

²⁸⁸⁶ *Restatement Third*, cit., §2, com. d) y §3 com. e).

²⁸⁸⁷ *Restatement Third*, cit., §20 com. b).

²⁸⁸⁸ Véase el apartado siguiente.

²⁸⁸⁹ *Restatement Third*, cit., §20 com. b). Véase también el apartado sobre “El deber de diligencia ejercido por todos los actores”, especialmente el texto que acompaña las nn. 51-56.

²⁸⁹⁰ *Restatement Third*, cit., §20 com. b). Véase también el apartado sobre “El deber de diligencia ejercido por todos los actores”, especialmente el texto que acompaña las nn. 57-76.

²⁸⁹¹ *Restatement Third*, cit., §24 a) com. a).

actividades anormalmente peligrosas no serían aplicables en su caso, puesto que la explosión que provocó el derrumbe del edificio no constituye la causa próxima de la lesión por él sufrida²⁸⁹².

Finalmente, se puede afirmar también que el factor “riesgo”, en cierta manera, constituye fundamento de la excepción “uso común”²⁸⁹³ por lo que, según establece el com. j) a la §20 de la *Restatement Third*, la imposición de la responsabilidad objetiva estará más justificada cuando los riesgos dimanantes de la actividad en cuestión afecten a terceros, mientras que los beneficios derivados de ella se ven concentrados entre unos pocos²⁸⁹⁴. De ahí que, mientras más común sea una actividad, más probable será que los beneficios de ella derivados estén extensivamente distribuidos entre la sociedad. O, describiendo el fenómeno desde otro punto de vista, los riesgos dimanantes de ciertas actividades son impuestos por muchos sobre muchos, anulándose de esta forma el uno al otro (principio de reciprocidad).

El riesgo muy elevado como el que se traduce en una alta probabilidad de producción del daño o una especial magnitud de éste, ha sido reconocido por los tribunales en los siguientes supuestos: almacenaje, y no distribución, de unas cantidades sustanciales del gas natural en forma de vapor, por considerar que no la frecuencia sino la magnitud del daño producido en estos supuestos califica la actividad como anormalmente peligrosa²⁸⁹⁵; pulverización de herbicidas desde un avión sobre el campo de un vecino por una sustancial e incontrolable probabilidad de producción del daño (a la luz de la legislación vigente en Oregon, que permite la pulverización de los campos con pesticidas y herbicidas sólo si ésta no causa daño al otro, la actividad del demandado ni tan siquiera requería prueba de su anormal peligrosidad²⁸⁹⁶); la quema de campos con fundamento en una alta probabilidad de producción del daño²⁸⁹⁷; el uso del agua en las actividades mineras que contribuye a la creación de un embalse contaminado por residuos fosfatados, por la extensión de daños causados por la eventual contaminación (aunque el tribunal declaró que la actividad constituye “uso no-natural

²⁸⁹² *Restatement Third*, cit., §24 com. a).

²⁸⁹³ Véase el aptd. sobre el “uso común”.

²⁸⁹⁴ Según Kenneth SIMONS es en este punto precisamente donde la *Restatement Third* fundamenta la imposición de la responsabilidad objetiva en la idea del “beneficio no recíproco” (término empleado por el autor). Vide Kenneth SIMONS, “The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, *op. cit.*, pp. 1363-1368.

²⁸⁹⁵ *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970) en 639.

²⁸⁹⁶ *Bella v. Aurora Air, Inc.*, 566 P.2d 489 (Or. 1977).

²⁸⁹⁷ *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255 (Or. 1982).

de la tierra”²⁸⁹⁸, al mismo tiempo se apoyó en su valoración en los factores que inciden en la calificación de una actividad como anormalmente peligrosa, siendo riesgo muy elevado de producción del daño uno de ellos)²⁸⁹⁹; almacenamiento de unas tóxicas sustancias químicas (por la probabilidad muy alta de contaminación)²⁹⁰⁰. En virtud de la §520 de la *Restatement Second of Tort* (antecedente de la actual §20), la responsabilidad objetiva aplicaría también a una deliberada explosión nuclear, mientras los incidentes en los reactores nucleares se verían sujetos a la regla federal de la responsabilidad objetiva prevista en la §2210(n) del Código de los Estados Unidos²⁹⁰¹. Por otra parte, la jurisprudencia norteamericana se negó a calificar de anormalmente peligroso el uso de las redes de suministro de agua²⁹⁰² y de canales de irrigación²⁹⁰³ por considerar que no sólo la probabilidad de una lesión sino también la magnitud del daño producido en dichos supuestos es “mínima”.

2.2.2 Riesgo previsible.

Según la regulación de la §20 del *Restatement*, la imposición de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas estará justificada siempre y cuando el demandado sepa que la actividad que lleva a cabo tiene tal calidad. En la mayoría de los casos los actores que desarrollan dichas actividades saben del riesgo inherente a ellas. Sin embargo, a efectos de la §20 del *Restatement*, será suficiente para que una actividad sea considerada anormalmente peligrosa que el demandado tenga razones para saber, o debería haber sabido del riesgo que ésta conlleva²⁹⁰⁴. Se estima que esta regulación es de conformidad con los argumentos éticos y de la política de incentivar la seguridad al considerar que si el demandado hubiese sinceramente y razonablemente creído que la actividad no es peligrosa el argumento en

²⁸⁹⁸ Tal y como establece la regla en *Rylands v. Fletcher*. Véase el capítulo referente a *Rylands v. Fletcher*.

²⁸⁹⁹ *Cities Serv. Co. v. State*, 312 So. 2d 799 (Fla. Ct. App. 1975).

²⁹⁰⁰ *Fortier v. Flambeau Plastics Co.*, 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991).

²⁹⁰¹ United States Code Service, Title 42 (The Public Care and Welfare), Chapter 23 (Development and Control of Atomic Energy).

²⁹⁰² *John T. Arnold Assoc., Inc. v. City of Wichita*, 615 P.2d 814, 825 (Kan. Ct. App. 1980).

²⁹⁰³ *Reter v. Talent Irrigation Dist.*, 482 P.2d 170, 173 (Or. 1971).

²⁹⁰⁴ De acuerdo con *Reporters' Study, Enterprise Responsibility for Personal Injury*, 1991, Vol. II, pág. 368 del *American Law Institute* el demandado no es responsable del daño producido si según el estado científico de conocimiento en el momento en el que la actividad del demandado se llevaba a cabo, dicha actividad no presentaba ningún riesgo sustancial a la salud humana.

favor de la imposición de la responsabilidad objetiva perdería en fuerza de persuasión²⁹⁰⁵.

Descrito requisito de previsibilidad constituye una novedad respecto a la regulación del *Restatement Second of Tort*²⁹⁰⁶, siendo su introducción recomendada en el año 1991 por el Instituto del Derecho Americano (*American Law Institute*)²⁹⁰⁷.

La condición de que el demandado debería reconocer la probabilidad de que su conducta pudiese causar el daño estaba prevista ya en la §519 del *Restatement First*, desconociéndose los motivos debido a los que dicha provisión ha sido omitida en la segunda edición del *Restatement*. La consiguiente introducción en la §20 del *Restatement Third* del requisito en virtud del cual el elevado riesgo de producción del daño debe ser previsible, precede una serie de precedentes que de una manera u otra coinciden con esta regulación²⁹⁰⁸. Bajo ratios distintos el requisito de previsibilidad ha sido promovido también por la doctrina estadounidense²⁹⁰⁹.

2.2.3 Ejercicio de diligencia debida por parte de todos los actores que da lugar al llamado “accidente inevitable”.

Según lo expuesto con anterioridad, el riesgo de producción del daño es muy elevado y, en consiguiente, una actividad anormalmente peligrosa, sólo si este primero no puede ser eliminado mediante el ejercicio de la diligencia debida por parte, no sólo del demandado, sino de todos los demás actores²⁹¹⁰. En la mayoría de los casos, una

²⁹⁰⁵ Véase com. i) a la §20, de la *Restatement Third*, cit.

²⁹⁰⁶ No obstante, como señala la n. i) a la §20 de la *Restatement Third*, la expresión utilizada en el com. g) a la § 519 de la *Restatement Second of Tort* de “un riesgo reconocible de daño” ha sido interpretada en ocasiones en el sentido de previsibilidad. Véase a tal efecto, por ejemplo *Yslava v. Hughes Aircraft Co.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 17228 (D. Ariz. 1998).

²⁹⁰⁷ Véase THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Reporters' Study, Enterprise Responsibility for Personal Injury*, 1991, Vol. II, pág. 368.

²⁹⁰⁸ A este efecto, véase *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970), *Bolivar v. R & H Oil & Gas Co.*, 789 F. Supp. 1374 (S.D. Miss. 1991), *Garcia v. Estate of Norton*, 228 Cal. Rptr. 108 (Ct. App. 1986), *Grube v. Daun*, 570 N.W.2d 851 (Wis. 1997), *Fortier v. Flambeau Plastics Co.*, 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991), *Perez v. Southern Pac. Transp. Co.*, 883 P.2d 424 (Ariz. Ct. App. 1993), *Branch v. Western Petroleum*, 657 P.2d 267 (Utah 1982). Para un resumen de la reciente jurisprudencia cf Christine M. BEGGS, “As Time Goes By: The Effect of Knowledge and the Passage of Time on the Abnormally Dangerous Activities Doctrine”, *HOFSTRA L. REV.*, 1992, núm. 21, pp. 205-233.

²⁹⁰⁹ Véase en este sentido, bajo el enfoque del principio de justicia correctiva George P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 *Harv. L. Rev.* 537 (1972), desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho William M. LANDES/ Richard A. POSNER, *Economic Structure of Tort Law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, pp. 238-239, 246-247.

²⁹¹⁰ Esta solución parece ser omitida por los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil en cuanto que el art. 5:101 en su aptd. 2 establece que “una actividad es anormalmente peligrosa si a) crea un riesgo previsible y significativo del daño incluso cuando se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio.” Véase EGTL, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, op. cit., pág. 147 y

actividad originariamente peligrosa puede convertirse en una actividad segura si todos los actores emplean adecuadas precauciones. Solamente aquellas actividades cuya seguridad no pueda conseguirse merecerán la consideración de anormalmente peligrosas en virtud de la §20 de los *Restatement*²⁹¹¹.

En cuanto a la categoría “todos los actores”, esta última agrupa no sólo al demandado, sino también a cualquier tercero y a la víctima misma²⁹¹², aunque quien normalmente estará en la mejor posición de controlar el riesgo dimanante de la actividad será sobre todo aquél que la desarrolle²⁹¹³. Una actividad originariamente peligrosa estará excluida de la aplicación de la responsabilidad objetiva si la diligencia ejercida por parte de todos los actores puede eliminar el riesgo inherente a ella por completo, o reducirlo, impidiendo, en consecuencia, su cuantificación como muy elevado y dando lugar a la aplicación de las reglas de negligencia.

Regulación ésta que parece tener una doble *ratio*. Primero, si es la actitud de otras personas y no tanto la del demandado la que incide en la producción de numerosos daños, el demandado no puede ser identificado como causa exclusiva del riesgo, por lo que parece más razonable asignar la responsabilidad y, por consiguiente, los daños producidos, a cada uno de los actores involucrados según hayan cumplido o no el estándar de diligencia debida. Y segundo, la finalidad con la que se introdujo la responsabilidad objetiva en la §20 del *Restatement* fue la de proteger a una persona inocente frente a un riesgo inevitable de daño inherente en la actividad llevada a cabo por el demandado. Por tanto, una actividad no es en sí y de forma inevitable peligrosa si una potencial víctima puede normalmente prevenir la producción del daño, de la misma forma que la víctima no es del todo inocente si las lesiones sufridas por ella en determinado tipo de casos se deben muchas veces a su propia negligencia²⁹¹⁴. El subrayado de la frase anterior no es accidental, puesto que en mayoría de los casos los tribunales, con el fin de justificar su decisión de excluir un tipo concreto de actividades de la categoría de actividades *anormalmente peligrosas* acuden a la frecuencia con la

más adelante cuando establece que “la responsabilidad objetiva de que trata este artículo entra en juego si, a pesar de todas precauciones tomadas por el demandado, persiste un riesgo significativamente alto de causar daño”. *Ibidem*, pág. 148.

²⁹¹¹ *Restatement Third*, cit., §20 com. e).

²⁹¹² En favor de la solución según la que la aplicación de la responsabilidad objetiva debería estar excluida en casos de los accidentes con causa en la interacción entre el demandante y el demandado William K. JONES, “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, *Colum. L. Rev.*, 1992, núm. 92, pág. 1705 y Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pp. 967-968.

²⁹¹³ *Restatement Third*, cit., §20 com. e)

²⁹¹⁴ *Restatement Third*, cit., §20 com. e)

que el daño en caso de dicho tipo de actividades está causado por la conducta negligente de un tercero o de la propia víctima²⁹¹⁵. Es decir, la declaración de una actividad como anormalmente peligrosa, especialmente en lo que se refiere a uno de sus elementos, aquí “diligencia debida ejercida por todos los actores”, tiene carácter meramente casuístico, con base en un estudio estadístico de la jurisprudencia anterior, desligado de un examen *ad hoc* de cada caso particular. Así las cosas, en algunos tipos de casos, de forma estadísticamente fijada, una frecuente incidencia de negligencia de los actores involucrados en el desarrollo de las actividades en cuestión impide la aplicación de la responsabilidad objetiva, excluyéndolas del ámbito de las actividades anormalmente peligrosas. En todos estos casos, la conducta de las víctimas, por ejemplo, constituye no una causa afirmativa de exoneración, sino un factor que determina que el demandado está inicialmente sujeto a la responsabilidad objetiva. Sin embargo, incluso si una determinada actividad pertenece a una tipo generalmente catalogado como el que implica la aplicación de la responsabilidad objetiva, es posible que la víctima en un caso concreto pudiera haber fallado en ejercer la diligencia razonable, dejando lugar, de esta manera, a una eventual aplicación de la concurrencia de la culpa de la víctima²⁹¹⁶.

Y finalmente, al señalar dos principales líneas jurisprudenciales en lo que se refiere a la importancia de las extensivas regulaciones gubernamentales para el examen de peligrosidad de la actividad en cuestión²⁹¹⁷, el *Restatement Third* se encaminó hacia una solución intermedia. A este efecto, se declaró que la reglamentación pública de actividades en ciertos sectores es irrelevante para la cuestión de si éstas son o no anormalmente peligrosas con el propósito de la § 20. De ahí que se afirmase que aunque dichas normativas identificaban el nivel y medidas de precaución a tomar por el actor que desarrollaba la actividad en cuestión, tales indicaciones tampoco se traducían en la conclusión de que el elevado riesgo inherente a dicha actividad no disminuía con la adopción de las medidas impuestas por la ley²⁹¹⁸. Sin embargo, aunque la

²⁹¹⁵ Véase el com. h a la §20, así como com. b) a la §24.

²⁹¹⁶ Com. a) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 336.

²⁹¹⁷ En la jurisprudencia norteamericana destacan dos posturas al respecto: 1. La legislación sectorial es de poca importancia para la identificación de una actividad como anormalmente peligrosa, así *Schwartzman, Inc. v. General Elec. Co.*, 848 F. Supp. 942 (D.N.M. 1993); *Sanchez v. General Urban Corp.*, 1997 WL 78176 (Conn. Super. Ct. 1997); *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998); *Dudley v. Baltimore Gas & Elec. Co.*, 632 A.2d 492 (Md. Ct. Spec. App. 1993); *New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co.*, 687 P.2d 212 (Wash. 1984). 2. Por lo contrario, tal regulación ha sido señalada como indicadora de la peligrosidad de la actividad en cuestión en *State v. Ventron Corp.*, 468 A.2d 150 (N.J. 1983); *Bella v. Aurora Air, Inc.*, 566 P.2d 489 (Or. 1977); *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255 (Or. 1982); *Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267 (Utah 1982).

²⁹¹⁸ En este sentido también, *Fortier v. Flambeau Plastics Co.*, 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991).

reglamentación sectorial no tiene efecto directo sobre la evaluación de la peligrosidad de las actividades que regula, una cuidadosa interpretación de su redacción puede sugerir la imposibilidad de que se elimine o reduzca el riesgo inherente a dichas actividades, no obstante cumplidas las medidas de precaución previstas en la normativa²⁹¹⁹. En consecuencia, la incidencia que tiene determinada regulación sectorial sobre la cuestión de si una actividad es o no es anormalmente peligrosa debería examinarse *ad hoc*, en cada caso concreto²⁹²⁰.

En cuanto a las actividades que, a pesar del alto riesgo inherente en ellas, fueron excluidas de la aplicación de la responsabilidad objetiva por considerarse que el ejercicio de la diligencia debida por parte de todos los actores reduce el riesgo hasta el grado en el que la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur*²⁹²¹ parece más procedente, éstos fueron: el colapso de la red municipal de suministro de agua²⁹²², desborde de un embalse²⁹²³, la explosión del gas natural²⁹²⁴, explosión en el curso de la transmisión del gas natural²⁹²⁵, el bombeo eléctrico del agua de un río²⁹²⁶ y accidente aéreo en tierra²⁹²⁷.

En cuanto a los accidentes aéreos en tierra el *Restatement First of Tort* declaró que aviación constituía una actividad anormalmente peligrosa²⁹²⁸ por lo que la responsabilidad objetiva aplicaba también a los daños en tierra. A pesar de que a la hora de redactar el *Restatement Second* ciertas dudas surgieron alrededor de lo adecuado y correcto de mantener dicha regulación²⁹²⁹, finalmente la posición del *Restatement First* fue sostenida²⁹³⁰.

Ahora bien, debido a que una abundante literatura y los estudios realizados en la materia probaron que la mayoría de los accidentes aéreos tiene su causa en la negligencia de alguna de las partes que incide en la producción de éstos, y al tener en cuenta que la jurisprudencia mayoritaria abandonó la idea de que la aviación constituye una actividad

²⁹¹⁹ n. h) a la §20 de la *Restatement Third*.

²⁹²⁰ Así también la decisión en *Koos v. Roth*, 652 P.2d at 1267(Or. 1982),

²⁹²¹ Para los supuestos en los que aplica la doctrina de *res ipsa loquitur* según el *Restatement Third*, véase la regulación de la §17 con los comentarios.

²⁹²² *State Farm Fire & Cas. Co. v. Municipality of Anchorage*, 788 P.2d 726 (Alaska 1990).

²⁹²³ *Dye v. Burdick*, 553 S.W.2d 833 (Ark. 1977).

²⁹²⁴ *Hartford Fire Ins. Co. v. Pub. Serv. Co.*, 676 P.2d 25 (Colo. Ct. App. 1983).

²⁹²⁵ *Mahowald v. Minnesota Gas Co.*, 344 N.W.2d 856 (Minn. 1984), *Foster v. City of Keyser*, 501 S.E.2d 165 (W. Va. 1997).

²⁹²⁶ *Fleege v. Cimpl*, 305 N.W.2d 409 (S.D. 1981).

²⁹²⁷ *Crosby v. Cox Aircraft Co.*, 746 P.2d 1198 (Wash. 1987).

²⁹²⁸ § 520, com. b).

²⁹²⁹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE 42 A.L.I. Proc. (1965), pp. 331-358.

²⁹³⁰ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Torts*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 11, 1934, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Pubs., 1934-1939.

anormalmente peligrosa y dejó de imponer la responsabilidad objetiva por los daños provenientes de accidentes aéreos en tierra²⁹³¹, el *Restatement Third* no se adhirió a la posición tomada en sus dos anteriores antecedentes, *Restatement First* y *Second of Tort*. Con eso se declaró que la aviación no cumple los requisitos establecidos para que pudiese ser calificada de una actividad anormalmente peligrosa debido a que: 1. El riesgo de producción del daño si los actores ejercen toda la diligencia debida es muy bajo, y 2. Dado el alto número de los vuelos y el alto porcentaje de la población que hace uso de este transporte, se puede afirmar también que la aviación comercial constituye hoy en día una actividad de uso común. El único argumento que se señaló en favor de la imposición de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en caso de los accidentes aéreos en tierra fue el de la causalidad exclusiva. Este ratio es el que con toda fuerza aplica a dicho tipo de daños por lo que, tal y como se declaró en *Crosby*, la víctima en este tipo de casos es “un dueño de un bien inmueble plenamente inocente, inactivo y sin beneficio en cuya casa de repente choca un avión”²⁹³².

Y finalmente, sería interesante resaltar en este punto un argumento más esgrimido en la larga discusión sobre cuando imponer la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas. A este efecto, una parte de la doctrina norteamericana²⁹³³ señaló que un riesgo potencial de que una actividad al causar el daño puede incidir en la destrucción de las pruebas, que, en caso contrario, pudiesen servir al demandante de soporte en una reclamación fundada en la responsabilidad por culpa, podría justificar la imposición a estos supuestos de la responsabilidad objetiva. En respuesta a este argumento se afirmó en el *Restatement Third* que la “destrucción de pruebas” no constituye un argumento fuerte a favor de la responsabilidad objetiva ya que se estimó como suficiente remedio a este problema la existencia de la doctrina *res ipsa loquitur*²⁹³⁴. De ahí que el com. a) a la §17 establezca lo siguiente: “La doctrina *res ipsa loquitur*, aplicada correctamente, no implica ninguna forma encubierta de la responsabilidad objetiva. En realidad, el hecho de disponer de *res ipsa loquitur*, en cierto sentido, debilita el argumento en favor de la responsabilidad objetiva por lo que un razonamiento favorable a ésta es aquel en virtud del cual la falta de pruebas en algunos casos hace que el demandante no puede establecer lo que bien podría haber sido la negligencia real de la parte demandada. Al proporcionar al demandante en ese caso un método alternativo para demostrar la negligencia del demandado, *res ipsa loquitur* reduce la necesidad de imposición de la responsabilidad objetiva”²⁹³⁵. En este sentido el fundamento que justifica

²⁹³¹ Véase, entre otras, *Little v. McGraw*, 467 S.W.2d 163 (Ark. 1971); *Crist v. Civil Air Patrol*, 278 N.Y.S. 430 (Sup. Ct. Sp. T. 1967); *Crosby v. Cox Aircraft Co.*, 746 P.2d 1198 (Wash. 1987), *Elwood v. Bolte*, 403 A.2d 869 (N.H. 1979).

²⁹³² *Crosby v. Cox Aircraft Co.*, 746 P.2d 1198, 1202, 1203 (Wash. 1987).

²⁹³³ William K. JONES, “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, *op. cit.*, pp. 1727-1730, Cornelius J. PECK, “Negligence and Liability Without Fault in Tort Law”, *Wash. L. Rev.*, vol. 46, núm.2, 1971, pp. 240-241.

²⁹³⁴ La regulación de la doctrina *res ipsa loquitur* está recogida en la §17 del *Restatement Third*.

²⁹³⁵ (trad. propia), *Restatement Third*, *op. cit.*, com. a) a la §17, pág. 184.

la aplicación de dicha doctrina es comparable con el que rige diferente distribución del *onus probandi*, o la llamada inversión de la carga de la prueba, en el Derecho español. El art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹³⁶, pues, establece que en lo que se refiere a la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, establecidas en ese artículo, “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

Por otra parte, la peligrosidad de la actividad en cuestión, sin implicar la aplicación al caso de la responsabilidad objetiva debido a la posibilidad de eliminar el riesgo inherente en ella a través del ejercicio de la diligencia debida, influyó en los niveles de diligencia exigible en los siguientes supuestos: uso de arma de fuego²⁹³⁷, almacenamiento de gasolina²⁹³⁸, transmisión de electricidad²⁹³⁹, el transporte de unas peligrosas sustancias químicas²⁹⁴⁰, proceso de reparación de un tanque de petróleo²⁹⁴¹, los sistemas de suministro de agua²⁹⁴², la construcción y mantenimiento de un cartel de anuncios²⁹⁴³, instalación de una casa móvil²⁹⁴⁴, el uso del ácido sulfúrico²⁹⁴⁵, el uso de fogatas en el bosque, por lo que el riesgo de incendio puede ser reducido o eliminado totalmente²⁹⁴⁶, el uso de pintura con plomo²⁹⁴⁷, eliminación de residuos que contienen bifenilos policlorados (PCB)²⁹⁴⁸, perforación de un pozo²⁹⁴⁹, uso del TCE en el proceso de fabricación²⁹⁵⁰, el almacenamiento de gasolina en los tanques de almacenamiento

²⁹³⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000, p. 15278 y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2001, p. 27746. Véase también sobre el tema, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN y Gilberto PÉREZ DEL BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29- 74.

²⁹³⁷ *Miller v. Civil Constructors, Inc.*, 651 N.E.2d 239 (Ill. App. Ct. 1995), *Resteiner v. Sturm, Ruger & Co.*, 566 N.W.2d 53 (Mich. Ct. App. 1997), *Matulevich v. Matulevich*, 498 A.2d 939 (Pa. Super. Ct. 1985).

²⁹³⁸ *Ergon, Inc. v. Amoco Oil Co.*, 966 F. Supp. 577 (W.D. Tenn. 1997).

²⁹³⁹ *Brigham v. Moon Lake Elec. Ass'n*, 470 P.2d 393 (Utah 1970).

²⁹⁴⁰ *E.S. Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co.*, 912 F. Supp. 1476 (N.D. Ala. 1995), *Indiana Harbor Belt R.R. v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174, 1177 (7th Cir. 1990), *Toledo v. Van Waters & Rogers, Inc.*, 92 F. Supp. 2d 44, 55 (D.R.I. 2000).

²⁹⁴¹ *Matomco Oil Co. v. Arctic Mech., Inc.*, 796 P.2d 1336 (Alaska 1990).

²⁹⁴² *Farm Fire & Cas. Co. v. Municipality of Anchorage*, 788 P.2d 726, 728 (Alaska 1990).

²⁹⁴³ *Tri-B Adv. Co. v. Thomas*, 643 S.W.2d 547 (Ark. 1982).

²⁹⁴⁴ *Cordova v. Parrett*, 703 P.2d 1228, 1231 (Ariz. Ct. App. 1985).

²⁹⁴⁵ *Edwards v. Post Transp. Co.*, 279 Cal. Rptr. 231, 233-234 (Ct. App. 1991).

²⁹⁴⁶ *King v. United States*, 53 F. Supp. 2d 1056 (D. Colo. 1999).

²⁹⁴⁷ *Steinhoff v. Woodward*, 25 Conn. L. Rptr. 241 (Super. Ct. 1999), *German v. Federal Home Loan Mortgage Corp.*, 885 F. Supp. 537 (S.D.N.Y. 1995).

²⁹⁴⁸ *City of Bloomington v. Westinghouse Elec. Corp.*, 891 F.2d 611 (7th Cir. 1989).

²⁹⁴⁹ *Hagen v. Texaco Ref. & Mktg., Inc.*, 526 N.W.2d 531, 538 (Iowa 1995).

²⁹⁵⁰ *Greene v. Prod. Mfg. Corp.*, 842 F. Supp. 1321, 1326 (D. Kan. 1993).

subterráneo²⁹⁵¹, transmisión del gas²⁹⁵², la quema de mala hierba²⁹⁵³, el deslice de tierra cuesta abajo²⁹⁵⁴, el almacenamiento y la exposición al amoníaco (la aplicación de la responsabilidad objetiva ha sido excluida en base de ambos, la magnitud del eventual daño y la posibilidad de eliminar el riesgo de producción del daño a través del ejercicio de la diligencia debida)²⁹⁵⁵, una limitada retirada de amianto²⁹⁵⁶.

En lo que se refiere a la incidencia de diligencia debida ejercida por otros que el causante del daño actores en la clasificación de una actividad como anormalmente peligrosa, a modo de ejemplo se podrían señalar siguientes casos en los que ésta fue apreciada: envío marítimo de mercancía de unos productos químicos por lo que los incidentes muchas veces tienen su causa en la negligencia del transportista²⁹⁵⁷, el uso cuidadoso de los carritos de supermercado por no tener signos de una actividad anormalmente peligrosa²⁹⁵⁸, la transmisión del gas a través de los conductos subterráneos debido a la gran relevancia de la diligencia ejercida por los terceros en la eventual producción del daño, ej. contratistas que con frecuencia tienen acceso a las líneas subterráneas²⁹⁵⁹.

La doctrina de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas se entrecruzó con la regulación que rige la responsabilidad por los productos defectuosos en los supuestos de la fabricación de algunos de los productos, como PCB²⁹⁶⁰, gas propano²⁹⁶¹, baterías de plomo²⁹⁶² o armas de fuego²⁹⁶³. A este efecto, los tribunales han declarado que mencionados productos no son defectuosos con el

²⁹⁵¹ *Hahn v. Chevron, U.S.A., Inc.*, 1995 WL 396213 (6th Cir. 1995), *Smith v. Weaver*, 665 A.2d 1215 (Pa. Super. Ct. 1995), *Walker Drug Co. v. La Sal Oil Co.*, 972 P.2d 1238 (Utah 1998), *Arlington Forest Assocs. v. Exxon Corp.*, 774 F. Supp. 387, 390 (E.D. Va. 1991)

²⁹⁵² *Dudley v. Baltimore Gas & Elec. Co.*, 632 A.2d 492 (Md. Ct. Spec. App. 1993).

²⁹⁵³ *Rodgers v. City of Loving*, 573 P.2d 240, 241 (N.M. Ct. App. 1977).

²⁹⁵⁴ *Jones v. Willamette Indus., Inc.*, 463 S.E.2d 294 (N.C. Ct. App. 1995); *Nicolai v. Day*, 506 P.2d 483 (Or. 1973).

²⁹⁵⁵ *Sprankle v. Bower Ammonia & Chem. Co.*, 824 F.2d 409 (5th Cir. 1987).

²⁹⁵⁶ *Splendorio v. Bilray Demolition Co.*, 682 A.2d 461 (R.I. 1996). El tribunal afirmó también en el caso que aunque el amianto constituye una sustancia altamente peligrosa, la doctrina de la *Restatement Second* aplica a las actividades peligrosas y no a los materiales que conllevan un anormal peligro inherente en sí.

²⁹⁵⁷ *Indiana Harbor Belt R.R. v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990).

²⁹⁵⁸ *Jackson v. Hearn Bros., Inc.*, 212 A.2d 726, 727 (Del. 1965).

²⁹⁵⁹ *Mahowald v. Minnesota Gas Co.*, 344 N.W.2d 856 (Minn. 1984); *Herbst v. Northern States Power Co.*, 432 N.W.2d 463 (Minn. Ct. App. 1988); *New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co.*, 687 P.2d 212 (Wash. 1984).

²⁹⁶⁰ *City of Bloomington v. Westinghouse Elec. Corp.*, 891 F.2d 611 (7th Cir. 1989).

²⁹⁶¹ *Travelers Ins. Co. v. Chrysler Corp.*, 845 F. Supp. 1122 (M.D.N.C. 1994).

²⁹⁶² *Thompson v. Mindis Metals, Inc.*, 692 So. 2d 805 (Ala. 1997).

²⁹⁶³ *Whitfield v. Heckler & Koch, Inc.*, 98 Cal. Rptr. 2d 820 (Ct. App. 2000); *Riordan v. International Armament Corp.*, 477 N.E.2d 1293 (Ill. App. Ct. 1985); *Hamilton v. Accu-tek*, 935 F. Supp. 1307 (E.D.N.Y. 1996). *Caveny v. Raven Arms Co.*, 665 F. Supp. 530 (S.D. Ohio 1987), *Burkett v. Freedom Arms, Inc.*, 704 P.2d 118, 121 (Or. 1985), *Copier v. Smith & Wesson Corp.*, 138 F.3d 833 (10th Cir. 1998).

propósito de la doctrina de la responsabilidad por los productos defectuosos²⁹⁶⁴. Las consiguientes alegaciones de las víctimas de que la fabricación o venta de dichos productos podría ser elevada a la actividad anormalmente peligrosa han sido rechazadas rotundamente²⁹⁶⁵. En consecuencia, se consideró que peligro, más que con la fabricación o la venta, está relacionado con el inadecuado uso de mencionados productos por determinadas personas²⁹⁶⁶. Sin embargo, la calificación de anormalmente peligroso ha sido denegada también a éste último al apreciar que uso de dichos productos puede ser seguro siempre y cuando la persona que lo lleve a cabo emplee adecuadas medidas de precaución²⁹⁶⁷.

Fueron también numerosos casos en los que la aplicación de la responsabilidad objetiva de la antigua §520 de la *Restatement Second* fue rechazada al considerarse que el eventual daño dimanante de la actividad en cuestión es eliminable o reducible si la potencial víctima cumple con el estándar de diligencia exigible²⁹⁶⁸. Este fue, por ejemplo, el caso de almacenamiento de unas sustancias químicas²⁹⁶⁹, juego de paintball²⁹⁷⁰, transmisión de la electricidad²⁹⁷¹ y de los accidentes ocurridos en las vías ferroviarias o en las cruces con tales vías²⁹⁷².

²⁹⁶⁴ La n. h) de la §20, de la *Restatement*, *op. cit.*

²⁹⁶⁵ *Whitfield v. Heckler & Koch, Inc.*, 98 Cal. Rptr. 2d 820 (Ct. App. 2000); *Riordan v. International Armament Corp.*, 477 N.E.2d 1293 (Ill. App. Ct. 1985); *Hamilton v. Accu-tek*, 935 F. Supp. 1307 (E.D.N.Y. 1996).

²⁹⁶⁶ *Caveny v. Raven Arms Co.*, 665 F. Supp. 530 (S.D. Ohio 1987), *Copier v. Smith & Wesson Corp.*, 138 F.3d 833 (10th Cir. 1998).

²⁹⁶⁷ Véase para el uso del arma de fuego *Burkett v. Freedom Arms, Inc.*, 704 P.2d 118, 121 (Or. 1985), para el PCB *City of Bloomington v. Westinghouse Elec. Corp.*, 891 F.2d 611 (7th Cir. 1989), para el uso del gas propano *Travelers Ins. Co. v. Chrysler Corp.*, 845 F. Supp. 1122 (M.D.N.C. 1994), para las baterías de plomo *Thompson v. Mindis Metals, Inc.*, 692 So. 2d 805 (Ala. 1997), para gasolina *Walcott v. Total Petroleum, Inc.*, 964 P.2d 609 (Colo. Ct. App. 1998).

²⁹⁶⁸ Véase entre otras, *Indiana Harbor Belt R.R. v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990), *Mid Continent Cabinetry, Inc. v. George Koch Sons, Inc.*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 10644 (D. Kan. 1991), *Goldhirsch v. Majewski*, 87 F. Supp. 2d 272 (S.D.N.Y. 2000), *Taylor v. Hesser*, 991 P.2d 35 (Okla. Civ. App. 1998).

²⁹⁶⁹ *Sprinkle v. Bower Ammonia & Chem. Co.*, 824 F.2d 409 (5th Cir. 1987).

²⁹⁷⁰ *Mid Continent Cabinetry, Inc. v. George Koch Sons, Inc.*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 10644 (D. Kan. 1991), *Goldhirsch v. Majewski*, 87 F. Supp. 2d 272 (S.D.N.Y. 2000), y *Taylor v. Hesser*, 991 P.2d 35 (Okla. Civ. App. 1998).

²⁹⁷¹ La transmisión de la electricidad ha sido excluida de la aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas a base de varios fundamentos, la posibilidad de eliminación o reducción de riesgo a través de ejercicio de diligencia debida por parte de la víctima siendo sólo uno de ellos. Así *Voelker v. Delmarva Power & Light Co.*, 727 F. Supp. 991, 995 (D. Md. 1989), *Kent v. Gulf States Util. Co.*, 418 So. 2d 493, 499 n.8 (La. 1982) y *Wirth v. Mayrath Indus., Inc.*, 278 N.W.2d 789 (N.D. 1979). Véase también *Kentucky Util. Co. v. Auto Crane Co.*, 674 S.W.2d 15 (Ky. Ct. App. 1983) donde, en cambio, énfasis fue puesto en el valor social de la actividad, siendo éste factor excluyente, o *Hernandez v. George E. Failing Co.*, 624 P.2d 749 (Wash. Ct. App. 1981), la responsabilidad objetiva no aplica por lo que la transmisión de la electricidad constituye el uso común.

²⁹⁷² *Warner v. Norfolk & W. Ry.*, 758 F. Supp. 370 (W.D. Va. 1991) y *Raymond v. Southern Pac. Co.*, 488

Y finalmente, algunas actividades han sido consideradas anormalmente peligrosas debido a que el elevado riesgo que conllevan no es reducible ni eliminable a través del ejercicio de la diligencia debida: perforación de pilotes²⁹⁷³, emisiones radioactivas²⁹⁷⁴, recogida de residuos de mercurio²⁹⁷⁵, la quema de campos²⁹⁷⁶ y fumigación²⁹⁷⁷. A este efecto, se afirmó que, según la jurisprudencia que aplica la regulación del *Restatement Second of Tort* en materia de la que se trata, la imposibilidad de eliminar el riesgo a través de ejercicio de la diligencia debida fue elevada al factor especialmente indispensable para la designación de una actividad como anormalmente peligrosa, en el que las opiniones judiciales encontraron su fundamento principal²⁹⁷⁸.

2.2.4 Uso común como un factor que previene la actividad como susceptible de ser considerada como “anormalmente peligrosa”.

El riesgo muy elevado de producción del daño inherente en una actividad llevada a cabo por el demandado, previsible e irreducible a través del ejercicio de diligencia debida por parte de todos los actores, no será suficiente para clasificar ésta como anormalmente peligrosa si tal actividad a la vez es de uso común²⁹⁷⁹. A tal efecto, la actividad será de uso común si es llevada a cabo por una gran fracción de la sociedad o cuando, a pesar de estar desarrollada por un número limitado de actores beneficia, o está distribuida, entre una parte representativa o relevante de la comunidad. En el primer caso, la excepción de la imposición de la responsabilidad objetiva se fundamenta en el llamado principio de reciprocidad, según el cual los riesgos creados sin que medie la negligencia de nadie se justifican a medida que éstos están impuestos por muchos sobre muchos²⁹⁸⁰. El típico ejemplo a que se suele apuntar en estos casos, de la actividad

P.2d 460 (Or. 1971).

²⁹⁷³ *Sachs v. Chait*, 162 N.W.2d 243 (Minn. 1968).

²⁹⁷⁴ *Bennett v. Mallinckrodt, Inc.*, 698 S.W.2d 854 (Mo. Ct. App. 1985).

²⁹⁷⁵ *State v. Ventron Corp.*, 468 A.2d 150 (N.J. 1983).

²⁹⁷⁶ *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255 (Or. 1982).

²⁹⁷⁷ *Langan v. Valicopters, Inc.*, 567 P.2d 218 (Wash. 1977).

²⁹⁷⁸ Para el resumen de los casos *Cf* Gerald W. BOSTON, “Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier”, *SAN DIEGO L. REV.*, 1999, núm. 36, pág. 622 y Joseph H. KING, Jr., “A Goals-Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities”, *BAYLOR L. REV.*, 1996, núm. 48, pág. 365 n.131.

²⁹⁷⁹ Subs.2 let. b) de la §20, de la *Restatement Third*, *op. cit.*

²⁹⁸⁰ Así George P. FLETCHER, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harv. L. Rev.*, 1972, núm. 85, pp. 537- 573. Véase también Kenneth SIMSON, según quien del dicho principio de reciprocidad deriva otro de los ratios para la imposición de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en el que se basa la regulación de la *Restatement Third*, siendo éste la idea de que elevado riesgo

exenta de la aplicación de la cláusula a título de uso común con fundamento en el principio de reciprocidad, es el uso de los vehículos de motor²⁹⁸¹.

A este efecto se afirmó que si el uso común se limitase solamente a las actividades llevadas a cabo por una gran fracción de la sociedad este concepto sería demasiado limitado, por lo que aparte del uso de los vehículos de motor no está claro cuáles de las actividades se verían cubiertas por tal exclusión²⁹⁸². La versión limitada del uso común fue aceptada por la jurisprudencia del estado de Washington en *Klein v. Pyrodyne Corp.*²⁹⁸³ en el que el tribunal consideró que el uso de los fuegos artificiales constituye una actividad anormalmente peligrosa debido a que mientras son muchas personas que disfrutan de fuegos artificiales son pocas personas las que están a cargo de ellos. La decisión en *Klein* ha sido rechazada, sin embargo, en varias ocasiones²⁹⁸⁴.

El segundo caso, el de las actividades llevadas a cabo por pocos pero distribuidas entre muchos, se suele explicar a base de las operaciones de transmisión de electricidad a través de cables, o de distribución de gas mediante redes de suministro²⁹⁸⁵.

Y finalmente, el concepto del uso común se ve extendido a este tipo de actividades que, aunque no omnipresentes en la sociedad, se consideran comunes o habituales dentro de una determinada comunidad. Se parte en este punto de la idea que el Derecho debería respetar actitudes públicas que con el paso de tiempo se vuelven permisivas de unas actividades que, de inusuales o extraordinarias y nuevas en una comunidad, se convirtieron finalmente en habituales y tradicionales, a pesar del riesgo que presentan en sí. Si una actividad está considerada en determinada comunidad como

inherente en la actividad de la que se trata debe ser no recíproco, Kenneth SIMONS, “The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, *op. cit.*, pp. 1361-1363. Vide también el texto que acompaña la n. 8. Para la crítica de la ratio del riesgo no recíproco véase, sin embargo, Garry SCHWARTZ, “The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability”, *Ga L. Rev.*, núm. 15, (1981), pp. 963, 977-986 y Guido CALABRESI/Jon T. HIRSCHOFF, “Towards a Test for Strict Liability in Torts”, *Yale L. J.*, núm. 81, 1972, pp. 1055, 1078-1082.

²⁹⁸¹ Véase el com. j) a la §20 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 238 y la n. al com. j) a la misma secc., pág. 257.

²⁹⁸² N. al com. j) de la §20, de la *Restatement Third*, *op. cit.* pág. 257.

²⁹⁸³ 810 P.2d 917 (Wash. 1991).

²⁹⁸⁴ Véase *Ramsey v. Marutamaya Ogatsu Fireworks Co.*, 140 Cal. Rptr. 247 (Ct. App. 1977) en el que fuegos artificiales fueron considerados de uso común en determinadas ocasiones. *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998) no muchas personas se hacen cargo de fuegos artificiales, pero muchas personas los ven.

²⁹⁸⁵ Véase el com. j) a la § 20 de la *Restatement Third*, *cit.* El enfoque más amplio del uso común parece haber sido aceptado en *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255 (Or. 1982), en virtud del cual una actividad es de uso común si se lleva a cabo por muchas personas, o si ésta constituye una extendida y aceptada práctica, o si la desarrollan casi todos o casi todos esperan que alguien la desarrolle para ellos. *Ibidem*, en 1263.

normal, difícilmente se la puede catalogar como anormalmente peligrosa²⁹⁸⁶. A este efecto, la localización en la que se lleva a cabo la actividad en cuestión puede convertirse en un factor relevante, puesto que, por ejemplo, en una árida comunidad rural puede ser común entre los agricultores acumular agua en las infraestructuras de regadío, mientras en las comunidades en las que llueve con frecuencia no lo será²⁹⁸⁷.

El factor “inadecuación de la actividad al lugar en el que ésta se lleva a cabo” ha sido introducido por primera vez en el *Restatement Second of Tort* junto con el otro “medida en la que el valor de la actividad para la comunidad se ve compensado por sus atributos peligrosos”²⁹⁸⁸. Nueva versión de la cláusula general de la responsabilidad objetiva prevista en la §20 prescinde de ambos criterios²⁹⁸⁹, siendo la localidad en la que

²⁹⁸⁶ com. j) a la § 20 de la *Restatement Third*, cit. A favor de este enfoque también Clayton P. GILLETTE/James E. KRIER, “Risk, Courts, and Agencies”, *U. PA. L. REV.*, 1990, núm. 138, pp. 1027- 1109 y Richard H. PILDES/ Cass R. SUNSTEIN, “Reinventing the Regulatory State”, *U. CHI. L. REV.* 1995, núm. 62, pp. 1-129.

²⁹⁸⁷ com. k) a la § 20 de la *Restatement Third*, cit.

²⁹⁸⁸ La antigua §520 de la *Restatement Second* establecía lo siguiente:

“Para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa, siguientes factores deben estar tenidos en cuenta:

- (a) la existencia de un alto grado de riesgo de algún daño a la persona, tierra o al ganado de los demás;
- (b) la probabilidad de que el daño que resulta de él será grande;
- (c) la incapacidad de eliminar el riesgo a través de ejercicio de la diligencia debida;
- (d) medida en la que la actividad no es una cuestión de uso común;
- (e) inadecuación de la actividad al lugar en el que ésta se lleva a cabo, y
- (f) medida en la que su valor para la comunidad se ve compensado por sus atributos peligrosos.” (trad. propia).

²⁹⁸⁹ Para la evolución del factor “valor social” en los *Restatements* así como para el análisis jurisprudencial y doctrinal en favor y en contra de dicha condición consúltese la n. al com. k) de la §20 del *Restatement Third*. Para la crítica doctrinal de dicha condición cf Joseph H. KING, Jr., “A Goals-Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities”, *BAYLOR L. REV.*, 1996, núm. 48, pp. 341, 371-373, Richard A. EPSTEIN, *Torts*, Aspen Law & Business, Gaithersburg, 1999, pág. 350, sugiriendo que el factor social hace confundir la responsabilidad por culpa con la responsabilidad objetiva. En el mismo sentido Fowler V. HARPER/James JR. FLEMING/Oscar S. GRAY, *The Law of Torts*, 2d ed., Little, Brown and Company, Boston, 1986, pág. 214 y Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, op. cit., pág. 953. Otras críticas del factor “valor social” han sido recogidas en George P. FLETCHER, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *HARV. L. REV. op. cit.*, pág. 537, William K. JONES, “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, op. cit., pág. 1705 y Virginia E. NOLAN/ Edmund URSIN, “The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability”, *N.C. L. REV.* núm. 65, 1987, pág. 257, dividido al respecto el tratado de W. Page KEETON (ed.), *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, West, 1984, véase pp. 548-555. Para la revisión de las decisiones judiciales en la materia del “valor social”, vide Gerald W. BOSTON, “Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier”, op. cit., pp. 598, 662 y 667 quien concluye que del análisis de la jurisprudencia se desprende que dicho factor es en gran parte irrelevante para la imposición de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas. En siguientes decisiones valor social fue mencionado sin que se le atribuyese el mismo peso que “el riesgo inevitable” y “el uso común” *E.S. Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co.*, 912 F. Supp. 1476 (N.D. Ala. 1995) (transporte y entrega de unas peligrosas sustancias químicas); *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998) (fuegos artificiales); *Amcast Industrial Corp. v. Detrex Corp.*, 779 F. Supp. 1519 (N.D. Ind. 1991), aff'd, 2 F.3d 746 (7th Cir. 1993) (entrega de Tricloroetileno); *Ludwikoski v. Kurotsu*, 840 F. Supp. 826 (D. Kan. 1993) (golf); *Dudley v. Baltimore Gas & Elec. Co.*, 632 A.2d 492 (Md. Ct. Spec. App. 1993) (distribución del gas); *Diffenderfer v. Staner*, 722 A.2d 1103 (Pa. Super. Ct. 1998) (almacenamiento de pesticidas); *Crosby v. Cox Aircraft Co.*, 746 P.2d 1198 (Wash. 1987) (aviación); *Bennett v. Larsen Co.*, 348 N.W.2d 540 (Wis. 1984) (pulverización con pesticidas). Valor social

determinada actividad se lleva a cabo una “condición dependiente” a tener en cuenta a la hora de ponderar los factores independientes, como el “uso común”²⁹⁹⁰.

Siguientes casos fueron excluidos de la aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas con el fundamento en el uso común: sistemas municipales de agua²⁹⁹¹, eliminación del Tricloroetileno²⁹⁹², exposición de fuegos artificiales²⁹⁹³, fogatas²⁹⁹⁴, bombeo del Tricloroetileno de un tanque al otro²⁹⁹⁵, transmisión del gas natural²⁹⁹⁶, la perforación de un pozo de monitoreo²⁹⁹⁷, golf²⁹⁹⁸, los

ha sido considerado irrelevante en *Total Petroleum, Inc. v. United States*, 12 Cl. Ct. 178, 181 (1987), *Cities Serv. Co. v. State*, 312 So. 2d 799 (Fla. Dist. Ct. App. 1975), *Bunyak v. Clyde J. Yancy & Sons Dairy, Inc.*, 438 So. 2d 891 (Fla. Ct. App. 1983), *Bennett v. Mallinkrodt, Inc.*, 698 S.W.2d 854 (Mo. Ct. App. 1985), *Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267, 275 (Utah 1982), *Langan v. Valicopters, Inc.*, 567 P.2d 218 (Wash. 1977), *Klein v. Pyrodyne Corp.*, 810 P.2d 917 (Wash. 1991), *Koos v. Roth*, 652 P.2d 1255, 1261-62 (Or. 1982) per Linde, J. Solamente un número poco significativo de las decisiones reconoció la importancia del factor “valor social”, vide *Ramada Inns, Inc. v. Salt River Valley Water Users' Ass'n*, 523 P.2d 496 (Ariz. 1974), *Lamb v. Martin Marietta Energy Sys., Inc.*, 835 F. Supp. 959 (W.D. Ky. 1993), *Albig v. Municipal Auth.*, 502 A.2d 658 (Pa. Super. Ct. 1985), *In re Chicago Flood Litig.*, 680 N.E.2d 265 (Ill. 1997) y *Fortier v. Flambeau Plastics Co.*, 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991).

²⁹⁹⁰ Así com. k) a la §20 de la *Restatement*. Para la discusión sobre ambos factores véase n. al com. k) de la §20 de la *Restatement*. Sobre el factor “valor social” véase también el texto que acompaña las nn. 142-144. Sobre la postura de la jurisprudencia en la materia de la localidad véase Gerald W. BOSTON, “Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier”, *op. cit.* En los siguientes casos el factor “localidad” incidió sobre la clasificación de una actividad como anormalmente peligrosa *Dye v. Burdick*, 553 S.W.2d 833 (Ark. 1977) embalse no anormalmente peligroso, *Smith v. Lockheed Propulsion Co.*, 56 Cal. Rptr. 128 (Ct. App. 1967) el test de arranque del motor de avión, *Balding v. Stutsman*, 54 Cal. Rptr. 717 (Ct. App. 1966) explosión es anormalmente peligrosa, *Hagen v. Texaco Ref. & Mktg., Inc.*, 526 N.W.2d 531 (Iowa 1995) el control/supervisión de un pozo no es anormalmente peligroso/a, *New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co.*, 687 P.2d 212 (Wash. 1984) la transmisión subterránea del gas no es anormalmente peligrosa, *Ludwikowski v. Kurotsu*, 840 F. Supp. 826 (D. Kan. 1993), jugar el golf sobre los campos del golf no es anormalmente peligroso, *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 138 (Md. 1969), el uso de los contenedores subterráneos en las gasolineras es anormalmente peligroso cuando éstos están situados cerca de un manto acuífero utilizado por una familia, *Continental Building Corp. v. Union Oil Co.*, 504 N.E.2d 787 (Ill. App. Ct. 1987), almacenamiento de unas sustancias químicas en una zona residencial es anormalmente peligroso. La localidad en la que se lleva a cabo determinada actividad fue criticada como el factor que influye sobre la aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas en casos de explosiones. Véase, a este efecto, *Yukon Equip., Inc. v. Fireman's Fund Ins. Co.*, 585 P.2d 1206 (Alaska 1978), *Stockbridge Community Ass'n v. Star Enterprise*, 1992 WL 884453 (Va. Ct. App. 1992), *Correa v. Curbey*, 605 P.2d 458, 459 (Ariz. Ct. App. 1979) y *Parks Hiway Enterprises, LLC v. CEM Leasing, Inc.*, 995 P.2d 657, 665 n.35 (Alaska 2000) en los que se señaló que cada vez que el daño está causado por una explosión existe la presunción *iuris tantum* en favor de la aplicación de la responsabilidad objetiva. No está claro en cuales supuestos dicha presunción es rebatible.

²⁹⁹¹ *State Farm Fire & Cas. Co. v. Municipality of Anchorage*, 788 P.2d 726, 729 (Alaska 1990).

²⁹⁹² *Yslava v. Hughes Aircraft Co.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 17228 (D. Ariz. 1998).

²⁹⁹³ *Ramsey v. Marutamaya Ogatsu Fireworks Co.*, 140 Cal. Rptr. 247 (Ct. App. 1977), *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998).

²⁹⁹⁴ *King v. United States*, 53 F. Supp. 2d 1056 (D. Colo. 1999).

²⁹⁹⁵ *Amcast Ind. Corp. v. Detrex Corp.*, 779 F. Supp. 1519 (N.D. Ind. 1991), *aff'd*, 2 F.3d 746 (7th Cir. 1993).

²⁹⁹⁶ *Moore v. Sharp Gas Inc.*, 1992 WL 147930 (D. Del. 1992).

²⁹⁹⁷ *Hagen v. Texaco Ref. & Mktg., Inc.*, 526 N.W.2d 531 (Iowa 1995).

²⁹⁹⁸ *Ludwikowski v. Kurotsu*, 840 F. Supp. 826 (D. Kan. 1993).

pozos de gas²⁹⁹⁹, subterráneos tanques de almacenamiento de petróleo³⁰⁰⁰, la infección con el virus HIV a través de contacto sexual³⁰⁰¹, tratamiento de granos de Panogen³⁰⁰², ferrocarriles³⁰⁰³, uso de retroexcavadora rompe pavimento³⁰⁰⁴, transporte de unas sustancias químicas por una carretera principal³⁰⁰⁵, las bombas eléctricas de agua en el río³⁰⁰⁶, tanques de almacenamiento de gas³⁰⁰⁷, tuberías subterráneas de aguas habitualmente utilizadas para la protección contra incendios³⁰⁰⁸, aviación³⁰⁰⁹, líneas subterráneas de gas natural³⁰¹⁰ y pulverización de pesticidas³⁰¹¹.

Por otra parte, siguientes actividades fueron catalogadas como las de uso no común, dando lugar a la aplicación de la responsabilidad objetiva: el suministro de gas propano, el test de lanzar un grande motor de avión, el almacenamiento del gas natural en la propiedad del demandado³⁰¹², el transporte de grandes cantidades de gasolina en un camión³⁰¹³, fumigación de cultivos³⁰¹⁴, fuegos artificiales³⁰¹⁵ y situación de unos transformadores eléctricos que contienen el PCB en una zona densamente habitada³⁰¹⁶.

Finalmente, es de señalar que la jurisprudencia en la materia de uso común no es unánime. A modo de ejemplo, tal precepto fue especialmente y con mucha frecuencia debatido en casos de accidentes relacionados con el almacenamiento subterráneo de gasolina en los contenedores utilizados en las gasolineras. A este efecto, aunque la

²⁹⁹⁹ *Williams v. Amoco Prod. Co.*, 734 P.2d 1113 (Kan. 1987).

³⁰⁰⁰ *Hahn v. Chevron, U.S.A., Inc.*, 1995 WL 396213 (6th Cir. 1995).

³⁰⁰¹ *Doe v. Johnson*, 817 F. Supp. 1382, 1398 (W.D. Mich. 1993).

³⁰⁰² *First National Bank v. Nor-Am Agric. Prod., Inc.*, 537 P.2d 682, 687 (N.M. Ct. App. 1975).

³⁰⁰³ *Raymond v. Southern Pac. Co.*, 488 P.2d 460 (Or. 1971), *Warner v. Norfolk & W. Ry.*, 758 F. Supp. 370 (W.D. Va. 1991).

³⁰⁰⁴ *Painter v. Pennsylvania Elec. Co.*, 534 A.2d 110 (Pa. Super. Ct. 1987).

³⁰⁰⁵ *Toledo v. Van Waters & Rogers, Inc.*, 92 F. Supp. 2d 44, 56 (D.R.I. 2000).

³⁰⁰⁶ *Fleege v. Cimpl*, 305 N.W.2d 409 (S.D. 1981).

³⁰⁰⁷ *Arlington Forest Assoc. v. Exxon Corp.*, 774 F. Supp. 387 (E.D. Va. 1991).

³⁰⁰⁸ *Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle*, 491 P.2d 1037 (Wash. 1971).

³⁰⁰⁹ *Crosby v. Cox Aircraft Co.*, 746 P.2d 1198 (Wash. 1987).

³⁰¹⁰ *New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co.*, 687 P.2d 212 (Wash. 1984).

³⁰¹¹ *Bennett v. Larsen Co.*, 348 N.W.2d 540 (Wis. 1984).

³⁰¹² *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970).

³⁰¹³ *Siegler v. Kuhlman*, 502 P.2d 1181 (Wash. 1972).

³⁰¹⁴ *Langan v. Valicopters, Inc.*, 567 P.2d 218 (Wash. 1977).

³⁰¹⁵ *Klein v. Pyrodyne Corp.*, 810 P.2d 917 (Wash. 1991). En este sentido, la jurisdicción de Washington se adhiere a la versión estrecha del uso común. De acuerdo con esta, si bien es cierto que a los espectáculos de fuegos artificiales suele acudir un gran número de espectadores, sólo un número muy reducido de personas se ocupan de organizar este tipo de eventos. Como hemos visto tal argumentación ha sido rechazada en *Ramsey v. Marutamaya Ogatsu Fireworks Co.*, 140 Cal. Rptr. 247 (Ct. App. 1977) y *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998) que catalogan la exposición de fuegos artificiales entre las actividades de uso común.

³⁰¹⁶ *Ahrens v. Superior Ct.*, 243 Cal. Rptr. 420 (Ct. App. 1988) en el citado caso no era claro si la actividad mencionada con anterioridad constituía o no el uso común por lo que el tribunal declaró haber lugar al recurso.

mayoría de los tribunales declaró que tal almacenamiento no constituye una actividad anormalmente peligrosa³⁰¹⁷, basándose en el hecho de que tanto las gasolineras como el tipo de almacenamiento descrito con anterioridad es muy común en la sociedad norteamericana, varios tribunales han reconocido la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva en, por lo menos, varias particulares situaciones fácticas³⁰¹⁸. En este último caso, casi todas las decisiones han reconocido el carácter extraordinario de la actividad en cuestión con base en la localidad en la que ésta se llevaba a cabo. Para proporcionar algún ejemplo, se consideró como inusual el almacenamiento de la gasolina en una zona residencial³⁰¹⁹, o cercana al manto acuífero de uso común³⁰²⁰ o particular³⁰²¹.

En la doctrina norteamericana la exclusión “actividad de uso común” fue descrita como un catalizador que excluye de la aplicación de la responsabilidad objetiva actividades con un potencial y relativamente grande valor social³⁰²². En favor de dicha solución se suscitó también la idea de que las potenciales víctimas, al poder elegir qué tipo de actividades quieren llevar a cabo, están en una buena posición de protegerse contra las actividades de uso común en los que están involucrados los demandados³⁰²³. En el mismo sentido se pronunció la escuela del Análisis Económico del Derecho al afirmar que nuevas y todavía no comprobadas actividades justifican más la aplicación de la responsabilidad objetiva³⁰²⁴.

³⁰¹⁷ *Davis Bros., Inc. v. Thornton Oil Co.*, 12 F. Supp. 2d 1333 (M.D. Ga. 1998), *Dominick's Finer Foods, Inc. v. Amoco Oil Co.*, 1993 WL 524808 (M.D. Ill. 1993), *Hahn v. Chevron, U.S.A., Inc.*, 1995 WL 396213 (6th Cir. Ky. 1995), *Schwartzman, Inc. v. State*, 848 F. Supp. 942 (D.N.M. 1993), *Old Country Road Realty Corp. v. Exxon Corp.*, 645 N.Y.S.2d 186 (App. Div. 1996); *Hudson v. Peavey Oil Co.*, 566 P.2d 175 (Or. 1977), *Smith v. Weaver*, 665 A.2d 1215 (Pa. Super. Ct. 1995), *Walker Drug Co. v. La Sal Oil Co.*, 902 P.2d 1229 (Utah 1975), *Arlington Forest Assocs. v. Exxon Corp.*, 774 F. Supp. 387 (E.D. Va. 1991), *Grube v. Daun*, 570 N.W.2d 851 (Wis. 1997). Nótese, sin embargo, que en mayoría de los casos citados con anterioridad el “uso común” no fue el único fundamento a base del que los tribunales han excluido la aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas, siendo el otro la posibilidad de eliminar o reducir la peligrosidad de la actividad a través del ejercicio de la diligencia debida.

³⁰¹⁸ *Peters v. Amoco Oil Co.*, 57 F. Supp. 2d 1268 (M.D. Ala. 1999), *In re Tutu Wells Contamination Litig.*, 846 F. Supp. 1243 (D.V.I. 1993), *City of North Glenn v. Chevron U.S.A. Inc.*, 519 F. Supp. 515 (D. Colo. 1981), *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 139 (Md. 1969), *Curran v. Massachusetts Turnpike Auth.*, 1994 Mass. Super. LEXIS 546 (1994),

³⁰¹⁹ *City of North Glenn v. Chevron U.S.A. Inc.*, 519 F. Supp. 515 (D. Colo. 1981).

³⁰²⁰ Así *In re Tutu Wells Contamination Litig.*, 846 F. Supp. 1243 (D.V.I. 1993).

³⁰²¹ *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 139 (Md. 1969).

³⁰²² Mark GEISTFELD, “Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormally Dangerous Activities?”, *UCLA L. REV.*, 1998, núm. 45, pp. 611- 671. En el mismo sentido, § 828 de la *Restatement Second, Torts* com. f) al afirmar que “por lo general, las actividades usuales y reiteradas por usos sociales en una comunidad tienen un valor social relativamente mayor que los que no lo son...” (trad. propia).

³⁰²³ Kenneth S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, 3ª ed., Foundation Press, New York, New York, 2007, pág. 177.

³⁰²⁴ Así Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen, New York, 2007, pág. 180.

2.3 Causas de exoneración.

De acuerdo con los §§24 y 25 constituyen causas de exoneración de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas la concurrencia de la culpa de la víctima, así como la conducta de un tercero, ésta última, sin embargo, sólo en supuestos muy limitados, como veremos más adelante. En cambio, no exonera de la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas, según el *Restatement Third*, la fuerza mayor por lo que adversas circunstancias atmosféricas, tal y como establece dicha sección, raramente pueden ser imprevisibles³⁰²⁵.

En cuanto a la concurrencia de la culpa de la víctima, la regulación de la §25 del *Restatement Third*, constituye una novedad respecto a sus dos antecedentes. Así, tanto el *Restatement First*, como el *Restatement Second of Tort*, si ya preveían la concurrencia de la culpa de la víctima como causa de exoneración de la responsabilidad objetiva, la admitían en forma del llamado principio “del todo o el nada” (*all or nothing principle*) o culpa concurrente (*contributory negligence*). Esta última, aparte de ser construida únicamente como causa de exoneración total, no aplicaba en la mayoría de los casos bajo la teoría de la responsabilidad objetiva³⁰²⁶. Con eso se quiere decir que en virtud de los *Restatement First* y *Second* sólo determinadas formas muy graves de la culpa concurrente han sido considerados como causas de exoneración total³⁰²⁷, mientras el concepto de la culpa concurrente no permitía la reducción parcial de la indemnización. De ahí, la conducta de la víctima podía incidir en la producción del daño de forma exclusiva, exonerando al demandado de la responsabilidad objetiva totalmente. En caso contrario, ésta no influía en la cantidad de la indemnización obtenida de ninguna manera³⁰²⁸. El *Restatement Third* en la §25 introduce, lo que a modo de coherencia con el *Restatement Third, Products Liability*³⁰²⁹ y el *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability*³⁰³⁰, se denominó como la responsabilidad comparativa

³⁰²⁵ Com. b) a la §24 del *Restatement Third*.

³⁰²⁶ Com. c) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 337.

³⁰²⁷ *Ibidem*

³⁰²⁸ Com. c) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 337-338.

³⁰²⁹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Products Liability*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D. C., on May 20, 1997, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1998.

³⁰³⁰ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Torts. Apportionment of Liability*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at San Francisco, California, May 18, 1999, St.

(*comparative responsibility*)³⁰³¹. En consecuencia, la distribución de la responsabilidad en virtud de la §25 toma forma de una evaluación *ad hoc* de los hechos en cada caso concreto, siendo como tal confiada al jurado³⁰³². A este efecto se señaló, que mientras el término “responsabilidad comparativa” es de uso común, “asignación de la participación en la responsabilidad” (*assigning shares of responsibility*) podría ser una expresión más adecuada por lo que ésta sugiere que el que valora los hechos, después de tener en consideración factores relevantes, asigna participación en la responsabilidad más que compara inconmensurables cantidades³⁰³³. Así, en virtud de la “responsabilidad comparativa”, en su forma pura³⁰³⁴, la víctima que de forma negligente contribuye en la producción del daño sufre una reducción en la indemnización, sin que el demandado esté totalmente exonerado de la responsabilidad³⁰³⁵.

Y finalmente, con el propósito de la §25 del *Restatement Third*, todas formas de la conducta de la víctima se consideran sujetas al proceso de “comparación de responsabilidades”, incluida la asunción del riesgo³⁰³⁶.

Sea cual sea la finalidad de dicha regulación, el logro de justicia o el de facilitar incentivos para unas conductas más seguras a ambas partes, o la combinación de ambos, se consideró que el reconocimiento de la responsabilidad comparativa constituye un instrumento más sensible que la anterior práctica de la culpa concurrente, normalmente irrelevante en casos de reclamaciones fundadas en la responsabilidad objetiva. La regulación prevista en el *Restatement Third* elimina también la necesidad a la que recurrieron ambos *Restatement, First y Second*, de distinguir entre varias formas de la culpa concurrente con el propósito de determinar si existen concretos supuestos de falta de diligencia de parte de la víctima que pudiesen exonerar al demandado de la

Paul, Minnesota, American Law Institute, 2000.

³⁰³¹ Com. c) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 337.

³⁰³² Com. d) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 338.

³⁰³³ Así Com. a) a la §8 del *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* y com. d) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 338.

³⁰³⁴ Dentro de la categoría responsabilidad comparada se distingue entre dos formas de ésta: pura y modificada. La primera conduce a una reducción en una escala del 0% al 100%, mientras la segunda implica la existencia de un umbral del 50%. Para más detalles sobre ambos tipos de la responsabilidad comparativa, vide n. al com. d) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pp. 343-344. Véase también el com. 3 al art. 8:101 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 180-181, que mantienen una regulación parecida, difiriendo, por su parte, en la terminología. Después de unas detenidas discusiones el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW decidió adoptar para dicha causa de exoneración denominación “conducta o actividad concurrente de la víctima”.

³⁰³⁵ Com. c) a la §25 del *Restatement Third*, *op. cit.*, pág. 337.

³⁰³⁶ Véase com. e) a la §25 del *Restatement Third*, pág. 339. No es así según los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil que incluyen asunción de riesgo entre las causas de justificación [art. 7:101.1 d)].

responsabilidad completamente³⁰³⁷.

Desde la publicación del *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* la asunción del riesgo desaparece como una afirmativa causa de exoneración en el Derecho de daños³⁰³⁸. Sin embargo, el *Restatement Third* en su §24 reconoce que existen determinadas conductas que, si incluso a la primera vista dan apariencia de asunción del riesgo, en realidad se refieren a otras doctrinas que dan lugar a limitaciones de la responsabilidad del causante del daño. Así las cosas, la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas no aplicará en los supuestos de que 1) una persona sufre un daño físico o emocional en consecuencia de establecer contacto o aproximarse a la actividad anormalmente peligrosa con el propósito de garantizar de aquella conducta o aproximación cualquier beneficio [§24 (a)]³⁰³⁹,

Estarán excluidos del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas, sin constituir causa de exoneración, los supuestos en los que el causante del daño lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa para la consecución de una obligación impuesta por la ley [§24 (b)].

En cuanto a la conducta negligente de un tercero como una eventual causa de exoneración, el causante del daño se verá exonerado de la responsabilidad objetiva solamente en los supuestos de los daños derivados de las actividades anormalmente peligrosas si éstos han sido causados por un acto doloso de un tercero, o por un acto de un tercero que privó al demandado del control de la actividad de forma dolosa³⁰⁴⁰.

2.4 La “explosión” como ejemplo típico de una actividad anormalmente peligrosa.

Las explosiones fueron los únicos supuestos en los que los tribunales norteamericanos imponían la responsabilidad objetiva incluso antes de la recepción en los Estados Unidos de *Rylands v. Fletcher*³⁰⁴¹. Hoy en día ésta actividad está considerada como caso emblemático de la aplicación de la responsabilidad objetiva por

³⁰³⁷ Com. c) a la §25 del *Restatement Third, op. cit.*, pág. 337.

³⁰³⁸ Com. a) a la §24 del *Restatement Third, op. cit.*, pág. 328.

³⁰³⁹ Para más detalles véase com. a) a la §24 del *Restatement Third, op. cit.*, pp. 328-334.

³⁰⁴⁰ *Restatement Third, cit.*, §24 b).

³⁰⁴¹ William K. JONES, “Strict liability for hazardous enterprise”, *op. cit.*, núm. 92, pág. 1709.

las actividades anormalmente peligrosas³⁰⁴². Aplicada principalmente a los daños causados por los escombros provenientes de una explosión, actualmente la responsabilidad objetiva ha sido extendida también a los daños causados por las vibraciones y conmociones³⁰⁴³. Así las cosas, siguientes motivos hacen configurar explosiones como casos emblemáticos de una actividad anormalmente peligrosa:

1. El causante del daño elige desarrollar la actividad para sus propios beneficios y es casi ciertamente consciente de todos los riesgos que dicha actividad conlleva.
2. Es muy probable que una explosión, mediante escombros o conmoción, cause el daño a pesar de estar empleada en su desarrollo toda la diligencia exigible.
3. Debido a que explosiones siguen siendo peligrosas incluso si se emplee todo el cuidado debido en su desarrollo, pertenecen al grupo de las actividades cuya peligrosidad es inevitable o inherente.
4. En caso de explosiones se ve perfectamente cumplido el requisito de la causalidad exclusiva, por lo que en la causalidad del daño de ellas dimanante normalmente no intervienen otras causas, como conducta de la víctima o de un tercero. Normalmente en dichos supuestos se trata con una víctima pasiva, o, dicho de otra manera, con una tercera parte no involucrada que se ve relacionada con la explosión únicamente a través del hecho que le pertenece una propiedad en la vecindad, en la que sufre el daño.
5. La aplicación de la responsabilidad objetiva en los supuestos de explosiones no depende del hecho que el demandado se encuentra en la mejor posición para alocar o distribuir el riesgo del daño. De hecho, el causante del daño puede ser una empresa pequeña, el daño sufrido en la propiedad de la víctima puede no exceder lo moderado, así como el demandante como propietario puede estar asegurado de los riesgos que implica el daño.
6. Y finalmente, la aplicación de la responsabilidad objetiva en dichos casos no tiene ningún fundamento en la utilidad de la actividad en cuestión. A pesar de que explosiones parecen ser la mejor forma de “limpiar” la tierra, la

³⁰⁴² Com. e) a la §20 del *Restatement Third, op. cit.*, pág. 233

³⁰⁴³ *Ibidem.*

imposición de la responsabilidad objetiva a dichos supuestos es perfectamente procedente³⁰⁴⁴.

³⁰⁴⁴ Com. e) a la §20 del *Restatement Third, op, cit.*, pp. 233-234.

CAPÍTULO VI. PARTE EN INGLÉS. (TESIS INTERNACIONAL). ORIGINS OF STRICT LIABILITY FOR ABNORMALLY DANGEROUS ACTIVITIES IN THE UNITED STATES. *RYLANDS V. FLETCHER* AND ITS IMPACT.

Whatever then emerges will be a synthesis, a merging of the different national rivers, not an inundation. Common lawyers have proved at least as good as other European lawyers elsewhere in interpreting and applying European principles where they have already developed... Endless reiteration of hostility to such moves is likely only to be counter-productive.

(Lord Mance)³⁰⁴⁵

I. INTRODUCTION.

According to the historical interpretation of American Tort Law, the 19th century and the beginning of the 20th are dominated by fault liability, the latter having had its ground in the pro-industrial doctrine of *laissez-fair*. The birth and the following popularization of strict liability for abnormally dangerous activities in the United States, and, as a consequence of it, formulation of the general clause set up in § 20 of the *Restatement of Law, Third, Torts*³⁰⁴⁶ is considered almost unanimously as related to the reception of the well-known *Rylands v. Fletcher*³⁰⁴⁷. Although the decision was adopted in Great Britain

³⁰⁴⁵ J MANCE, “Is Europe Aiming to Civilise the Common Law?”; *European Business Law Review*, núm.18, pág. 99.

³⁰⁴⁶ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010).

³⁰⁴⁷ See Com. to the § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles), Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, Yale L. R. nrº. 110, November 2000, p. 333, William K. JONES, “Strict liability for Hazardous Enterprise”, *Colum. L.Rev.* núm. 92, p. 1709. For the precedent see *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex. 265, 279-80 (Ex.Ch.1866); *Rylands v. Fletcher*, 3 L.R.-E. & I. App. 330, 338-39 (H.L. 1868). For the precedents that refer expressively to *Rylands v. Fletcher*, associating it with the rule established in the *Restatement Second of Torts*, see *Harper v. Regency Dev. Co.*, 399 So. 2d 248 (Ala. 1981); *Williams v. Amoco Prod. Co.*, 734 P.2d 1113 (Kan. 1987); *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 138 (Md. Ct. App. 1969); *Clark-Aiken Co. v. Cromwell-Wright Co.*, 323 N.E.2d 876 (Mass. 1975); *Clay v. Missouri Highway & Transp. Comm'n*, 951

as early as in the 60s of the 19th century (1868), its reception on the New Continent, according to the American traditional legal doctrine, didn't take place until the middle of the 20th century. This interpretation is the opinion of the majority of American scholars³⁰⁴⁸. There are some voices, however, that point out the first set of precedent's rejections was nothing more than an instrument in the hands of those of the *époque* who, clearly against strict liability, in order to subsidize emerging industry manipulated facts using them as a strong argument in favor of the historical domination of fault principle³⁰⁴⁹. In between supporters of negligence theory, however, one could find also those who didn't fear to recognize at least some areas of strict liability. The most significant is Oliver Wendell HOLMES, a prominent member of the American Judiciary, who as early as 1873 acknowledged imposition of strict liability in cases of *extra-hazardous employments*, as recognized in *Rylands v. Fletcher*³⁰⁵⁰. Fruit of a long evolution, the rule embodied in § 20 of the *Restatement Third of Law, Torts* has its antecedents in *the Restatement First* (§519-520) and *Second of Law* (also §519-520). The original denomination "ultra-hazardous activities" used by the former, and afterwards substituted in the *Restatement Second of Tort* by "abnormally dangerous activities", has a clear connection with the formulation of the rule elaborated in his time by Oliver Wendell HOLMES³⁰⁵¹.

There seems to be no agreement in the jurisprudence as to the problem if the term "abnormally dangerous activities" substitutes the one of "ultra-hazardous activities"³⁰⁵². Although the interchangeable application of the terms seems to be much more frequent

S.W.2d 617, 623 (Mo. Ct. App. 1997) (Restatement reflects restricted version of *Rylands*); *Valentine v. Pioneer Chlor Alkali Co.*, 864 P.2d 295 (Nev. 1993); *State v. Ventron Corp.*, 468 A.2d 150 (N.J. 1983); *McLane v. Northwest Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635 (Or. 1970); *Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267, 273 (Utah 1982) (*Rylands* "extended" by the *Second Restatement*); *Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle*, 491 P.2d 1037 (Wash. 1971); *Evans v. Mutual Mining*, 485 S.E.2d 695, 700 (W. Va. 1997) (*Rylands* "articulated" in *Second Restatement*); *Wheatland Irrigation Dist. v. McGuire*, 537 P.2d 1128, 1137 (Wyo. 1975) (*Restatement* "contracted" *Rylands*).

³⁰⁴⁸ Cf in between others Lawrence Meir FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, New York, 1973, p. 409-427, Morton HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, p. 85-108, Bernard SCHWARTZ, *The Law in America: An Intellectual History*, Oxford University Press, New York, 1980, p. 3-19, Richard EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 6^a ed., Aspen Law & Business, New York, 1995, p. 134-136.

³⁰⁴⁹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* nr° 110, November 2000, p. 333.

³⁰⁵⁰ Oliver Wendell HOLMES, "The Theory of Torts", *Am. L. Rev.*, nr°. 7, 1873, p. 653.

³⁰⁵¹ See the Reporters Note to the com. d. in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *op. cit.*

³⁰⁵² On the topic see 57A Am Jur. 2d Negligence §387.

between the courts³⁰⁵³ and the difference in nomenclature declared of no importance³⁰⁵⁴, it was also acknowledged in certain occasions that the distinction between one term and the other should be certainly made³⁰⁵⁵. It was observed, for example, that the abnormally dangerous standard, which implicates strict liability only after application of a balancing test, enlarges the circumstances under which the rule of strict liability will apply³⁰⁵⁶.

In between those decisions that gave rise to the previously mentioned rejection of the rule contained in *Rylands v. Fletcher* in the United States, the most frequently mentioned is *Losee v. Buchanan*, pronounced in the year 1876³⁰⁵⁷. According to the facts proved in the case, the explosion of a steam boiler, used by the defendant in the paper production process, resulted in it being catapulted on to the plaintiff's premises, causing damage to several buildings on his property. Deeply rooted in what years later was to be called "the social contract philosophy"³⁰⁵⁸, *Losee v. Buchanan* put ground for the negative to accept *Rylands v. Fletcher*, recently implemented in Great Britain, in the following words:

³⁰⁵³ See *Anderson v. Nashua Corp.*, 519 N.W.2d 275 (Neb. 1994): "Abnormally dangerous activity as referred to in Restatement Second, Torts §§ 519 and 520 is recognized to be the same as what was previously referred to as "ultrahazardous activity" in Restatement, Torts §§ 519 and 520. *Apodaca v. AAA Gas Co.*, 134 N.M. 77, 2003 -NMCA- 085, 73 P.3d 215 (Ct. App. 2003), cert. granted, 133 N.M. 771, 70 P.3d 761 (2003). For precedences which have used the terms interchangeable, see *Green v. Ensign-Bickford Co.*, 25 Conn. App. 479, 595 A.2d 1383 (1991); *In re Chicago Flood Litigation*, 176 Ill. 2d 179, 223 Ill. Dec. 532, 680 N.E.2d 265 (1997); *Dow Chemical Co. v. Ebling*, 723 N.E.2d 881 (Ind. Ct. App. 2000), transfer granted, opinion vacated, *IN RAP 58(A)*, 741 N.E.2d 1249 (Ind. 2000) and aff'd in part, vacated in part on other grounds, 753 N.E.2d 633 (Ind. 2001); *Inland Steel v. Pequignot*, 608 N.E.2d 1378 (Ind. Ct. App. 4th Dist. 1993); *Binieck v. Exxon Mobil Corp.*, 358 N.J. Super. 587, 818 A.2d 330 (Law Div. 2002); *Apodaca v. AAA Gas Co.*, 134 N.M. 77, 2003 -NMCA- 085, 73 P.3d 215 (Ct. App. 2003), cert. granted, 133 N.M. 771, 70 P.3d 761 (2003); *Searle v. Suburban Propane Div. of Quantum Chemical Corp.*, 263 A.D.2d 335, 700 N.Y.S.2d 588 (3d Dep't 2000). For those that used the term "ultrahazardous activity" while referring to the abnormally-dangerous doctrine or analysis as set out in the Restatement Second, Torts see *Edwards v. Post Transportation Co.*, 228 Cal. App. 3d 980, 279 Cal. Rptr. 231 (4th Dist. 1991); *Walcott v. Total Petroleum, Inc.*, 964 P.2d 609 (Colo. Ct. App. 1998); *Green v. Ensign-Bickford Co.*, 25 Conn. App. 479, 595 A.2d 1383 (1991); *Old Island Fumigation, Inc. v. Barbee*, 604 So. 2d 1246 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1992); *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 297 Ill. App. 3d 945, 232 Ill. Dec. 60, 697 N.E.2d 802 (1st Dist. 1998); *Dow Chemical Co. v. Ebling*, 723 N.E.2d 881 (Ind. Ct. App. 2000), transfer granted, opinion vacated, *IN RAP 58(A)*, 741 N.E.2d 1249 (Ind. 2000) and aff'd in part, vacated in part on other grounds, 753 N.E.2d 633 (Ind. 2001); *Binieck v. Exxon Mobil Corp.*, 358 N.J. Super. 587, 818 A.2d 330 (Law Div. 2002); *Searle v. Suburban Propane Div. of Quantum Chemical Corp.*, 263 A.D.2d 335, 700 N.Y.S.2d 588 (3d Dep't 2000); *Taylor v. Hesser*, 1998 OK CIV APP 151, 991 P.2d 35 (Div. 3 1998); *Taylor v. Hesser*, 1998 OK CIV APP 151, 991 P.2d 35 (Div. 3 1998).

³⁰⁵⁴ *Erbrich Products Co., Inc. v. Wills*, 509 N.E.2d 850 (Ind. Ct. App. 1st Dist. 1987).

³⁰⁵⁵ *Saiz v. Belen School Dist.*, 113 N.M. 387, 827 P.2d 102, 73 Ed. Law Rep. 834 (1992).

³⁰⁵⁶ *Yommer v. McKenzie*, 255 Md. 220, 257 A.2d 138 (1969).

³⁰⁵⁷ *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873).

³⁰⁵⁸ According to the latter, all individuals have to sacrifice their rights and security for the common good of the economical growth. Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* nrº. 110, November 2000, p. 339.

*By becoming a member of civilized society, I am compelled to give up many of my natural rights, but I receive more than a compensation from the surrender by every other man of the same rights, and the security, advantage and protection which the laws give me. So, too, the general rules that I may have the exclusive and undisturbed use and possession of my real estate, and that I must so use my real estate as not to injure my neighbor, are much modified by the exigencies of the social state. We must have factories, machinery, dams, canals and railroads. They are demanded by the manifold wants of mankind, and lay at the basis of all our civilization. If I have any of these upon my lands, and they are not a nuisance and are not so managed as to become such, I am not responsible for any damage they accidentally and unavoidably do my neighbor. He receives his compensation for such damage by the general good, in which he shares, and the right which he has to place the same things upon his land. I may not place or keep a nuisance upon my land to the damage of my neighbor, and I have my compensation for the surrender of this right to use my own as I will by the similar restriction imposed upon my neighbor for my benefit. I hold my property subject to the risk that it may be unavoidably or accidentally injured by those who live near me; and as I move about upon the public highways and in all places where other persons may lawfully be, I take the risk of being accidentally injured in my person by them without fault on their part. Most of the rights of property, as well as of person, in the social state, are not absolute but relative, and they must be so arranged and modified, not unnecessarily infringing upon natural rights, as upon the whole to promote the general welfare*³⁰⁵⁹.

In this way, precedent confirmed the rule of negligence, existing in the American jurisprudence before *Rylands v. Fletcher* was decided in Great Britain. Prior to *Losee v. Buchanan*, American Courts had been imposing strict liability only in cases of injuries caused by explosives³⁰⁶⁰.

The majority of the American States, since the end of the nineteenth century till the beginning of the XX (1980-1910), accepted in one or the other *Rylands v. Fletcher*. On this background, a part of American States pronounced itself in favor of the precedent, others, using the rule from *Rylands v. Fletcher*, introduced strict liability for abnormally dangerous activities without making any expressive reference to the precedent, five of the States stayed undecided, and finally only three of them, during the period mentioned above, were persistently rejecting its application³⁰⁶¹. Those were

³⁰⁵⁹ *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873), 484-485.

³⁰⁶⁰ William K. JONES, "Strict liability for Hazardous Enterprise", *Colum. L.Rev.* núm. 92, p. 1709.

³⁰⁶¹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* nrº. 110, November 2000, p. 333-335.

namely New York³⁰⁶², New Jersey³⁰⁶³ and New Hampshire³⁰⁶⁴³⁰⁶⁵.

As to, first, the strong negative to adopt the formula of the precedent in the three States mentioned above, and second, the wrong perception of the legal doctrine of the past two centuries on the rejection of *Rylands v. Fletcher* in the rest of American States, several interpretations might be given. In reference to the first of the problems, it is quite feasible that the strong New York's opposition to *Rylands v. Fletcher* could have had its origin in the fact that when the precedent has been decided, the New York's jurisprudence was enjoying already its own regulation on the matter. In other words, strict liability for damage caused by dangerous activities had been introduced in determined cases prior to *Rylands v. Fletcher*³⁰⁶⁶. Stricter and better elaborated in terms of its scope of application, the New York's regulation seemed probably more adequate than the ambiguous and broader formulation of the commented precedent³⁰⁶⁷.

As to original rejection of the precedent in the United States, legal scholars relate this erroneous perception to the publication of a prestigious, however incomplete study of William PROSSER. The latter revealed the acceptance of *Rylands v. Fletcher* by the States of Minnesota (1872)³⁰⁶⁸ and Massachusetts (1902)³⁰⁶⁹, which made PROSSER announce the end of the era of the supposed precedent's rejection. As a consequence, the final adoption date of *Rylands v. Fletcher* in the United States has been set by the legal doctrine for the middle of the XX century, date which coincides with the year of PROSSER's publication (1954), even though not only Massachusetts and Minnesota, but almost all the American States had accepted the precedent prior to that date³⁰⁷⁰.

³⁰⁶² With mentioned above *Losee v. Buchanan* 51 N.Y. 476 (1873), 484-485.

³⁰⁶³ In *Marshall v. Welwood*, 1876, 38 N.J.L. 339.

³⁰⁶⁴ *Brown v. Collins*, 1873, 53 N.H. 442.

³⁰⁶⁵ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, p. 340.

³⁰⁶⁶ See *Hay v. Cohoes Co.*, 2N.Y. 159 (1849), *Pixley v. Clark*, 35 N.Y. 520 (1866). Extension to the following cases of dangerous activities came including after New York opposed to *Fletcher v. Rylands* in the year 1873. Cf *St. Peter v. Denison*, 58 N.Y. 416 (1874), *Jutte v. Hughes*, 67 N.Y. 267 (1876), *Noonan v. City of Albany*, 79 N.Y. 470 (1880), *Heeg v. Licht*, 80 N. y. 579 (1880). There is to be pointed out one precedent which even cites precisely *Fletcher v. Rylands*, see *McCafferty v. Spuyten Duyvil & Port Morris R.R.*, 61 N.Y.178 (1874).

³⁰⁶⁷ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, p. 349-350.

³⁰⁶⁸ See *Cahill v. Eastman*, 18 Minn. 324, 334-37, 344-46 (1872).

³⁰⁶⁹ In Massachusetts the doctrine of *Rylands v. Fletcher* has been implemented for the first time by the learned Justice Oliver WENDELL HOLMES in *Davis v. Rich*, 62 N.E. 375, 377 (Mass. 1902); later on in *Ainsworth v. Lakin*, 62 N.E. 746 (Mass. 1902).

³⁰⁷⁰ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *op. cit.*, p. 340-341. For a detail exposition of first decisions implementing *Rylands v. Fletcher* rule in each of the American States see *ibidem*, p. 342-346. Between 1880- 1910 almost all the American States with exception of New Jersey, New York and Pennsylvania implemented the rule in their judicial systems.

2. ORIGINS OF STRICT LIABILITY FOR ABNORMALLY DANGEROUS ACTIVITIES IN THE UNITED STATES. RYLANDS V. FLETCHER AND ITS IMPACT.

2.1 *Rylands v. Fletcher* (1868)³⁰⁷¹

John Rylands was a successful entrepreneur³⁰⁷² who, in order to supply his mill with steam from extra water sources, employed independent constructors to build a reservoir. He did not know, however, that before, beneath the place he selected for the construction, existed a mine. Its abandoned passages were connecting with an adjoining active mine, leased by Thomas Fletcher³⁰⁷³. In 1860 water escaped from the reservoir through an inactive shaft, penetrating interconnected mines and forcing Fletcher to withdraw from his business permanently³⁰⁷⁴.

Fletcher proceeded only against Rylands. The case was originally referred to an arbitrator. During the process, however, the arbitrator sought the opinion of the *Court of*

³⁰⁷¹ See the reprint of the precedent in Edwin Tyrrell HULSTON and Francis Joseph COLTMAN, *English Reports, Full Reprint. (1220-1865)*, vol. 159- Exchequer, p. 737-748 hereinafter 159 Eng. Rep. 737. There is an abundant literature about the *Rylands v. Fletcher* reception in both, United Kingdom and United States, as well as about its later interpretation Cf Kumaralingam AMIRTHALINGAM, "Rylands Lives", *CLJ*, vol. 63, nr°2, June 2004, p. 273-276, Roderick BAGSHAW, "Rylands Confined", *LQR*, vol.120, July 2004, p. 388-392. Erskine BLACKBURN, "The Rule in *Rylands v. Fletcher*", *Can. Bar. J.*, nr°. 4, 1961, p. 39-50, Francis H. BOHLEN, "The Rule in *Rylands v. Fletcher*", *U. Pa. L.Rev.* nr° 59, 1911, p. 298-326, G.H.L. FRIEDMAN, "The Rise and Fall of *Rylands v. Fletcher*", *Can. Bar. Rev.* nr°. 34, 1956, p. 810-823, Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *Yale L. R.* nr° 110, November 2000, p..333-377, Robert Thomas MOLLOY, "*Fletcher v. Rylands*- A Reexamination of Juristic Origins", *U.Chi.L.Rev.* nr°. 9, 1941, p. 266-292, John MURPHY, "The Merits of *Rylands v. Fletcher*", *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, nr° 4, 2004, p.643-669, F. H. NEWARK, "Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*", *Mod.L.Rev.*, vol. 24, 1961, p. 557- 571, Donal P. NOLAN, "The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*", *LQR*, nr° 121, 2005, p. 421-451, Ken OLIPHANT, "*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability", in Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (ed.), *Tort and Insurance Law Year Book, European Tort Law 2004*, Springer, Wien New York, 2005, p. 81-120, William Lloyd PROSSER, "The Principle of *Rylands v. Fletcher*", in William Lloyd PROSSER, *Selected Topics on the Law of Torts: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 2,3,4,5 y 6 of 1953*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954, p. 159-177, A.W. Brian SIMPSON, "Legal Liability for Bursting Reservoirs: The Historical Context of *Rylands v. Fletcher*", *J. Legal Stud.* Nr° 13, (1984), p. 209- 264 and "Bursting Reservoirs and *Rylands and Horrocks v. Fletcher*", in A.W. Brian SIMPSON, *Leading Cases in the Common Law*, Clarendon Press, Oxford., 1996 p. 195-226, William Teulon Swam STALLYBRASS, "Dangerous Things and the Non-Natural User of Land", *CLJ* vol. 3, 1929, p. 376-397, Andrew J. WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *JEL*, vol. 18, nr° 3, 2006, p. 423-442, David W. WILLIAMS, "Non -Natural Use of the Land", *CLJ* vol. 32, 1973, p. 310-322, Cf also LAW COMMISSION NO.32, *Civil Liability for Dangerous Things and Activities*, 1970.

³⁰⁷² A.W. Brian SIMPSON, "Legal Liability for Bursting Reservoirs: The Historical Context of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 214-16; for the more recent version see A.W. Brian SIMPSON, "Bursting Reservoirs and *Rylands and Horrocks v. Fletcher*", *op. cit.*.

³⁰⁷³ *Rylands v. Fletcher*, 159 Eng. Rep. 737, 740 (Ex. 1865).

³⁰⁷⁴ A.W. Brian SIMPSON, "Legal Liability for Bursting Reservoirs: The Historical Context of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 241-242.

*Exchequer*³⁰⁷⁵. He found negligent independent contractors and not the defendant. The former, however, had not been sued by Fletcher. It was on this base that his doubt if the plaintiff was entitled to recover arose. The first instance court, after having analyzed if the three possibly proceeding in those instances Torts could apply (here trespass, negligence and nuisance), by a majority of 2 to 1, did not find for the plaintiff³⁰⁷⁶. The party in charge of the construction of the reservoir, contracted by Rylands was negligent, but the English Common Law rules binding at that time imposed liability on the employer only for the negligence of his employees. As a consequence, Rylands could not be held liable for the fault of the independent contractors³⁰⁷⁷. The reason why Fletcher didn't sue the contractors jointly with Rylands is unknown³⁰⁷⁸. The dissent from the court's decision mentioned above belongs to Baron BRAMWELL, who as the only one from the members of the court found for the plaintiff on the basis of both, trespass and nuisance, declaring no negligence needed to be prove in both of the cases³⁰⁷⁹.

The *Common Law*, as opposed to the Civil Law, recognizes different types of so called Torts. Negligence, trespass and nuisance³⁰⁸⁰ are only some of them.

In 1891 the *American and British Encyclopedia of Law* defined nuisance as the tort that is "applied to that class of wrongs that arise from the unreasonable, un warrantable, or unlawful use by a person of his own property, real or personal, or from its own improper, indecent or unlawful personal conduct, working an obstruction of or injury to the right of another or of the public, and producing such an annoyance, inconvenience,

³⁰⁷⁵ According to Simpson it was a purpose of this procedure to give the award of the arbitrator the status of a court judgment. *Ibidem*, p.243.

³⁰⁷⁶ *Fletcher v. Rylands (1865) 3 Hurlston & Coltman's Exchequer Reports (H&C) 774, 159 Eng. Rep. 737.*

³⁰⁷⁷ It was eleven years later when the precedent *Bower v. Peate, 1876, 1 Q.B.D. 321* sustained for the first time that in some circumstances the employer can be held liable also for the negligence of those contracted independently. See W. Page KEETON, Dan D. DOBBS, Robert E. KEETON, David G. OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5^a ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984, p. 545.

³⁰⁷⁸ *Fletcher v. Rylands (1865) 3 H&C 774, 159 Eng. Rep. 737.* For more details on the old rule of employers' liability in the United States see William L. PROSSER, *Handbook on the Law of Torts*, West Publishers Corporation, St. Paul, Minnesota, 1964, p. 480. The same rule applies nowadays, however there has been many exceptions established, in between which "activities with a danger inherent" is one of them. See between others John W. WADE in Victor E. SCHWARTZ, Kathryn KELLY, David E. PARTLETT, *Prosser, Wade and Schwartz's Cases and Materials on Torts*, 10^a ed., Foundation Press, New York, 2000, p. 666.

³⁰⁷⁹ *(1865) 159 Eng. Rep. 737, 744.*

³⁰⁸⁰ Derived from latine the word means hurt, annoyance, inconvenience W. Page KEETON, Dan D. DOBBS, Robert E. KEETON, David G. OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts, op. cit.*, p. 617.

discomfort or hurt, that the law will presume a consequent damage”³⁰⁸¹. The latter is probably a perfect example of one of those definitions used in old judicial rulings described by DOBBS³⁰⁸² as broad, without any meaning and with confusing terminology, which probably gave also ground to the following, well-known PROSSER’s statement: “There is perhaps no more impenetrable jungle in the entire law than that which surrounds the word ‘nuisance’”³⁰⁸³. Today within the tort of nuisance globally considered, public and private nuisance constitutes perfectly distinguished categories, enabling better understanding of the institution and a more coherent and precise description of each of the two torts³⁰⁸⁴. For the purpose of this work, private nuisance is understood as “an unlawful interference with the use or enjoyment of the land by other person or with another right over this land, or with any other related to it.”³⁰⁸⁵. Defined in those terms, the tort rather than focusing on the defendant’s conduct, centres on the type of damage suffered by the victim³⁰⁸⁶. It can take the form of land encroachment on the neighbor’s land, direct physical injury to the land, or interference with the enjoyment of the land³⁰⁸⁷. Very often mistaken with the tort of trespass³⁰⁸⁸, nowadays the tort of private nuisance is associated above all with protection of environment, addressing different types of pollution or harm provoked by smells and offensive noises³⁰⁸⁹.

Between different types of trespass, here trespass to goods, to persons and to the land, only the latter is to be considered here, providing it was precisely its application pondered in *Rylands v. Fletcher*. Therefore, trespass to land means any direct interference with land in the possession of another³⁰⁹⁰ which may take the form of entering the land or part of it, or of remaining there after the withdrawal of permission, or of dispossessing the occupant³⁰⁹¹, or intentionally putting something (water, chemicals etc.) on the land of another.

And finally, the tort of negligence can be associated with what in the Continental

³⁰⁸¹ John Houston MERRILL, *The American and English Encyclopaedia of Law*, Edward Thompson Company, New York, 1891, p. 924.

³⁰⁸² Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 1320.

³⁰⁸³ KEETON/ DOBBS/KEETON/ OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, p. 616.

³⁰⁸⁴ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 1320-1321.

³⁰⁸⁵ See between others William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, ed. 16^a, Thomson Sweet Maxwell, London, 2006, p. 648, n. 14.4, Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 1321 and Basil S. MARKESINIS and Simon F. DEAKIN, *Tort Law*, ed. 6^a, Clarendon Press, Oxford, 2008, p. 509.

³⁰⁸⁶ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 1321. For differential notes between both torts see KEETON/ DOBBS/KEETON/ OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, 1984, p. 622.

³⁰⁸⁷ William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, p.648.

³⁰⁸⁸ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 1320.

³⁰⁸⁹ William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, p. 639.

³⁰⁹⁰ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 495 and William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, p. 619. In similar vein Dan D. DOBBS, *op. cit.*, p. 95.

³⁰⁹¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 495.

system is traditionally called the fault principle³⁰⁹². As a consequence, by virtue of American Tort law will be liable who negligently causes harm to a person or to the property of other³⁰⁹³. The reason for the described trichotomy of torts (here nuisance, trespass and negligence) finds its ground probably in the fact that the North America's courts have not recognized the existence of a general duty not to cause harm negligently to anybody till the year 1850, when the famous decision *Brown v. Kendall*³⁰⁹⁴ has been passed, the implications of which were not visible even much longer after³⁰⁹⁵. In Great Britain the same effects has been recognized for the *Donoghue v. Stevenson*³⁰⁹⁶. Before the decisions mentioned above have been decided, the tort of negligence applied only to specific and determined situations³⁰⁹⁷, constituting a part of so called the old writ system. The later is characterized by rigidly distinguished forms of actions (torts) detached from general principles of liability. Considering the problem from the Continental Law point of view, nowadays some of the mentioned Torts might be perceived as doubled, overlapped one with the other³⁰⁹⁸. As to this question, in Great Britain, for instance, after *Cambridge Water*³⁰⁹⁹, by virtue of which recovery for damage in the case of nuisance was ruled by the principle of "unreasonable user" some British authors gave way to the statement that *Rylands v. Fletcher* has much from the fault principle³¹⁰⁰. Historically speaking, it was a common practice among the courts to decide in cases of trespass and nuisance sometimes based on subjective and at other times on objective criterion of imputation. The debate on whether only one criterion of imputation is to be applied in case of both torts, and if a case, which from the two of them: subjective or objective one, seems not to be resolved even today³¹⁰¹. In the year 1979 the American *Restatement of the Law, Second, Torts*, trying to put order in the existing North American jurisprudence³¹⁰², distinguished in its §822(b) between the intentional tort of private nuisance, subject to strict liability, and the unintentional one³¹⁰³, in a framework in which strict liability applied in cases of

³⁰⁹² What in the Continental System is known as "intent" (*dolus*), and what according to *a minore ad maius* reasoning is part of the fault principle, in the *Common Law* system constitutes an independent Tort.

³⁰⁹³ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 257.

³⁰⁹⁴ *Brown v. Kendall*, 60 Mass. 292 (1850)

³⁰⁹⁵ Dan D. DOBBS, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 266.

³⁰⁹⁶ *Donoghue v. Stevenson* 1932 SC(HL) 31. For the evolution of the tort of negligence and its transformation into the general basis for tort liability in Great Britain, see Percy Henry WINFIELD, "The History of Negligence in the Law of Torts", *LQR* nr 42, 1926, p. 184-

³⁰⁹⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 114.

³⁰⁹⁸ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 527 speaks about well-established practice in the last 60 years for the Tort of Negligence to act as an intruder in front of other torts. In the same vein, see Wolfgang Gaston FRIEDMANN, "Social Insurance and the Principles of Tort Liability", *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, p. 243.

³⁰⁹⁹ *Cambridge Water Co. v. Eastern Leather plc* [1994] 2 WLR 53.

³¹⁰⁰ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p.526-528, and 617. In similar vein John G FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 376 (the *Rylands v. Fletcher* principle largely permeated by elements of fault). See also William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort, op. cit.*, p. 659-664.

³¹⁰¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 526.

³¹⁰² Marc S. FRANKLIN, Robert L. RABIN, Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2006, p. 669.

³¹⁰³ The set "intentional tort" against "strict liability" for a mind formed on the Continental System can seem at least suprising for contradictory, the term "intent" being invariably associated with *dolus* (*Vorsatz*

abnormally dangerous activities while negligence provided the rule in the rest of the cases³¹⁰⁴. The distinction between intentional and unintentional tort, and the same regulation as to the criterion of imputation applied to both types of tort, has been maintained in *the Restatement* for the tort of trespass³¹⁰⁵. The original tendency to decide in cases of land-related Torts according to strict liability³¹⁰⁶, as well as the controversy on which criterion of imputation to apply to trespass and nuisance, could have been the reason behind the famous Baron BRAMWELL's differing statement of law, which on appeal gave rise to what has been known since then on as the *Rylands v. Fletcher*'s rule

Fletcher appealed successfully to the *Exchequer Chamber*. The court entered judgment in his favor, sustaining Baron BRAMWELL's veto from the *Court of Exchequer*. In the ruling Justice BLACKBURN pronounced an expansive basis for liability, beyond limits established in trespass, negligence and nuisance:

*We think that the rule of law is that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape. He can excuse himself by showing that the escape was owing to the plaintiff's default or, perhaps, that the escape was a consequence of vis mayor, or the act of God.*³¹⁰⁷

Setting forth basis for what later was to be called in the United States strict liability for abnormally dangerous activities, BLACKBURN distinguished between what is “*naturally there* [on the land]”, with the intention to exclude from the application of the rule agriculture and mining³¹⁰⁸. Without making reference to any of the three torts mentioned above, BLACKBURN created an original rule, deducing it from the already

in German). The Common Law system distinguishes between an *intentional* (voluntary) act and an *intent to cause a damage*; from which only the latter would be equivalent to *dolus*. See FRANKLIN/RABIN/GREEN, *Tort Law and Alternatives*, *op.cit.*, p. 670 and Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 1324-1325. On the complexity of the meaning intentional and unintentional in the British Common Law system, and on the doctrinal evolution in *Intentional Torts*' field in Great Britain see also Christian von BAR, *The Common European Law of Torts, vol. II, Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*, (repr.), Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 206-207.

³¹⁰⁴ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Torts*, §822(b). See also the let. C) in the com. to the § 20 de la *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *Tentative Draft No. 1* and FRANKLIN/RABIN/GREEN, *Tort Law and Alternatives*, *op.cit.*, p. 680-682.

³¹⁰⁵ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Torts*, §165 and 158. See also FRANKLIN/RABIN/GREEN, *Tort Law and Alternatives*, *op. cit.*, p. 670.

³¹⁰⁶ FRANKLIN/RABIN/GREEN, *Tort Law and Alternatives*, *op.cit.*, p. 669.

³¹⁰⁷ *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex.265, 279.

³¹⁰⁸ *Fletcher v. Rylands*, 1 L.R.-Ex.26, 280 (Ex.Ch. 1866).

existing types of strict liability³¹⁰⁹:

The person whose grass or corn is eaten down by the escaping cattle of his neighbor, or his mine is flooded by the water of his neighbour's reservoir, or whose cellar is invaded by the filth of his neighbour's privy, or his habitation is made unhealthy by the fumes and noisome vapours of his neighbour's alkali works is damnified without any fault on his own; and it seems but reasonable and just that the neighbour that has brought something on his own property, which was not naturally there, harmless to others so long as it is confined to his own property, but which he knows it's mischievous if it gets on his neighbour's should be obliged to make good to the damage which ensues if he not succeed in confining to his own property. But for his act in bringing it there no mischief could have occurred, and it seems but just that he should at his peril keep it there so no mischief may occurred, or answer for the natural or anticipated consequences. And upon authority, this we think is established to be the law whether the things so brought be beasts, or water; or filth, or stenches³¹¹⁰.

The case was appealed. The House of Lords sustained the ruling of the Court of Exchequer. Positions of two distinguished members of the British highest court deserve special attention; the same two which later gave reason for ever so many complications in the subsequent interpretation of the case: Lord CRANWORTH's and Lord CAIRNS's. The former gave his support to the rule established by Justice BLACKBURN while the latter, having also ruled in favor of Fletcher, established his own standard. According to the rule introduced by CRANWORTH:

In considering whether a Defendant is liable to a Plaintiff for damage which Plaintiff may sustain, the question in general is not whether the Defendant has acted with due care and caution, but whether his act has occasioned the damage... The doctrine is founded on good sense. For when one person, in managing his own affairs, causes, however innocently, damage to another, it is obviously only just that he should be the party to suffer. He is bound sic uti suo ut non laedat alienum³¹¹¹.

³¹⁰⁹ See Ken OLIPHANT, "Rylands v. Fletcher and the Emergence of Enterprise Liability", *op. cit.*, p. 90 who mentions in this sense cattle trespass, invasion by filth from a privy considered by BLACKBURN as trespass, fumes and noisome vapor qualified as nuisance and strict liability of the keeper of an animal (*scienter action*). In similar way John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th ed., The Law Book Company Limited, Sydney, p. 376. See, however, F. H. NEWARK, "Non-natural user and Rylands v. Fletcher", *Mod. L. Rev.*, vol. 24, 1961, p. 557- 571, and "Boundaries of Nuisance", *LQR*, nr. 65, 1949, p.480- 490 for whom the BLACKBURN's rule constitutes the extension only of the tort of nuisance.

³¹¹⁰ *Fletcher v. Rylands (1866) LR 1 Exch 265, 280.*

³¹¹¹ *Rylands v. Fletcher (1868) LR 3 HL 330, 338.*

CAIRNS relied on narrower grounds than the broad statement of CRANWORTH³¹¹², distinguishing between “non-natural” and “natural use of the land” (the latter has been referred to as one which for any purpose . . . might in the ordinary course of the enjoyment of the land be used³¹¹³). As a consequence, harm caused by the “non-natural use of the land”, as an exception from the general principle of fault liability, has been made subject to strict liability³¹¹⁴.

On the other hand, if the Defendants not stopping at the natural use of their close, had desired to use it for any purpose which I may term a non-natural use, for the purpose of introducing into the close that which in its natural conditions was not in or upon it, for the purpose of introducing water either above or below ground..., - and if in consequence of their doing so... the water came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, then it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril; and, if in the course of their doing it, the evil arose to which I have referred, the evil, namely, of the escape of the water and its passing away to the close of the Plaintiff and injuring the Plaintiff, then for the consequence of that, in my opinion, the Defendants would be liable³¹¹⁵.

Under “non-natural use of the land” CAIRNS understood that this describes a use that causes harm with higher probability than a use that could be expected in the course of the normal enjoyment of the land³¹¹⁶. When applying the term to the case, CAIRNS, instead of placing emphasis on the water escape, underlined the abnormal and inappropriate character of the reservoir constructed by the defendant in a typical mining area³¹¹⁷. It is questionable whether the non-natural use of land constituted a new standard introduced by Lord CAIRNS, or is just a simple paraphrase of the expression “what is not there [on the land] naturally“, used by Lord BLACKBURN³¹¹⁸. The truth is that none of those expressions was used by Lord CRANWORTH.

³¹¹² KEETON/ DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, p. 545.

³¹¹³ *Rylands v. Fletcher*, 1868, L.R. 3 H.L. 330, 338.

³¹¹⁴ See Com. to the § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001, and Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, p. 92.

³¹¹⁵ 1868 LR 3 HL 330, 338

³¹¹⁶ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, p. 338. For the posterior analysis of the “non-natural use of the land” in British and American doctrine *Cf* above, the bibliography cited in the n.26.

³¹¹⁷ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, *op. cit.*, p. 545.

³¹¹⁸ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* p. 87.

Different designation that were given later to the “non-natural use of the land” are due not only to comparative study of the two positions mentioned above, here BLACKBURN- CRANWORTH one and the one of CAIRNS, but also to the ambiguity of the term introduced by the latter, and to the subsequent interpretation of to *Rylands v. Fletcher* by British case-law³¹¹⁹. As accurately pointed out by the legal doctrine, British courts accepted the distinction between “natural” and “non-natural use of land” as part of the law; at the same time, however, they faced real problems with determining what natural and non-natural use meant³¹²⁰. As a consequence, at least three different meanings can be found for the latter³¹²¹, here:

1. one that departs from a state of nature³¹²², or, in other words, the one that results from the fact that the defendant has introduced artificially in his land a new and dangerous agent³¹²³,
2. one that is uncommon or unusual³¹²⁴,
3. one that is unreasonable or inappropriate in light of the local circumstances³¹²⁵. From this concept the assumption was made that no objective test exists according to which it could be determined which use of land could be considered as non-natural one. The classification

³¹¹⁹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001. See, however, the comment on *Transco* case below, in which an attempt at the concept’s redefinition has been made again, the traditional interpretations of the rule being complimented by new elements triggered by the contemporary reality.

³¹²⁰ William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, p. 391.

³¹²¹ See Comment to the § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001,

³¹²² This meaning has been given to BLACKBURN J’s statement by F.H. NEWARK in “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Mod. L. Rev.*, vol. 24, 1961, p. 560.

³¹²³ Also NEWARK relating to Lord CAIRNS formula, which, he believed, was not an additional requirement to the one established by BLACKBURN J. See F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Mod. L. Rev.* vol. 24, 1961, p. 560. For the “artificial” as synonymous to “non-natural”, and “primitive” to “natural” see *Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156 at 187*.

³¹²⁴ This alternative criterion is deemed to be introduced by Lord MOULTON in *Rickards v. Lothian*. See the text accompanying the n. 3100. According to it rather different meaning is given to the “natural use of land”, it being something ordinary and usual, even if it is artificial. See DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 614.

³¹²⁵ Significance given to the term “non- natural use of land” in *Read J. Lyons & Co. Ltd. [1947] AC 156, at 176 per Lord PORTER*: “ a question of fact subject to a ruling of the judge as to whether the particular object can be dangerous or the particular use can be non-natural, and in deciding this question I think that all the circumstances of the time and place and practice of mankind must be taken into consideration so that what might be regarded as dangerous or non-natural may vary according to those circumstances”.

of the use as natural or non-natural will depend on time and place in which the distinction is employed³¹²⁶.

Finally, the British Common Law system found itself immersed in another interpretational problem as to what could be considered as “non-natural use of the land”. It was pointed out that the distinction “non-natural”/“natural” use of land has been compared in some occasions with the one of “dangerous”/ “non-dangerous” things.³¹²⁷ According to FLEMING, objects that fall under the *Rylands v. Fletcher* rule cannot be limited to “inherently dangerous things”, to which, instead of strict liability, a very stringent duty of care applies³¹²⁸. As a consequence, two requirements are imposed on the former: 1. for it to be likely to escape, and 2. in doing so, to entail exceptional peril to others³¹²⁹. As an example, water, gas and electricity under *Rylands v. Fletcher* would normally qualify as perfectly usual objects. For strict liability to apply, all of them will have to attach to an extraordinary use of land, and, as such, should be considered as dangerous in the circumstances³¹³⁰.

It can be affirmed also that the meaning given to non-natural use of the land and, consequently, the global interpretation given to the precedent in the United Kingdom, on the one hand, and in the United States, on the other, started to evolve in different directions. In both countries, however, the importance of the complex socio-economic context in which the precedent had been born, has been underlined and a stress put on it as a factor which, not only supplied the discussion in several theories that emerged to

³¹²⁶ In this sense John Gunther FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 378, referring to Lord PORTER in *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.*[1947] AC 156, 176 and DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 615. This meaning seems to have been confirmed in *Transco plc v. Stockport MBC* [2004] 1 All England Law Reports 589, at 596: “the question is whether the defendant has done something which he recognizes, or ought to recognize, as being quite out of the ordinary in the place and at the time when he does it”.

³¹²⁷ Compare with the art. 1384 subs.1 of the French Civil Code imposing liability for damage caused by deeds of the things within one’s keeping, which hence has been developed by French jurisprudence into a general clause of strict liability. See Suzanne GALAND-CARVAL, “France” in Bernard A. KOCH/ Helmut KOZIOL (eds), *Unification of Tort Law. Strict Liability.*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, p. 127, 130 and 132; Cees van DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 49-55. See also the text accompanying the n.3153- 3155.

³¹²⁸ John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 380. In the same vein DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 609 and William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, p. 386: the greater the danger the higher is the standard of diligence required.

³¹²⁹ The problem has been years ago subject of analysis by William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, p. 382-385.

³¹³⁰ In this sense John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 382, accepting existing *status quo*. See, however, Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 429 for whom BLACKBURN J’s idea was to “escape from the straightjacket of nuisance and to blossom into a true doctrine of strict liability for dangerous things”.

explain the precedent itself, but also as the one that answers the question on why it was finally adopted in the United States and practically sentenced to disuse in the United Kingdom³¹³¹.

Therefore, while in North America the “non-natural use of land” evolved in what is now commonly termed “abnormally dangerous activities”, an important determinant of the general clause established in the Restatements³¹³², broad interpretation given at the beginning to *Rylands v. Fletcher* by the British judiciary³¹³³, yet as time passed the interpretation narrowed³¹³⁴.

2.2 *Rylands v. Fletcher* and feasibility of a general clause in the United Kingdom.

a. Common Law after *Rylands v. Fletcher*.

Chronological review of the most important landmark cases that follow *Fletcher v. Ryland* starts with *Rickards v. Lothian*³¹³⁵ from 1913. The claimant ran a business on the second floor of a building owned by the defendant, who was leasing different parts of it to business tenants. The outflow from a wash-basin on the top floor of premises was maliciously blocked by a third party and the tap left running, with the result that damage was caused to claimant’s stock on a floor below. The latter brought an action

³¹³¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 609. On the socio-economical context and its influence on the adoption of *Rylands v. Fletcher* in the United States see Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, A.W. Brian SIMPSON, “Legal Liability for Bursting Reservoirs: The Historical Context of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* and a ch. 3 relating to the “Factors behind the adoption of *Rylands v. Fletcher* in the USA.” On the factors that influenced its reception in the United Kingdom, see especially Francis H. BOHLEN, “The Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *U. Pa. L.Rev.* nr° 59, 1911, p. 298-326, and Robert Thomas MOLLOY, “*Fletcher v. Rylands*- A Reexamination of Juristic Origins”, *U.Chi.L.Rev.* nr° 9, 1941, p. 266-292 (the court espoused the cause of the dominant class of landed gentry against the interests of developing industry). See also Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967, p. 109 and Leon GREEN, “Tort Law Public Law in Disguise”, *Texas LR*, nr°. 38, 1959, p. 257-269 and John G. FLEMING, *The Law of Torts, op.cit.*, p. 376 (the goal of the court was to protect one industry (mining) against another (milling)).

³¹³² Actually §20-24 of the *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, *Tentative Draft No. 1, March 28, 2001*.

³¹³³ According to the latter, the defendant was held liable when causing a damage to the other with a thing or activity unduly dangerous and inappropriate to the place in which it is maintained, in the light of the character of that place and its surroundings. See KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts, op. cit.*, p.548. See also William Lloyd PROSSER, “The principle of *Rylands v. Fletcher*”, en *Selected Topics on the Law of Torts: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 2,3,4,5 y 6 of 1953*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954, p. 134-149.

³¹³⁴ See, e.g., , DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS , *Tort Law, op. cit.*, p. 608-609.

³¹³⁵ *Rickards v Lothian [1913] AC 263*

based on *Rylands v. Fletcher* but the present was inapplicable because the provision of a domestic water supply to the premises was held to be a wholly ordinary use of the land. *Rickards* is well known above all for the controversy it caused as to the exact scope of the “natural use of land” to which of strict liability is inapplicable. It was discussed if the latter covered only the natural accumulation of water and the like or extended also to artificial accumulation for the purpose of “ordinary” or “natural” use³¹³⁶. As a consequence, the interpretation given to “non-natural use of land” by *Rickards* was:

*“It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community.”*³¹³⁷

In this way, Lord MOULTON’s rule narrowed the range of activities to which liability from *Rylands v. Fletcher* applied³¹³⁸. And if after *Rickards v. Lothian* there was still any hope and enthusiasm for development of a general theory of strict liability for ultra-hazardous activities, it soon died away with the subsequent judgments of House of Lords.

In the year 1947, *Read v. J. Lyons & Co. Ltd.*³¹³⁹ was decided, in which the rule from *Rylands v. Fletcher* was restricted only to the cases in which dangerous substances escape from the land under the defendant’s control. In the case, the plaintiff employed by the Ministry of Supply during war as an inspector of munitions, was injured as a consequence of the explosion in a munitions factory owned by the defendant. No ground for liability was been found based on *Rylands v. Fletcher*. The court decided the harm didn’t result from any escape, because when the accident occurred the victim was inside the defendant’s premises. In this way the argument that the escape could mean not only escape from the defendant’s land³¹⁴⁰ but also escape of a thing from the

³¹³⁶ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 377-378.

³¹³⁷ *Rickards v Lothian* [1913] AC 263 at 280 per Lord MOULTON. As to the exception of the use which is proper for the general benefit of the community see, however, the comment to *Cambridge Water*, below, the text accompanying the n.3140-3141.

³¹³⁸ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 378.

³¹³⁹ *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C. 156.

³¹⁴⁰ However, according to John G. Fleming, *The Law of Torts*, op. cit., p. 382-383 if the defendant introduced dangerous substances on land and had control over them at the relevant time it is doubtful

defendant's control, ever since has been rejected by the court, putting an end to any extension of the rule through this gate³¹⁴¹. Lord MACMILLAN held also the case did not fall under the rule in *Rylands v. Fletcher* since the latter applied only to mutual duties of adjoining landowners³¹⁴² and had nothing to do with personal injuries³¹⁴³, to which the rule of negligence applied³¹⁴⁴. And, finally, while *Read v. J. Lyons & Co.* was being decided in the Court of Appeal, Lord Justice SCOTT declared that the liability for ultra-hazardous activities contained in §§ 519-520 of the American First Restatement of Law was not in conformity with English law³¹⁴⁵. He suggested the Coal Mines and Factories Acts were a clear evidence of absence of a general principle of strict liability in British *Common Law* and imposed an additional restriction to the rule according to which *Rylands v. Fletcher* did not apply to accidents occurring inside the defendant's land or premises. Any extension of the rule, in his opinion, should be subject to legislative power, and not to judicature³¹⁴⁶. Two years later the very same idea seems to have been expressed by Lord MACMILLAN, again in *Read v. Lyons*, this time in the House of Lords when he affirmed:

It was suggested that some operations are so intrinsically dangerous that no degree of care however scrupulous can prevent the occurrence of accidents and that those who choose for their own ends to carry on such operations ought to be held to do so at their peril. If this were so, many industries would have a serious liability imposed on them. Should it be thought that this is a reasonable liability to impose in the public interest it is

whether the occupation of the land from which those substances escaped constitute requirement for the rule from *Rylands v. Fletcher* to apply. It seems at least questionable if we take into account that the condition mentioned above is not required in case of nuisance, branch of which *Rylands v. Fletcher* is considered to be. Nevertheless, later (to the publication mentioned above) jurisprudence confirmed the centrality of the defendant's land occupation. See, e.g., for instance, *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, at [9] and at [52] per Lords BINGHAM and HOBHOUSE respectively.

³¹⁴¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 612. See, however, Lord Hoffmann's formulation in *Transco* ([2004] 2 AC 1, at 34, commented below) in which he states "escape from the defendant's land or control" (emphasis added). On the other hand, it seems that the escape need not affect directly (occur upon) the plaintiff's land, according to British precedent, *British Celanese v. Hunt* [1969] 1 WLR 959 cited by John G. FLEMING in *The Law of Torts, op. cit.* p. 382. In the case some material drifted into a power station and interrupted the electricity supply to a nearby factory.

³¹⁴² *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C. 156 at 173. Agreed to by Lord UTHWATT, at 186.

³¹⁴³ *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C. 156 at 173. See, however, the notes 3202-3204.

³¹⁴⁴ *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C. 156 at 170-171. It is noteworthy, that by this time negligence developed into the general rule of liability, constituting the well-established criterion of imputation in road accident cases and most feasibly a general prerequisite of recover for personal injury. See DONAL NOLAN, "The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 430 and MARK LUNNEY and KEN OLIPHANT, *Tort Law: Texts and Materials*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 684.

³¹⁴⁵ *Read v. J. Lyons & Co.* [1945] KB 216 at 255ff.

³¹⁴⁶ Wolfgang Gaston FRIEDMANN, "Social Insurance and the Principles of Tort Liability", *Harv. L. Rev.*, nrº. 63, 1949, p. 259.

*for Parliament so to enact. In my opinion it is not the present law of England*³¹⁴⁷.

The cited statement gave rise to the conclusion that in light of the rapid increase in the social-welfare legislation, the British judiciary considered itself inappropriate to augment the scope of legal protection, which as a consequence was left to Parliament³¹⁴⁸. At this point of the precedent's evolution it can be said that very few, if any, points in the long-lasting, vague and complex discussion over the controversial *Rylands v. Fletcher* were clear. No agreement existed on why the rule was developed, and what was the formula, for the collectively deciding House of Lord also at this occasion did not speak with one voice. Finally, divergent opinions were born as to what the author of each formulation (BLACKBURN, CAIRNS, CRANWORTH) meant and what the decision was aimed for. Since the precedent was decided until the famous *Read v. Lyons*, the position of the English judiciary reminds one very much of Alice in Wonderland when asking the Cheshire Cat:

"Would you tell me, please, which way I ought to walk from here?"

"That depends good deal on where you want to get to", said the Cat.

"I don't much care where-" said Alice.

"Then it doesn't matter which way you walk", said the Cat.

so long as I get Somewhere," Alice added as an explanation.

*"Oh, you're sure to do that," said the Cat, "if you only walk long enough."*³¹⁴⁹

As a consequence, *Read v. Lyons* passed to the history of British jurisprudence as the one through which the apostles of the fault principle won their most decisive battle³¹⁵⁰. It did receive, however, also some criticism. According to John FLEMING, for instance, "the most damaging effect of the decision in *Read v. Lyons* was that it prematurely stunted the development of a general theory of strict liability for ultra-hazardous activities"³¹⁵¹.

There is a particular point that should be noted at this stage. Until the decision in

³¹⁴⁷ *Read v. Lyons & Co., Ltd.* [1947] A. C.156 at 172-173.

³¹⁴⁸ T. H. TYLOR, Restriction of Strict Liability, *Mod. L. Rev.*, vol. 10, n°4, October 1947, p. 402, Wolfgang Gaston FRIEDMANN, "Social Insurance and the Principles of Tort Liability", *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, p. 241.

³¹⁴⁹ Lewis CARROLL, *Alice in Wonderland*, Gardners Books, 2007, p.89-90.

³¹⁵⁰ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 625.

³¹⁵¹ John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 341.

LMS International,³¹⁵² the common opinion was that since *Read v. Lyons* English law “stopped walking”, in part probably because it didn’t have it clear where exactly to “get to”. It was affirmed by a majority of scholars³¹⁵³ and Lord HOFFMAN in *Transco*³¹⁵⁴ that almost fifty years had passed since *Rylands v. Fletcher* in silence, without any precedent dealing with the liability based upon the rule having been decided either by the House of Lords or by the Privy Council. As we will see later, however, the assumption appeared to be erroneous. A closer look at the cases from the period mentioned above discloses several precedents based on *Rylands v. Fletcher*³¹⁵⁵, some of them successful and very relevant. To this effect, a comment was made by Justice COULSON in *LMS International*, according to which Lord HOFFMAN and counsel in *Transco* must have been confining their research to water cases rather than to *Rylands* cases in general, missing in that way some rulings and erroneously stating there were not any³¹⁵⁶. Nevertheless, it is also fair to say that the discovery of a very few decisions over period of fifty years, is not such a significant number of cases as would drastically change the perception of the precedent’s lack of authority. Finally, for the purpose of this research, it was considered as more desirable to resign at this point from a strictly chronological exposition, with the approval date of each precedent as a determining factor, in favor of the, also chronological, but more coherent “impact approach”. Thus, the relevant cases confirmed by *LMS International Ltd*, ignored before the latter has been decided, will be presented at the end of this chapter, together with the last landmark case which put light on them.

As to the scarce use which was confined to *Rylands v. Fletcher* over the period between 1940s and 1990s, it is not clear as to what factors the situation was due. In between the most commonly cited, one can find complexity, uncertainty provoked by

³¹⁵² *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, see below.

³¹⁵³ See for all John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, n° 4, 2004, p. 662.

³¹⁵⁴ The statement of the latter is subject to some qualifications. See Lord Hoffman about the period between the World War II and 2003: “...no claimant had successfully relied on the rule in *Rylands v. Fletcher* since the World War II”, [2003] UKHL 61 at para. 39.

³¹⁵⁵ See *Balfour v. Barty-King* [1957] 1 ALL ER 156, *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530, *E Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54 and *Johnson v B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574. see the com. On *LMS International* below.

³¹⁵⁶ *LMS International* stated: “Lord HOFFMANN’s comment to the effect that no claimant had successfully relied on the principle of *Rylands v. Fletcher* since the Second World War was presumably based upon a review of the authorities cited to the House of Lords in *Transco*. Given that *Transco* was a case about the escape of water, it is perhaps not surprising that the majority of the cases referred to in argument were concerned with flooding of one sort or another. But there have in fact been quite a few cases since the Second World War where the rule in *Rylands v. Fletcher* has been successfully relied on. A number of cases were concerned with the escape of fire, and they were not all cited to the House of Lords in *Transco*”. *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] at para. 26.

lack of clarity of the rule, expansion of both the law of nuisance and the law of negligence and, finally, growing importance of the insurance of premises, which became more common not only for commercial, but also private owners³¹⁵⁷.

The apparent silence over *Rylands v. Fletcher* was broken for the first time in the year 1994, by two landmark cases. And as history likes to repeat itself, again different use was found for the precedent in different Common Law systems, although under the common denominator of simplifying existing law. In Great Britain, *Cambridge Water*³¹⁵⁸ was decided, declaring *Rylands v. Fletcher* to be a branch of nuisance law. In exchange, the Australian Highest Court, in *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.*,³¹⁵⁹ announced the rule had been absorbed by the law of negligence³¹⁶⁰.

As to *Cambridge Water*³¹⁶¹, the court imposed a limitation based on “controlling mechanism³¹⁶²” to constrain an extensive interpretation of the rule contained in *Rylands v. Fletcher*. In the defendant, involved in the process of tanning leathers, kept on his land during long period of time large quantities of chemical substances. The solvents used by him seeped through the tannery floor to the soil below, through it to the water, reaching in the end the plaintiff’s borehole a mile away from where water was being extracted for drinking purposes³¹⁶³. The latter got polluted to an extent that it failed to satisfy minimum health requirements³¹⁶⁴, forcing, as a consequence, the plaintiff to find

³¹⁵⁷ John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 662.

³¹⁵⁸ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 WLR 53

³¹⁵⁹ *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.* (1994) 179 CLR 520.

³¹⁶⁰ Facing difficulties with deducing any principle from the cases that followed *Rylands v. Fletcher*, the Highest Court of Australia, in light of uncertainty surrounding the rule, preferred to substitute originally applicable strict liability by fault principle, and more precisely, by a non-delegable duty in negligence owed by those in control of premises. In case of dangerous substances and activities, the reasonable prudent person would exercise a particularly high degree of care. This solution was seen as more advantageous since, in this way, the claimant could recover nevertheless on premises of the defendant. For the non-delegable duty to exist there must be a peculiar risk posed to a peculiar claimant. For the critic, see Garry T. SCHWARTZ, “*Rylands v. Fletcher*, Negligence and Strict Liability” in Peter CANE and Jane STAPLETON (eds), *Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 214. For commentary on *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.* see Jane SWANTON, “Another Conquest in the Imperial Expansion of the Law of Negligence: *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd*”, *Torts L.J.*, vol. 2, 1994, p. 101- 123. It was argued, that due to negligence toughening through a raising of the standard of care (especially in context of dangerous activities), through the doctrine of *res ipsa loquitur* and the extension of liability for independent contractors, on the one hand and softening of strict liability in *Rylands v. Fletcher* through the development of exculpatory defenses and infusion of a foreseeability requirement laid down in *Cambridge Water*, on the other, the gap between those two torts became imperceptible. See Donal NOLAN, “The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op.cit.*, p.441.

³¹⁶¹ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 WLR 53.

³¹⁶² Term used by DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 613.

³¹⁶³ It was determined in the case that the leakage must have begun at some specified date well before 1976 and must have been continuing till the day of the trial. *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather Plc* [1994] 2 A.C. 264 at 293.

³¹⁶⁴ Established in the Directive by the Department of the Environment Circular 20/82 from 19 of August

alternative water supplies. The defendant was sued on alternative bases under negligence, nuisance and *Rylands v. Fletcher*. The Court of Appeal, after allowing the appeal on bases of nuisance and *Rylands v. Fletcher*, declared for plaintiff in respect of nuisance and rejected the claim under *Rylands v. Fletcher*. In the House of Lords both bases for liability were dismissed. In respect of *Rylands v. Fletcher*, the appeal has been declined on the base that the harm suffered as a result of the escape was not foreseeable³¹⁶⁵.

Although again in *Cambridge Water* the question whether the rule in *Rylands v. Fletcher* should:

...be treated as a developing principle of strict liability for damage caused by ultra-hazardous operations, on the basis of which persons conducting such operations may properly be held strictly liable for the extraordinary risk to others involved in such operations³¹⁶⁶

has been posed, the House of Lord declared finally that the liability adopted in *Rylands v. Fletcher* constitutes a branch of nuisance. On this matter, Lord GOFF stated: “it would ... lead to a more coherent body of common law principle if the rule [in *Rylands v. Fletcher*] were to be regarded essentially as an extension of the law of nuisance”³¹⁶⁷. The principal difference between one and the other was to be found in the fact that *Rylands v. Fletcher* applied to isolated cases of harm, while the latter referred rather to ongoing harm³¹⁶⁸. Lord GOFF’s statement rests in large part on NEWARK’s

1982, to which the United Kingdom has responded. *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather Plc* [1994] 2 A.C. 264 at 293.

³¹⁶⁵ See the text accompanying the n. 3135-3137 below.

³¹⁶⁶ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 WLR 53, at 79.

³¹⁶⁷ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 306. Harbinger of this position can be found, however, already in the *Read v. J Lyons & Co Ltd* [1947] AC 156, at 183 where Lord SIMONDS said: “so closely connected are the two branches of the law that text books on the law of nuisance regard cases coming under the rule in *Rylands v. Fletcher*”.

³¹⁶⁸ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 299, 304 and 306. In other terminology “isolated escape” versus “ongoing state of affairs”; see, for instance, W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort, op. cit.*, p. 695, no 15-3. This assumption was made based on NEWARK’s thesis. See “Boundaries of Nuisance”, *LQR*, nr°. 65, 1949, p. 488. For criticism of this approach, see Mark LUNNEY /Ken OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, p. 683, who argue that that the same case that limits *Rylands v. Fletcher* to isolated escapes suggests exactly the contrary. The escape of chemicals in *Cambridge Water*, occurring over a long period of time, can hardly be described as isolated. And if, to the contrary, an isolated escape is not a prerequisite in *Rylands v. Fletcher*, the question could be posed how to distinguish it from nuisance. For a possible answer see Donal NOLAN, “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 434-435 who finds a difference in conditions for liability: unreasonable user in nuisance and non-natural use in *Rylands v. Fletcher*. NOLAN’s position seems to be confirmed by recent Common Law. See *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others* [2009] All ER

well-known article, cited in the decision at least five times, in which the author defends the thesis that the rule in *Rylands v. Fletcher* derives from the law of private nuisance³¹⁶⁹. Accepting this point of view Lord Goff established the doctrine according to which the defendant in cases based on *Rylands v. Fletcher* is normally a land occupier involved in activities related to that land, meanwhile plaintiff is the one who suffers harm in neighboring land³¹⁷⁰. Given the origin of the rule in *Rylands v. Fletcher* and the settled requirement of foreseeability for nuisance, Lord Goff found it necessary to extend foreseeability also to the application of *Rylands v. Fletcher*³¹⁷¹. As a consequence, in spite of the fact the court found a typical example of the non-natural use of the land, no liability arose because the damage caused (contamination resulted from the leakage) was unforeseeable³¹⁷². In this way, an extra requirement in the form of “foreseeability” (also called principle of remoteness of the damage³¹⁷³) has been set³¹⁷⁴, satisfaction of which ever since is required in British law together with three

(D) 311 (Mar) at 411 “... nuisance is dependent on establishing unreasonable user giving rise to a foreseeable escape whilst *Rylands v. Fletcher* is concerned with non-natural or extraordinary user leading to an escape whether foreseeable or not.” An isolated escape seems, however, not to be the “brand” of *Rylands v. Fletcher*, as opposite to nuisance any more. For more details see the comment on *Colour Quest* and the text accompanying the nn. 3234-3235.

³¹⁶⁹ See the critic of this supposition in John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud., op. cit.*, p. 668. The author criticizes Newark’s thesis according to which “in 1866 there were number of cases in the reports suggesting that persons who controlled dangerous things were under a strict duty to take care, but as none of these cases had anything to do with nuisance Blackburn J did not refer to them.” See also F. H. NEWARK, “Boundaries of Nuisance”, *op. cit.* p. 488. MURPHY points out, in this sense, that while it cannot be denied that Blackburn J did not make any explicit reference to the immediately prior to precedents on dangerous things, he did, nevertheless, to the much earlier one of *Tenant v. Goldwin (1794) 2 Ld Raym 1089*.

³¹⁷⁰ It was three years later in *Hunter v Canary Wharf [1997] AC 655* where the doctrine that nuisance is a tort against land had been established. See Comment to the § 20, let. d, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1, March 28, 2001. On the position of the defendant as a land occupier see however note nr 96. On the plaintiff as the one who suffers harm in the neighboring land, see text accompanying the n. 3104-3105. It is argued that the British Common Law never required the claimant to be a landowner for purposes of *Rylands v. Fletcher*. See John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 648 and the references cited there.

³¹⁷¹ To this effect, *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. V. Miller Steamship Co. Pty. (The Wagon Mound (No.2)) [1967] 1 A.C. 617* has been cited as the authority that established the foreseeability requirement for nuisance (the case relied on public nuisance precisely). *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, at 300-301*. For comment on the foreseeability requirement, see also David WILKINSON, “Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc: Diluting Liability for Continuing Escapes”, *Mod.L.Rev.* nr 57, 1994, p. 802.

³¹⁷² See *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, at 303-305*. It was stated to the effect, that the occurrence (the seepage of P.C.E. through the floor of E.C.L.’s premises) took place before the legislation came into force and a philosophy was invoked, according to which it was not envisaged that statutory liability should be imposed retroactively. *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc [1994] 2 AC 264, at 307*.

³¹⁷³ See *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61 at 32(c) and 64*.

³¹⁷⁴ On “foreseeability” see David WILKINSON, “Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc: Diluting Liability for Continuing Escapes”, *op. cit.*, p. 799-811; see also the critic of the foreseeability requirement in Elspeth REID, “Liability for dangerous activities: a Comparative Analysis”, *op. cit.*, p.740-

others: 1. non-natural use of land, 2. accumulation and 3. escape of the thing from the defendant's land³¹⁷⁵. Therefore, for strict liability to apply fulfillment of the four conditions mentioned above is compulsory.

It was declared also by Lord GOFF, that the mere fact that the use is common in the tanning industry cannot be enough to bring it within the scope of the "natural use of land", which excludes the application of *Rylands v. Fletcher*³¹⁷⁶. The same was said for the assumption that because Sawston was a small industrial community, tanning should be considered worthy of support and encouragement³¹⁷⁷. In this way, the exception in shape of "use proper for the general benefit of the community", exempting from liability under the rule in *Rylands v. Fletcher* as established in *Rickards v. Lothian*, has been deemed not valid and the scope of the precedent broadened³¹⁷⁸.

As to reasons why the development of a general clause, similar to that in the United States, was denied in *Cambridge Water*, Lord GOFF decided it was, first of all, incompatible with the decision in *Read v. Lyons & Co Ltd*. Meanwhile according to the latter the rule from *Rylands v. Fletcher* applied only to injury caused by an escape from the land under the defendant's control, the North-American rule applied to all damage resulting from ultra hazardous operations³¹⁷⁹. Secondly, a reference was made to the

741. Critically about foreseeability as requirement which relates only to damage without being referred also to the risk of escape W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts, op. cit.*, (2006), p. 701. Compare, to the effect, with the foreseeability requirement settled in the §20, b, 1 of the Restatement Third, where it is referred to the risk of physical harm and not to the damage itself. The same is true for the art. 5:101 of the *Principles of European Tort Law*.

³¹⁷⁵ To the effect see, however, DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 611-621 who distinguish between "requirements of liability" in *Rylands v. Fletcher* (here 1. accumulation and 2. escape of the thing) and already mentioned above "controlling mechanisms", within the latter qualifying 1. Non-natural use of land, 2. Foreseeability and 3. Defenses to the rule.

³¹⁷⁶ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 309. Compare with the "common usage" exception to the rule from the § 20, b, 2 of the Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles) and from the art. 5:101, 2, b of the *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Springer, Wien New York, 2005.

³¹⁷⁷ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 309. "Use proper for the general benefit of the community" as an invalid exception to *Rylands v. Fletcher* has been later confirmed in *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2004] 2 AC 1, especially per Lord WALKER at 105.

³¹⁷⁸ This declaration seems to be in accordance with the §20 of the *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, which retreated from the previous formulation of the *Restatement Second*, according to which in determining whether the activity is abnormally dangerous the extent to which its value to the community is outweighed by its dangerousness was to be considered. See AMERICAN LAW INSTITUTE, § 520 of the Restatement of the Law, Second, St. Paul, Minn, 1977, vol. 3. As stated in the comm. k) to § 20 of the *Restatement Third*, *op. cit.*, "...the point that the activity provides substantial value or utility is of little direct relevance to the question whether the activity should properly bear strict liability. To be sure, activities that are common for purposes of Subsection (b)(2) may tend to be activities that produce substantial value. Accordingly, because of their commonness, many valuable activities will be properly found not to be abnormally dangerous. Even so, it is their commonness rather than their value that directly pertains to the strict-liability issue."

³¹⁷⁹ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 305.

Law Commission's Report on Civil Liability for Dangerous Things and Activities, where doubt was expressed as to the correct application of any general clause of strict liability for "especially dangerous" or "ultra hazardous" activities given all possible uncertainties and practical difficulties attached to so generally a defined concept³¹⁸⁰. As a consequence, basing its decision on prudential reasons, the House of Lords preferred not to enter the territory previously abandoned by the legislative power³¹⁸¹. Finally, it was affirmed that strict liability for activities with high risk inherent, as a general rule, should be imposed by the Parliament rather than by courts. To the effect, legislation was considered to be an apter instrument for identification of relevant activities and for laying down precise criteria for the incidence and scope of such liability.³¹⁸²

In 2003 Transco plc (formerly: British Gas) had sued the council responsible for the maintenance of the pipe work supplying water to a block of flats for repairs of £93,681.55 underneath one of its pipes in Brinnington giving rise to *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council*³¹⁸³. The case concerned the collapse of a utility company's embankment due to a gradual leakage from the water supply serving a tower block of 66 flats. As a result, the claimant's gas pipe ran collapsed, the latter being required to undertake urgent repairs in order to ensure that the gas pipe would not crack. The first instance court decided for claimant (Transco), but the claim was dismissed on both appeals on the ground that no extraordinary or unusual use of land occurred since the water supplies were domestic³¹⁸⁴. As a consequence, the House of Lords reached the conclusion that the provision of water to a block of flats, by means of a connecting pipe from the water main, though capable of causing damage in the event of an escape, did not amount to the creation of a special hazard constituting an

³¹⁸⁰ See the Report of the Law Commission on Civil Liability for Dangerous Things and Activities (1970) (Law Com. No 32) para. 14-16.

³¹⁸¹ *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 305.

³¹⁸² *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 305. In favor of this solution also W. H. VAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher*", *ZEUP*, 2005., p. 633, available also on « <http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/8254/transovStockportZEU2005no3.PDF> » (cd: 21.01.2009). For a critic of the strict liability being imposed in each case by *ad hoc* legislation see Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 1132-1135.

³¹⁸³ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council*, [2003] UKHL 61. A summary of the case can be found in Milton MCINTOSH, "Rylands v. Fletcher restated," *Solicitors Journal* 12th of December 2003, 1413. See also notes by Kumaralingam AMIRTHALINGAM, "Rylands Lives", *CLJ*, vol. 63, nr^o2, June 2004, p. 273-276 and Roderick BAGSHAW, "Rylands Confined", *LQR*, vol.120, July 2004, p. 388-392.

³¹⁸⁴ Mark LUNNEY and Ken OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, 3rd ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 686 and Carrie DE SILVA, "The Continuing Life of *Rylands v. Fletcher*: a Comparative Analysis of the Development and Enduring Use of the Rule in *Rylands v. Fletcher* in England and Wales and the Common Law World.", *op. cit.*, p. 11.

extraordinary use of land³¹⁸⁵.

The case opened the opportunity to decide upon the future of *Rylands v. Fletcher*. Having three choices of “where to get”, namely 1. to follow the path chosen by the Australian Supreme Court in *Burnie and Port* and to put an end to the existence of the independent rule; 2. to extend the rule to a general principle of strict liability for abnormally dangerous substances or activities or; 3. to confirm the existing *status quo* trying at the same time to give to the components of the rule as much clarity as possible, the House of Lords chose the third option. To justify the decision of not absorbing the precedent into the negligence principle, the court stated:

- a) There is a category of case, however small, in which it is just to impose liability without fault. An example is *Cambridge Water* if the damage had been foreseeable.
- b) Strict liabilities have been created by statute against the backdrop of the existing common law. Examples are section 209 of the Water Industry Act 1991, which imposes strict liability on water undertakers, and Schedule 2 to the Reservoirs Act 1975, which assumes strict liability in the circumstances of *Rylands v. Fletcher*.
- c) “Stop-go” is generally a bad approach to legal development. The House of Lords, therefore, preferred to follow the lead taken in *Cambridge Water*.
- d) Although replacing *Rylands v. Fletcher* with fault liability would approximate the law of England and Wales with the one of Scotland (which has not adopted the rule), it would widen the gap between it and the law in France and Germany. In both of those countries, strict liability regimes exist for disputes involving land.³¹⁸⁶

It seems appropriate in this context to draw attention of the reader to the following

³¹⁸⁵ “It is of course true that water in quantity is almost always capable of causing damage if it escapes. But the piping of a water supply from the mains to the storage tanks in the block was a routine function which would not have struck anyone as arising any special hazard.” *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61 at 13 per Lord BINGHAM. “...there is no evidence that it created a greater risk than is normally associated with domestic or commercial plumbing. True, the pipe was larger. But whether that involved greater risk depends upon its specification. One cannot simply assume that the larger the pipe, the greater the risk of fracture or the greater the quantity of water likely to be discharged. I agree with my noble and learned friend Lord Bingham from Cornhill that the creation of exceptional risk must be taken seriously and creates a high threshold for a claimant to surmount.” *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61 at 49 per Lord HOFFMANN.

³¹⁸⁶ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 6.

matter. Although the House of Lords preferred to abstain from any significant step-forward as to the strict liability, and the traditional approach to the rule was sustained in the case, it is also noteworthy that for the first time³¹⁸⁷ emphasis was made on the European laws convergence, which thereby seemed to be considered as an important factor to be considered when stating the law³¹⁸⁸. As to the reference made by their Lordships to strict liability regimes for disputes involving land in France and in Germany, most of the European civil codes include a norm on the liability for the collapse of buildings³¹⁸⁹. Apart from the narrowly formulated strict liability for the ruin of a building, the French Civil Code includes also famous art. 1384. A very broad interpretation given to the latter by the court led to a general clause of strict liability for the guardian of a thing for its active role in causing damage³¹⁹⁰. The rule does not require neither defectiveness nor dangerousness of the thing, and the only allowed defences are the absence of an active role in the causation³¹⁹¹, the defence of not being the *gardien* or the one of an external, unexpected and uncontrollable cause³¹⁹². It is also noteworthy, that founded on the art. 1382 of the French Civil Code, a judge-made strict liability for nuisance has been elaborated, according to which the owner or the occupier of a land is held liable for all use of land or activities carried out on land when they constitute an abnormal degree of inconvenience for the neighbors (so called *trouble de voisinage*)³¹⁹³.

German law provides for the liability of the owner of the building or immovable structure in the event of personal injury or property damage caused by the collapse or disintegration of the building or structure (§ 836- 838 of the *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)³¹⁹⁴. This liability rests on presumed negligence³¹⁹⁵, although in some cases courts might perfectly apply the doctrine of *Anscheinsbeweis*, where the proof of both, fault and

³¹⁸⁷ Respect to the rule in *Rylands v. Fletcher*.

³¹⁸⁸ On the change in English approach towards harmonization of European laws see Ewoud HONDIUS, “England and European Civil Code”, *ERPL* vol. 17, N° 2, 2009, p. 85-87.

³¹⁸⁹ Strict liability was introduced directly by art. 1386 of Belgian Civil Code, art. 2053 of Italian Civil Code, art. 1386 of French Civil Code, art. 58 of Swiss *Obligationenrecht* and art. 434 of Polish Civil Code. For more details see, Bernhard A. KOCH/ Helmut KOZIOL (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002. On liability for dangerous buildings and land in European jurisdictions see also Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, *op. cit.*, vol. II, p. 244-258.

³¹⁹⁰ It was affirmed by the *Court de Cassation* that the art. 1384 subs.1 rests on a presumption of liability (*une présomption de responsabilité*), and not of fault, for the defendant not to be able to provide a proof to the contrary. Susan GALAND-CARVAL, “France”, in Bernhard KOCH and Helmut KOZIOL *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 130.

³¹⁹¹ Although whenever the thing was stationary at the time of accident, or independently of being in movement or not, did not come into the contact with the victim, an extra condition was required by the court, requiring the thing standing in an “abnormal position” or “behaving abnormally”. See Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, p. 129.

³¹⁹² On the clause see Cees VAN DAAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 49-56, Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, p. 130 and 132.

³¹⁹³ Susan GALAND-CARVAL, “France”, *op. cit.*, p. 134 and Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, *op. cit.*, p. 392-393.

³¹⁹⁴ For the comment see, for instance, Cees VAN DAMM, *European Tort Law*, *op. cit.*, p.412- 413.

³¹⁹⁵ See, for instance, Jörg FEDTKE and Ulrich MAGNUS, “Germany”, in Bernhard KOCH and Helmut KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 149.

causation is presumed³¹⁹⁶³¹⁹⁷. Some specific statutes imposing strict liability exist also in Germany in cases of increased risk³¹⁹⁸; a fact which, as a consequence, gave way on the European level to a so-called German way of imposing strict liability³¹⁹⁹. Strict liability for damage caused by the unsafe state of an immovable has been introduced also by the Study Group on European Civil Code (SGECC) in art. 3:202 of the VIth Book of the Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, the so called Draft Common Frame of Reference (hereinafter DCFR)³²⁰⁰.

As to the general clause, on the European level liability for dangerous (business) activities can be found in art. 2050 of the Italian *Codice Civile*³²⁰¹ and art. 493 § 2 of the Portuguese Civil Code³²⁰². Both of the provisions are founded on a presumption of fault, nevertheless the duty of care to take precautionary measures has been interpreted so strictly in both cases that the defendant can escape liability only when the harm has its cause in an act of the victim or a third party, or in an other cause beyond his control. The risk determining the activity as dangerous can result from the magnitude of harm caused by the accident or from the fact that the occurrence of the accident is very likely³²⁰³. Other exponents of risk based liability can be found in the case law of the Austrian *Oberste Gerichtshof* (OGH)³²⁰⁴, which through analogous application of existing rules³²⁰⁵

³¹⁹⁶ For more details on *Anscheinsbeweis* doctrine, see Konrad ZWEIGERT and Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 652 and W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, Hart, Oxford/Portland, 2000, p. 345-346. For an example of *Anscheinsbeweis* implementation see Van GERVEN/LEVER/LAROCHE, *Ibidem*, p. 319.

³¹⁹⁷ See between others, FEDTKE/MAGNUS, "Germany", in KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, p. 149.

³¹⁹⁸ For the short overview see W. H. Van BOOM, "Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *op. cit.*, p. 628.

³¹⁹⁹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 628.

³²⁰⁰ According to the latter "a person who independently exercises control over an immovable is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within VI. -2:202 (Loss suffered by third person as a result of another's personal injury or death), and loss resulting from property damage (other than to the immovable itself) by a state of the immovable which does not ensure such safety as a person in or near the immovable is entitled to expect having regard to the circumstances: a) the nature of the immovable, b) the access to the immovable; and, c) the cost of avoiding the immovable being in that state." See the outline version at http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (cd: 13.01.2009).

³²⁰¹ By its virtue "Whoever causes injury to another in the performance of an activity dangerous by its nature or by reason of the instrumentalities employed, is liable for damages, unless he proves that he has taken all suitable measures to avoid the injury." English translation by Franz WERRO and Vero Valentine PALMER, in *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, Bruylant SA Bruxelles, Staempfli Publishers Ltd, Durham, Bern, Bruxelles, 2004, p. xxxii.

³²⁰² WERRO/PALMER, in *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, *op. cit.*, p.404.

³²⁰³ See WERRO/PALMER, *Ibidem*, p. 404 and F. D. BUSNELLI and Giovanni COMANDÉ, "Italy", in KOCH/KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, *op. cit.*, p. 212-213.

³²⁰⁴ Austrian Supreme Court.

³²⁰⁵ Austria seems to be one of the fewest, together with Denmark and Finland, Members of the European Union which permits, though cautiously, the analogous application of strict liabilities by courts. In rest of the countries courts are not allowed to proclaim strict liabilities in case of lack of any specific legal regulation. See W. H. VAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity

developed the “*Gefährliche Betrieb*³²⁰⁶” doctrine³²⁰⁷. An attempt to introduce a general clause of strict liability for ultra hazardous activities has been made also in Switzerland. Swiss Codification Commission under presidency of Prof. Pierre WIDMER introduced a provision similar to this from the American Restatement in the art. 50 of the Swiss Draft Reform Bill on the Law of Non-Contractual Liability³²⁰⁸. 21st of January of 2009, however, the Draft on the Reform and Unification of Swiss Tort Law has been finally rejected by the Swiss *Conseil fédéral*³²⁰⁹. And, finally, a general clause option has been chosen likewise by the European Group on Tort Law. As a consequence, the *Principles of European Tort Law*, a research project and proposal for a comprehensive system of European tort liability in its art. 5:501 establishes:

- 1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for a damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.
- 2) An activity is abnormally dangerous if
 - a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and
 - b) it is not a matter of common usage.
- 3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

of European Strict Liability Regimes”, *op. cit.*, p. 630-631, Bernhard KOCH and Helmut KOZIOL, “Austria”, in *Unification of Tort Law Strict Liability*, *op. cit.*, p. 14. VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, *op. cit.*, p. 540 and WERRO/PALMER, in *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, *op. cit.*, p.403.

³²⁰⁶ Dangerous operation.

³²⁰⁷ The main principle of the doctrine has been well summarized in the OGH’s decision from 1973: “According to the case-law, the specific statutory extended liability of undertakings in respect of specific operational risks may in principle be analogously extended to all dangerous operations; no one who operates such an undertaking may transfer the risk that that type of operation may cause damage to the body, life, or property of members of the public, but must compensate for such harm even where no fault can be shown on his part or that of his employees” OGH 28 Mar. 1973, SZ 46/36 p. 158, 163. English translation by Christian VON BAR, from *The Common European Law of Torts*, Oxford University Press, New York, 2005 (repr.), vol. 2, p. 384, no. 353

³²⁰⁸ According to the latter: “1) One who carries on a particularly dangerous activity for risk is liable for compensation of any damage resulting from the realization of the characteristic risk inherent to this activity, even if such activity is tolerated by legal order. 2) An activity is deemed to be particularly dangerous if, by its nature or by the nature of substances, instruments or energies used thereto, it is prone to cause frequent or serious damage, notwithstanding all care which can be expected from a person specialized in this field; such assumption is justified, in particular, where another statute already provides a special liability for comparable risk. 3) Special provisions governing the liability for a specific characteristic risk are reserved.” English translation by Pierre WIDMER See, “Switzerland”, *PETL Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 347.

³²⁰⁹ More information on the project is available on the website of Swiss Department of Justice and Police, see <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.Par.0008.File.tmp/vn-ve-f.pdf> . See also Peter LOSER, “Switzerland”, in Helmut KOZIOL and Barbara STEININGER (eds.), *European Tort Law 2004*, Springer, Wien, New York, 2005, p. 581.

- 4) This article does not apply to any activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.³²¹⁰

As to the extension of the rule to the general clause of strict liability for abnormally dangerous things or activities, the *Cambridge Water* decision was sustained. Imposition of strict liability in respect of operations of high risk has been left for the Parliament³²¹¹. There is an interesting remark to be made at this point, however. In spite of the clear negative as to the extension of the rule from *Rylands v. Fletcher* to the general clause mentioned above, some consistencies with the latter can be found. It is precisely in *Transco*³²¹² where, through Lord MOULTON's rule from *Rickards v. Lothian* and some other language of Lord GOFF in *Cambridge Water*³²¹³, the mischief or danger test has been subtly introduced into the notion of the "non-natural use of the land"³²¹⁴. Whichever motive guided the House of Lords' decision, be it the one of not completely closing the gate for the future, or be it congruency between the case-law and statutes' *rationale*³²¹⁵, it declared:

³²¹⁰ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Wien, New York, 2005. In favor of general clause for ultra hazardous activities on the European scene, for instance, Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 1132-1135 and Basil MARKESINIS and Hannes UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4th, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 723. See also the text accompanying the n. 3282-3285. Rather critic about it W. H. VAN BOOM, "Some Remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *op. cit.*, p. 630-633 and Gerhard WAGNER, "Comparative Tort Law" in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1034. For arguments in favor and contra see Jaap SPIER, "The Phantom of a European Civil Code", in Helmut KOZIOL and Jaap SPIER (eds.), *Liber amicorum Pierre Widmer*, Springer, Wien, 2003, p. 330.

³²¹¹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 7 and 41 *per* Lord BINGHAM OF CORNHILL and Lord HOFFMANN, respectively. In favor of the general clause solution, see John Gunther FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 377 and MARKESINIS/JOHNSTON/DEAKIN, *Tort Law, op. cit.*, p. 626.

³²¹² *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 64. For the comment see *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 at 25.

³²¹³ Lord GOFF in *Cambridge Water* refers several times to the famous statement by Lord MOULTON in *Rickards v. Lothian*, without expressly elevating risk to an independent factor that influences the scope of "non-natural use of land". See, for instance, *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 298.

³²¹⁴ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 10.

³²¹⁵ To the effect see the comment in W. H. VAN BOOM, "Some remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *op. cit.*, p. 624 where he declares that Lord HOFFMANN's speech is remarkable in the sense that it pleads for convergence of the rule in *Rylands v. Fletcher* with the statutory strict liability regimes. It is remarkable in this sense, that if the water pipe in *Transco* had not been privately owned by the Stockport Council, but instead had belonged to the so called statutory undertaker, the s. 209 of the Water Industry Act 1991 would have applied. *Cf* William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowich on Tort, op. cit.*, p. 552.

*Bearing in mind the historical origin of the rule, and also that its effect is to impose liability in the absence of negligence for an isolated occurrence, I do think the mischief or danger test should be at all easily satisfied. It must be shown that the defendant has done something which he recognized, or judged by the standards appropriate at the relevant place and time, he ought reasonably to have recognized, as giving rise to an exceptionally high risk of danger or mischief³²¹⁶ if there should be an escape, however unlikely an escape may have been thought to be.*³²¹⁷

*...It is thus the creation of a recognizable risk to other landowners which is an essential constituent of the tort and the liability of the defendant. But once such a risk has been created, the liability for the foreseeable consequences of failure to control and confine it is strict.*³²¹⁸

Finally, much time has been dedicated to the revision of the term “non-natural user of the land”. Meanwhile the risk/danger factor has been accepted as a denominator of the “non-natural user” almost unanimously by all Lords³²¹⁹ in *Transco*, three different standards have been established as to the concept globally considered.

As first, departing from the broad statement of BALCKBURN J and of Lord CRANWORTH, Lord BINGHAM declared that the requirement of BLACKBURN J that the thing brought on to the defendant’s land should be something “not naturally there” shouldn’t be interpreted as excluding anything that has reached the land otherwise than through operation of the laws of nature³²²⁰. After making reference to Lord MOULTON’s statement from *Rickards v. Lothian* (“it must be some special use bringing with it increased danger to others”) he affirmed that “ordinary”, and, conversely, “extraordinary” and “unusual” were preferable terms to “natural” and “non-natural” (user of land)³²²¹. In this way, meaning given to the “non-natural use of land” by Lord

³²¹⁶ (Emphasis supplied).

³²¹⁷ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 10 per Lord BINGHAM.

³²¹⁸ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 64 per Lord HOBHOUSE. Confirmed by *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 at 25.

³²¹⁹ *Transco*[2004] 2 AC 1, at 11 per Lord BINGHAM, at 44 per Lord HOFFMANN, at 64 per Lord HOBHOUSE and at 103 per Lord WALKER.

³²²⁰ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 11. He says precisely this meaning has been fairly described as “redolent of a different age” in *Cambridge Water* [1994] 2 AC 264, 308.

³²²¹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 10 per

BINGHAM appears to be equivalent to “the one that creates an increased risk”. As a result, the rule elaborated by Lord BINGHAM took the following shape:

*“An occupier of the land who can show that another occupier of land has brought or kept on his land an exceptionally dangerous or mischievous thing in extraordinary or unusual circumstances is in my opinion entitled to recover compensation from that occupier for any damage caused to his property interest by the escape of that thing, subject to defences of Act of God or of a stranger, without the need to prove negligence”*³²²².

It was argued by some that the “exceptional risk” as introduced by Lord BINGHAM has been set as a condition separate from the “non-natural use of land”, even though not completely isolated from the latter. Accordingly, since the mischief or danger test has been attached by his Lordship to the escape of the thing, the “extraordinary and unusual” use isolated from the risk factor will mean “very uncommon”³²²³. It is true that throughout the Lord BINGHAM’s ruling a great emphasis was made on dangerous or mischievous thing³²²⁴ rather than on the use, which could and gave later on rise to subsequent interpretation by the legal doctrine³²²⁵. It is also true that after declaring that mischief or danger test cannot be viewed in complete isolation from the “non-natural user”, Lord BINGHAM turned to analyze Lord Moulton’s statement from *Rickards v. Lothian*, according to which “it must be some special use bringing with it increased danger”³²²⁶. One cannot with all certainty agree, therefore,

Lord BINGHAM. This meaning given to the “natural use” would be consistent with “common usage” exclusion of strict liability for abnormally dangerous activities as established in §20 of the Restatement Third, *op. cit.* and in the art. 5:101 of the *European Principles of Tort Law*, *cit.* See also the com. J to the §20 of the Restatement Third, *cit.*

³²²² *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 11.

³²²³ Roderick BAGSHAW, “*Rylands Confined*”, *LQR* vol. 120, July 2004, p. 389-390. In the same vein,

³²²⁴ See the following citations from the judgment: “something which ...will naturally do mischief if it escapes”(LR 1 EX 265, 279 *per* BLACKBURN J), “something dangerous...”, “anything likely to do mischief”, “something ...harmless to other so long as it is confined to his own property, but which he knows to be mischievous if it gets on his neighbor” (LR 3 HL 330, 340, *per* Lord CRANWORTH), ... “the practical problem is of course to decide whether in any given case the thing which has escaped satisfy this mischief or danger test...”, *Tesco* [2004] 2 AC 1, para. 10 ‘...the thing brought on the defendant’s land should be something “not naturally there”’ *Tesco* [2004] 2 AC 1, para. 11.

³²²⁵ Such a formulation would imply, if ever to be developed, a possible general clause for dangerous things rather than activities. In favor of this solution between legal scholars W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, *op. cit.*, (2006), p. 705, no. 15-10, Nicolas J MCBRIDE and Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 2nd ed., Pearson Education Limited, Essex, 2005, p. 743-746 and apparently Mark LUNNEY and Ken OLIPHANT, *Tort Law*, *op. cit.*, p. 679. Critic to Lord BINGHAM’s principle was posed by John MURPHY in, *Street on Torts*, 12th ed., Oxford University Press, New York, 2007, p. 466, n. 6. See also the chapter 2.2 on “British legal doctrine on *Rylands v. Fletcher*”, especially the text accompanying the n.3262-3275.

³²²⁶ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 11.

with the statement that the risk factor is out of relevance for the user concept by Lord BINGHAM.

The same meaning was given to “non-natural use” by Lord HOFFMAN (here emphasis was made, in contrast, on use, not on the thing) when he declared that the question of what is a natural use of land or, (the converse) a use creating an increased risk, must be judged by contemporary standards (therefore, “non-natural use” = the one giving rise to an increased danger)³²²⁷. Accordingly, he identified two features of the nowadays society: 1. statutory regulations and 2. property insurance, which he considered relevant when establishing the two step test for “non-natural user of the land”. According to the latter, it is necessary, first, to examine the extension of statutory regulations in question in order to verify if they cover a particular form of escape. Their existence and applicability render immaterial the one of *Rylands v. Fletcher*³²²⁸. The second step, given that *Rylands v. Fletcher* concerns only damage to property, consists in taking into account the insurance position:

*“A useful guide in deciding whether the risk has been created by a “non-natural” user of land is therefore to ask whether the damage which eventuated was something against which the occupier could reasonably be expected to insure himself. Property insurance is relatively cheap and accessible; in my opinion people should be encouraged to insure their own property rather than to seek to transfer the risk to others by means of litigation, with the heavy transactional costs which that involves.”*³²²⁹

As a consequence, since most property can be insured against external risks, non-natural use should be understood as one that creates risks against which most people would not be expected (or able) to insure, which, he considered, was not the case in *Transco*³²³⁰.

³²²⁷ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 44. He agrees, in this way, with Lord BINGHAM repeating Lord Goff’s statement of “non-natural” being redolent of different age and declares the meaning of “natural” was set on different course by the cited opinion of Lord MOULTON in *Rickards v. Lothian*.

³²²⁸ In this sense, the test formulated by Lord HOFFMANN would be in accordance with the formulation of the art. 5:101 of the *European Principles of Tort Law* which in its para.4 states: “This Article (on strict liability for abnormally dangerous activities) does not apply to an activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.”

³²²⁹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 46.

³²³⁰ “...I think the risk of damage to property caused by leaking water is one against which most people can and do commonly insure. This is, as I have said, particularly true of *Transco*, which can be expected to have insured against any form of damage to its pipe.” *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough*

The third standard, established by Lord HOBHOUSE, is rather different from the previously discussed ones in two senses at least. First, whereas the Lordship affirmed that liability in *Rylands v. Fletcher* arises from the dangerous use of land and the risk concept remains relevant for the case³²³¹, he declared at the same time the danger factor not being sufficient. By saying that natural features of the land do not satisfy the criterion of “non-natural use of land”, even if they constitute a danger for the adjoining landowners, he gave to the concept meaning rejected previously by Lord BINGHAM and Lord HOFFMANN³²³².

The main focus of unnecessary confusion has been the phrase “which was not naturally there” (Blackburn J) and “natural/non-natural user” (Lord Cairns LC). What they were referring to was the creation or preservation of the dangerous user by bringing something dangerous onto the land or keeping it there. This was how Lord Porter read it in his speech in Read v Lyons / Co Ltd [1947] AC 156. It involves some positive use of the land by the landowner, created or continued by landowner. Natural features of the land do not satisfy this criterion even if they constitute a danger to adjoining landowners, for example, rivers which are liable to flood. This does not involve the inquiry into the ever changing features of any landscape but should direct the focus onto what the occupier has himself done-what thing³²³³ he has brought onto his land. Similarly, the presence of natural vegetation on the land, or the normal use of the land in the course of agriculture does not as such bring the rule into operation. Any risk involved, for example the spread of fire, are not ones which, without more, call for the imposition of any risk based liability;...there will not be duty of care simply to protect one’s neighbor from natural hazards³²³⁴.

Council [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1 at 49. For the critic of this approach see W. H. VAN BOOM, “Some remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes”, *op. cit.*, p. 635-636, Michael G. FAURE, (ed.), *Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability: Future Developments in the European Union*, Springer, Wien, 2003 and Christopher MCNALL, “Holding Back the Tide of Negligence? *Rylands v. Fletcher* revisited; *Transco PLC v. Stockport MBC [2003] UKHL 61*”, *Conveyancer and Property Lawyer*, 2004, p. 251 and Kumaralingam AMIRTHALINGAM, “*Rylands Lives*”, *op. cit.*, p. 275 (“what may be termed ‘prescriptive social policy’ ... is an area best left to the legislature”).

³²³¹ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 57.*

³²³² And proposed previously by NEWARK when he declared that what Lord CAIRNS meant by non-natural was “anything not there in the state of nature”. See NEWARK, “Non- natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* p. 557.

³²³³ (Emphasis supplied). It could be argued, to the effect, that at this point the approach adopted by Lord HOBHOUSE is aligned with the one of Lord BINGHAM (risk related to the thing itself). Ultimately he seems, however, to agree with Lord HOFFMANN (risk factor as related to the use of land, and not to the thing brought on the land itself). See DEAKIN,/JOHNSTON,/MARKESINIS, *Tort Law*, 6th ed., Clarendon Press, Oxford, p. 614.

³²³⁴ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 63.*

And second, Lord HOBHOUSE disagreed with the last part of Lord HOFFMANN's two step formula on the insurability of the property, applying exactly opposite reasoning, according to which it is the creator of the risk that should bear the burden of taking out insurance:

*Thirdly it is argued that the risk of property damage is "insurable", just as is public liability. It is then said that, since insurers are likely to be real parties behind the litigation, the rule has become unnecessary. This is unsound argument for a number of reasons... The economic burden of insuring against the risk must be borne by he who creates it and has control of it. Further the magnitude of the burden will depend upon who ultimately has to bear the loss: the rule provides the answer to this. The argument that insurance makes the rule unnecessary is no more valid than saying that, because some people can afford to and sensibly do take out comprehensive car insurance, no driver should be civilly liable for his negligent driving. It is unprincipled to abrogate for all citizens a legal right merely because it may be unnecessary as between major corporations.*³²³⁵

Finally, having in mind principles established in *Cambridge Water* and *Hunter v. Canary*, their Lordships confirmed the decision in *Read v. Lyons* by following the path that damages for personal injuries are not recoverable under the rule in *Rylands v. Fletcher*³²³⁶. As to the latter, however, it has been pointed out that not only the exclusion was lacking historical background³²³⁷ and, authorities after *Read v. Lyons* to the contrary could be found³²³⁸, but also some harbingers appeared as to the possibility of this traditional and important characteristic of nuisance (and, thus, also of *Rylands v. Fletcher*) being prohibited by virtue of the Human Rights Act³²³⁹. This point has been raised in the Court of Appeal in *Marcic v. Thames Water Utilities Limited*³²⁴⁰ without later being pursued in the House of Lords³²⁴¹. In the case, the claimant's property was

³²³⁵ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 60.

³²³⁶ *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 9 and 35 per Lords BINGHAM and HOFFMANN, respectively.

³²³⁷ The principle by virtue of which personal injuries are not recoverable under *Rylands v. Fletcher*, as established in *Read v. Lyons* is deemed to be inconsistent with several previous precedents, as stated in John FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 384. See *Miles v. Forest Rock Granite (1918)* 34 TLR 500 (CA); *Shiffman v. Order of St John* [1936] 1 All ER 557; *Hale v. Jennings Bros* [1938] 1 All ER 579.

³²³⁸ See, for instance, *Hunter v. Canary Wharf Ltd* [1997] A.C. 655 at 719 per Lord COOKE of Thorndon, *Perry v. Kendricks Transport Ltd* [1956] 1 All ER; at 160-161 per PARKER LJ.

³²³⁹ For the Human Rights Act 1998, see http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (cd:13.01.2010).

³²⁴⁰ [2002] EWCA Civ 64.

³²⁴¹ [2003] UKHL 66.

regularly flooded as a result of the failure of the defendant to carry out drainage works which would have prevented the accident. The case was considered to fall under the law of nuisance, from one side, and under the art. 8 of the Act (Right to Respect for Private and Family Life) and art. 1 of the first Protocol (Peaceful Enjoyment of One's Possession) of the mentioned Human Rights Act, on the other. The Appeal Court (statement confirmed by the House of Lord) deemed common law damages to be sufficient remedy in this case precisely. Nevertheless, some possible future implications for nuisance (and what follows, to *Rylands v. Fletcher*) were made evident at the same time. It is precisely sec. 8 which constitutes a neuralgic point in the discussion. According to this section, breach of the Act empowers the court to grant relief or remedy, including damages, as it sees fit. Therefore the suggestion was made that the Act will have some indirect and considerable influence on the common law. It was affirmed to the effect, that since there is no need for the courts to apply directly the remedies provided by the Act for its breach, each time the case will rely upon the common law under which no specific tort remedy will be foreseen, the Act will begin to come into its own³²⁴². The doctrine derived from *Rylands v. Fletcher*, in shape it started to take from *Read v. Lyons*, here as a special category of liability for exceptionally hazardous activities related to land, has been criticized also by a part of the legal doctrine as indefensible, given that by its virtue proprietary interests enjoy greater protection than personal ones³²⁴³. When it comes to type of damage recoverable under the precedent, it was also suggested, although this time not in *Transco*, that pure economic loss might be recoverable under *Rylands* if it was a sufficiently direct result of the escape³²⁴⁴. In this case, never the less, again the problem of the precedent being a tort related to land arises.

³²⁴² Carrie DE SILVA, „The Continuing Life of *Rylands v. Fletcher*...”, *op. cit.*, p. 11. For more details see also Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON and Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, *op. cit.*, p. 440-441. See also Jonathan MORGAN, “Nuisance, Property and Human Rights”, *LQR*, n°118, 2002, p. 27- 31.

³²⁴³ See for Great Britain T.H. TYLOR, “The restriction of Strict Liability”, *Mod.L. Rev.*, vol.10, n°4, October 1947, p. 400 and W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, *op. cit.*, (2006), p. 697, for United States Fowler. V. HARPER and Flaming JAMES, *Law of Torts*, Little Brown & Co., Boston, 1956, p. 806 and for Canada Allen M. LINDEN, “Whatever Happened to *Rylands v. Fletcher*?” in Lewis KLAR (ed.), *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, Toronto, 1977, p. 335. One cannot but agree with the opinion that it seems at least surprising in the XXI century that the bodily integrity and life enjoy lesser protection than proprietary interests, however appealing may seem the coherency argument posed by the orthodox trend. It sounds even odder when placed in European perspective (see, for instance, art. 2:102 of the *European Principles of Tort Law*, *op. cit.* which places body integrity and life on the top of the list of protected interests) and taken into account historical reasons which possibly led to the adoption of the rule (disasters horrifying due to the loss of life above all).

³²⁴⁴ See *Ryeford Homes v Sevenoaks District Council* [1898] *Con LR* 75.

Transco has been criticized by those willing to see in the precedent a broader rule of strict liability. And one cannot deny truth to the argument that the equating non-natural with non-ordinary use significantly limits the range of uses that is subject to strict liability under actual interpretation given to *Rylands v Fletcher*³²⁴⁵. The same was said for the additionally added “hurdle” in shape of risk, from that moment on plainly established extra denominator of non-natural use of land. Nevertheless, other interpretations will be attended here for it seems to the author feasible that some light could be also put on this gloomily received decision. Therefore, while “extraordinary” or “unusual” use, in the sense of the one which creates extraordinary risk, at first glance can be seen as limiting when attached to land, it could possibly be perceived at the same time as a first step in preparing the ground for the broader use to be finally given to *Rylands v. Fletcher*, if the precedent is ever to “escape from the straightjacket of nuisance”³²⁴⁶. Thus if as a next step we eliminate from the rule formulated by Lord BINGHAM all elements that relate to land, the extraordinary or unusual use definition achieved will, perhaps, be more comparable with the one of abnormally dangerous activities from the Restatement Third. The meaning given to the non-natural use by Lord HOBHOUSE, in exchange, underlines in double way the precedent’s relation to land Torts when transmitting “never forget, only what is not natural to land, and furthermore dangerous”. The latter, in fact, has long since been the orthodox approach to non-natural user³²⁴⁷.

More recently, *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd [2005]*³²⁴⁸ has been decided in Technology and Construction Court. In the case fire started on the upper floor, in one unit of a factory, occupied by the Defendant’s company involved in the production process of some inflammable materials stored there. The fire broke out while one of the employees of the Defendant was cutting the materials with a hot wire machine, and spread quickly into two other units, leased and occupied by LMS International. The claim was brought against Defendant (Styrene Packing and Insulation) by the LMS and by the owners of the two units affected by the fire for the damage caused to their machinery, plant and stock and for business

³²⁴⁵ See LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law*, op. cit., p. 690 and John FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 378, when referring to Lord Moulton’s formula from *Rickards v. Lothian*.

³²⁴⁶ Expression used by Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, op. cit., p. 429.

³²⁴⁷ See the section about “English doctrine on *Rylands v. Fletcher*”, and especially the text accompanying the n.3254.

³²⁴⁸ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd [2005] EWHC 2065*.

interruption (LMS), and for building re-instatement costs and lost rent (the owners)³²⁴⁹. The claim was based principally on the rule from *Rylands v. Fletcher*, and alternatively, on the law of negligence and nuisance³²⁵⁰.

In the ruling Judge Peter COULSON recalled earlier “fire cases”³²⁵¹ relied on *Rylands v. Fletcher* and previously omitted in *Transco*³²⁵², from which and some other authorities commented above, a clear summary of relevant principles has been delivered.

The court declared:

“...in cases with fire³²⁵³, the rule in *Rylands v. Fletcher* requires two things. First, the defendant must have brought onto his land things which were likely to cause and/or catch fire, and kept them in such a condition that, if they ignited, the fire would be likely to spread to the claimant’s land (Mason)³²⁵⁴. To put it another way, those things must represent a recognizable risk to the owners of the adjoining land (Tesco per Lords BINGHAM and HOFFMANN). Secondly, the actions on the part of the defendant must arise from a non-natural user of the defendant’s land (Mason³²⁵⁵ and Tesco per Lord HOBHOUSE³²⁵⁶)³²⁵⁷.

³²⁴⁹ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, para.1-3.

³²⁵⁰ *Ibidem*, at para. 7.

³²⁵¹ For the overview of Common Law in fire cases and its relation to the Fire Prevention (Metropolis) Act 1774, which provides to Defendant a defence in case the fire started accidentally, see *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065 at 27-32 and

³²⁵² *Balfour v. Barty-King* [1957] 1 ALL ER 156, *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530, *E Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54 and *Johnson v B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574. See also the commentary above, the text accompanying the n. 3115-3119.

³²⁵³ It is noteworthy that some of the texts on Tort analyze fire cases separately, as a different type inside of the same cause of action [*Rylands v. Fletcher*]. See, for instance, John G. FLEMING, *The Law of Torts*, op. cit., p. 391-392, LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law*, op. cit., p. 694-696 and W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, op. cit., p. 716-718. No other “thing” was capable of gaining the same status. One of the possible explanations is that this type of liability is not quite the same as in the rest of the cases from *Rylands v. Fletcher*. Here the thing (fire) is not being accumulated as to give later place to the following escape. The question to be posed is rather “Did the defendants...bring to their land things likely to catch fire, and keep them there in such conditions that if they ignite the fire would be likely to spread to the claimant’s land”. *Mason v. Levy Auto Parts of England Ltd* [1967] 2 Q.B. 530 at 542, per MACKENNA.

³²⁵⁴ *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530. In the case the fire started at the defendant’s premises where he kept machinery in inflammable pickings, together with petroleum, acetylene and paints. The fire broke out and escape to the claimant’s property. The circumstances of the storage amounted to a “non-natural user” and, as a consequence, Defendants were held liable under the rule in *Rylands v. Fletcher*.

³²⁵⁵ In *Mason* the two stage test was exactly the following one: “first, whether the things brought onto the land were likely to catch fire and, if they did, whether the fire was likely to spread to the adjoining land; and secondly, whether such things were done in the course of a non-natural user of the land”. *Mason v Levy Auto Parts of England* [1967] 2 QB 530, at 70c per Lord MACKENNA.

³²⁵⁶ See *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 6 and below, the text accompanying the n. 3197.

This principle, said to be taken by Judge COULSON from both, *Mason* and *Tesco*, requires some explanation. Meanwhile in *Mason*, MACKENNA J applied a two-stages test, he did not referred expressively to risk as an essential component of the “non-natural user of the land”. The risk, especially emphasized in *Tesco*, could be, nevertheless, easily deduced from the first-stage formulation. Taking into account that risk of sufficient magnitude for the non-natural use in *LMS International* deemed to be the risk of polystyrene stored on the premises catching fire and the fire spreading to adjoining premises, it was doubted by some³²⁵⁸ that the approach used in the case was at all correct. Difficulties were found with acknowledging the difference between the “non-natural use of land” and the formula of the first stage of the principle cited above, as in both cases, according to LUNNEY and OLIPHANT, the same matter was addressed--the risk of fire that was created by the defendant’s use. This would be the case if we had considered the “non-natural use of land” in the meaning given to it by Lord BINGHAM, especially. More feasible seems, however, that Judge COULSON uses in the precedent the formula by Lord HOBHOUSE, according to which risk constitutes only one and not sufficient element of the “non- natural use of land”, precisely because “natural features of the land do not satisfy this criterion even if they constitute a danger to adjoining landowners.” Those natural/ not-natural features are probably addressed in the second stage of the principle from *LMS International*³²⁵⁹. The fire in the case was classified as a thing³²⁶⁰.

Consequently, Judge COULSON admitted that the rule in *Rylands v. Fletcher* was restricted in recent years, but at the same time its complete abolition was twice avoided in *Cambridge Water* and *Transco*³²⁶¹. As to Lord HOFFMANN’s two-step test from *Transco*, Judge COULSON declared that “non-natural user” should be considered by reference to contemporary standards. As a result, the existence of statutory regulations

³²⁵⁷ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 33a). All three brackets are supplied by the author to distinguish parts of the rule, combined from the two precedents, coming from *Mason*, from the other coming from *Tesco*. In original version the reference to the two precedents mentioned above is made at the end of the rule, without any emphasis being made as to the exact origin of the constituting elements.

³²⁵⁸ Mark LUNNEY & Ken OLIPHANT, *Tort Law. Texts and Materials.*, *op. cit.*, p. 696.

³²⁵⁹ See, however, previous case on fire *Johnson v. B J W Property* [2002] 3 ALL ER 574, where Judge THORNTON QC seems to use rather the standard established by Lord Bingham and Hoffman when he says: “...since the fire in question had not escaped “accidentally” since it escaped following a dangerous or non-natural use of the land. The “or” suggests that “dangerous” and “non-natural” are used in this context as substitutes.

³²⁶⁰ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 31.

³²⁶¹ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 33b.

relating to the storage of the dangerous thing(s) may preclude the operation of the rule in a particular case. It was underlined, however, that the second step, here the existence of insurance, may be a relevant factor, although it was said at the same time to be a matter on which the House of Lords emphatically disagreed³²⁶². The reference was made again to *Mason and Hobbs*³²⁶³, where the storage of inflammable materials was held sufficient to trigger the rule in *Rylands v. Fletcher*³²⁶⁴. And finally, the following rule was established:

Fire is plainly dangerous. Therefore, if the escape of fire from A's land to B's land was the (foreseeable³²⁶⁵) result of the storage of dangerous things that comprised a non-natural user of land by A, then subject to the qualifications set out above, A is prima facie liable to B under the rule in Rylands v. Fletcher³²⁶⁶.

And finally, eagerly expected as the one that could possibly change the fate of *Rylands v. Fletcher*, placing it again under the microscope³²⁶⁷, *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc*³²⁶⁸ has not introduced much novelty on the matter. The future of the precedent was not even on the spot of the discussion in the High Court, Queen's Division Bench of England and Wales. Consent as a defence to *Rylands v. Fletcher* and relation between the latter and nuisance were the two primary issues addressed in the case.

The facts of the case ranged over the largest peacetime explosion ever to have occurred in Europe. The event took place at the Buncefield Depot in Hertfordshire, where a huge fuel tank farm was located. Used by a number of big oil companies such

³²⁶² *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 33c.

³²⁶³ *Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited* [1992] 1 LIL Rep 54. In the case the fire caused by a spark from a grinding machine which fell onto combustible material/debris below the machine started in Hobbs's barn and spread to Gerber's land, destroying the adjacent hanger. Hobbs alleged that the fire spread was due to the foam insulation in the barn manufactured by Baxeden, and issued separate proceedings against the latter. Gerber has succeeded in establishing liability in respect of the rule in *Rylands v. Fletcher*.

³²⁶⁴ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 33d.

³²⁶⁵ Note that the foreseeability requirement as set in *Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc* [1994] 2 AC 264, at 303-305 is considered by a majority of the cases as referring to the damage and not to the escape itself as affirmed in the case by Judge COULSON. On the matter, see, e.g., Mark LUNNEY and Ken OLIPHANT, *Tort Law, op. cit.*, p. 684, W.H.V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts, op. cit.*, (2006), p. 701 and DEAKIN/ JOHNSTON /MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 618. See also the text accompanying the n. 3135.

³²⁶⁶ *LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd* [2005] EWHC 2065, at 33 e).

³²⁶⁷ In this sense DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 629.

³²⁶⁸ *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others* [2009] All ER (D) 311 (Mar).

as Total, Chevron, BP and Shell, it was provided with petrol, aviation fuel and diesel by a pipeline. On Sunday, 11th of December 2005 a vapor cloud, developed from the spillage of some 300 tons of petrol from a storage tank, got ignited, causing a massive explosion. Damage estimated at £750 million resulted to the Buncefield site itself, as well as to commercial businesses and residential properties outside of the depot.

As to the relation between *Rylands v. Fletcher* and nuisance, the court stated:

“...nuisance is dependent on establishing unreasonable user giving rise to a foreseeable escape whilst Rylands v. Fletcher is concerned with non-natural or extraordinary user leading to an escape whether foreseeable or not.”³²⁶⁹

“In considering the authorities it has to be borne in mind that there will be cases in which it may not matter which cause of action is pursued . . . Equally there will be circumstances (perhaps in particular with an isolated occurrence) where liability can only be made good if at all under Rylands v. Fletcher. Thus whilst repeated escapes might be readily foreseeable an isolated escape may be less so. So also the relevant escape may be attributable to an extraordinary but not unreasonable user.”³²⁷⁰

Based on previous authorities³²⁷¹, an affirmation that there can be a liability for an isolated escape also in cases of private nuisance has been made by the High Court³²⁷².

Therefore, if the case will not be appealed and the rule reconsidered in the last instance in the Supreme Court of the United Kingdom³²⁷³, long since and well established orthodoxy in *Rylands v. Fletcher* also this time will not leave the place to any other “progressive” solution.

³²⁶⁹ *Colour Quest v Total*, at 411.

³²⁷⁰ *Colour Quest v Total*, at 412.

³²⁷¹ *British Celanese Ltd v Hunt* [1969] 1 WLR 959, p. 969, *Transco plc v. Stockport* [2004] 2 AC 1 at para. 27 per Lord HOFFMAN in between others.

³²⁷² *Colour Quest v Total*, at 421.

³²⁷³ In October 2009, The Supreme Court replaced the Appellate Committee of the House of Lords as the highest court in the United Kingdom. For more information go to <http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court.html>.

b. British legal doctrine on *Rylands v. Fletcher*.

Since *Water Cambridge* has been decided, years have passed, and neither clarity nor certainty seems to have been achieved on the matter. Instead the question “Can we do without *Rylands v. Fletcher*” has been posed by some³²⁷⁴. Development and the following increasing importance of the general principle of fault, as well as fully established, as it seems, practice of imposing strict liability through the written law of statutes³²⁷⁵, convinced one sector of British legal doctrine to the idea of *Rylands v. Fletcher* being “an anachronistic relic of a primitive legal system”³²⁷⁶, the decision which “ought to be confined to the graveyard of legal history”³²⁷⁷ or a “dead letter”³²⁷⁸. Nevertheless, the rule still finds its loyal supporters, mainly between those scholars who, departing from the precedent, promote the existence of a general clause of strict liability in version of: 1. enterprise liability³²⁷⁹ or 2. liability for dangerous things³²⁸⁰.

³²⁷⁴ John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, nr° 4, 2004, p. 656 and following ones. The author analyzes possible absorption of the rule by the law of private nuisance or by the one of negligence, pointing out another solution that has been suggested of replacing the rule by a statute. See on this matter ROYAL COMMISSION on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Cmnd 7054, Vol. I, Ch 31) and LAW COMMISSION, *Civil Liability for Dangerous Things* (Law Com N° 32, 1970), para 20.

³²⁷⁵ See in England, the Merchant Shipping Act 1995 (Liability for Escape of Oil and Other Noxious Substances from Sea Vessels), the Water Industry Act 1991, § 209 (Civil Liability of Undertakers for Escape of Water), and §48A added in April 2005 (Liability of those Abstracting Water from Underground Strata or Inland Waters), Environmental Protection Act 1990, § 73(6) (Liability for Damage Caused by Waste Deposited in or on Land), The Reservoirs Act 1975 (strict liability for water escaping from reservoirs which hold at least 25,000 m³ above ground, § 14 of the Gas Act 1965 (Strict Liability for Damage Done by the Escape of Gas from Underground Stores or Connected Boreholes for Public Gas Transporters) and the Nuclear Installations Act 1965, § 7 (Strict Liability of Licensed Nuclear Installation Operators for any Personal Injury or Damage to Property Resulting from Radioactive, Toxic, Explosive and Other Hazardous Properties of Nuclear Operations) and the Fire Prevention (Metropolis) Act 1774 (in existence of a defence for accidental fires). Cf a detail analysis of statutory strict liabilities in Keith STANTON, Paul Harris SKIDMORE, Michael HARRIS and Jones WRIGHT, *Statutory Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

³²⁷⁶ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* p. 82.

³²⁷⁷ Expression used by John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 661.

³²⁷⁸ As determined in *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, [2004] 2 AC 1, at 99. In between those in favor of this opinion in Great Britain, for instance, Donal NOLAN, “The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*. According to the author the most feasible explanation for the rule in *Rylands v. Fletcher* is the one of the judges applying the ancient theory “a man acts at his peril” *Ibidem*, p. 430; the analysis of the rule does not provide any bases for it to be considered a genre of nuisance, *Ibidem*, p.427-432; significant distinction are to be found between the latter and the rule in question, *Ibidem*, p. 432-436; a merger between them is not advisable, *Ibidem*, p. 436-439; and in light of legal uncertainty caused by its complexity it should be left abandoned as an outdated reflect of some past doctrines, *Ibidem*, p. 450-451. In Australia this path was followed by the Highest Court of Australia in *Burnie Port*, discussed above, see n. 116.

³²⁷⁹ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* Apart of Ken OLIPHANT, the idea of enterprise liability as derived from *Rylands v. Fletcher* seems to be actually promoted also by John MURPHY. The latter, rather in terms of legal policy than as an interpretation given

As a consequence, the precedent that throughout the last century and a half attracted so many controversies still divides legal scholars of contemporary England. It can be said also to have given rise to two (with certain qualifications) main trends as to origins of the rule and its future application and perspective³²⁸¹, orthodox and modernist one³²⁸².

According to the orthodox view³²⁸³ Lord BLACKBURN was not conscious of the fact he was extending existing law in any way³²⁸⁴ and *Rylands v. Fletcher* constituted the application or extension of an existing cause of action (nuisance)³²⁸⁵. The only novelty of the rule in *Rylands v. Fletcher* was the decision that “an isolated escape was actionable,”³²⁸⁶ and the confirmation of the principle that negligence was not an element of nuisance³²⁸⁷. As such, the rule shouldn’t be justify on account of “magnitude of danger, coupled with the difficulty of proving negligence”³²⁸⁸ but rather on the nature of plaintiff’s land interest that was invaded. Therefore, the precedent cannot be extended beyond the case of neighboring occupiers³²⁸⁹ and, as a tort to property interests, excludes the possibility of recovery for personal injury³²⁹⁰. Consistent with this theory is NEWARK’s view that the “natural use of land” refers to things naturally on the land and

to the precedent based on the reasons behind the ruling of each of the Justices distinguished in the case. He seems also to limit so interpreted rule only to environmental protection of individuals for the harm caused by escapes from the polluting heavyweight industry. See John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* p. 659, 665-666 and 669.

³²⁸⁰ Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*

³²⁸¹ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* p. 82.

³²⁸² Terminology introduced by the author in reference to modernist and orthodox trend in North American jurisprudence. For the background see G. Edward WHITE, “The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence”, *Law & Hist. Rev.*, n° 15, p. 1- 47. See also “new orthodoxy” denomination as used by Donal NOLAN in “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*

³²⁸³ By some called also “Offshoot Theory”. See Donal NOLAN, *Ibidem*, p. 426- 432.

³²⁸⁴ F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 557- 571 and “The Boundaries of Nuisance”, *op. cit.*, p. 487-488 relying on BLACKBURN’s observations from *Ross v. Fedden (1872) 26 L.T. 966, 968* where he declared he had wasted much time in the preparation of his judgment in the case if he did not succeed in showing that the law as stated it has been law “for at least 300 years”. In the same sense, Ewan MCKENDRICK, *Tort Textbook*, 5th ed., HTL Publications, London, 1991.

³²⁸⁵ See F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 557-571.

³²⁸⁶ F. H. NEWARK, “The Boundaries of Nuisance”, *op. cit.*, p. 488, confirmed in *Cambridge Water at per Lord GOFF* and in *Transco plc v. Stockport [2004] 2 AC 1* at para. 27 *per* Lord HOFFMANN.

³²⁸⁷ F. H. NEWARK, “The Boundaries of Nuisance”, *op. cit.*, 487-488. He argued that nuisance as a tort to land became distorted as it was extended to embrace claims for personal injuries. From this fact, an erroneous presumption has been made that liability which should have arisen only under the law of negligence was allowed under the law of nuisance, historically subject to strict liability.

³²⁸⁸ As argued by Frederick POLLOCK, in *The Law of Torts*, 14th ed., 1939, p. 386.

³²⁸⁹ For a critic of this approach, see Roderick BAGSHAW, “*Rylands* Confined”, *LQR* vol. 120, July 2004, p. 391, according to whom the application of the rule in its actual shape can lead to some controversial results, where people whose activities involve bringing exceptionally dangerous things onto the land they occupy can be held liable, meanwhile those whose activities involve bringing exceptionally dangerous things onto land they do not occupy will not be subject to liability.

³²⁹⁰ F. H. NEWARK, “The Boundaries of Nuisance”, *op. cit.*, p. 487-488. For a critic of this approach see the text accompanying the n. 3202-3206.

not artificially created³²⁹¹. Finally, within the orthodoxy strict liability is seen as a “relic from the previous époque” in front of the newly established and generalized rule of fault³²⁹².

For the modernists, *Rylands v. Fletcher* gave birth to a new principle of strict liability. According to them, from among those who contributed to the creation of the rule, Baron BRAMWELL is seen as an instinctive visionary, who anticipated, born in the following century, a theory of enterprise liability³²⁹³ while Justice BLACKBURN is considered as the one who formed consciously a new principle by its derivation from a number of previously existing strict liabilities³²⁹⁴. The latter was possible due to the

³²⁹¹ F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, 1961, p. 560.

³²⁹² Orthodoxy, besides NEWARK, seems to be represented also by Gerry CROSS, “Does Only the Careless Polluter Pay?- A Fresh Examination of the Nature of Private Nuisance”, *LQR*, n° 111, 1995, p. 445-474. Partly in favor Andrew WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, see also the text accompanying the n. 3262-3263. This view is generally accepted by the judicial body of the United Kingdom, see *Read v. Lyons & Co Ltd* [1947] AC 156, at 183 *per* Lord SIMONDS, *Cambridge Water Co Ltd v. Eastern Counties Leather plc* [1994] AC 264, at 304 *per* Lord GOFF, *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61, at [9] *per* Lord BINGHAM, at 35, 39 and 47 *per* Lord HOFFMANN, at 52 *per* Lord HOBHOUSE, the first instance decision in *Marcic v. Thames Water Utilities Ltd* [2002] QB 929, at 950 *per* Judge Richard HARVEY QC and *Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others* [2009] EWHC 540 (Comm), para. 411-421. Against “New Orthodoxy” between English jurisprudence only sporadic voices, as the one of Judge Anthony THORNTON Q.C. in *Johnston v. B.G.W Property Developments Ltd* [2002] EWHC 1131 (TCC); [2002] 3All ER 574, at 17 (“the extent to which the causes of action in nuisance and *Rylands v. Fletcher* have been assimilated remains unclear”) and *Re-Source American International Ltd v. Platt Service Ltd* [2003] EWHC 1142 (TCC) at 171 (“a claimant relying on a *Rylands v. Fletcher* type claim... should not himself have an interest in land”) For the critic of orthodox approach see John FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 383-384, Donal NOLAN, “The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 426-440, and John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 644-656. Critically also years ago, William T. S. STALLYBRASS, “Dangerous Things and the Non-Natural User of Land”, *op. cit.*, p. 392 and Percy H. WINFIELD, “Nuisance as a Tort”, *op. cit.*, p. 195. In the United States in favour in the 1940s William L. PROSSER, “Nuisance Without Fault”, *Texas LR.*, n°20,1942, p. 420.

³²⁹³ The assumption was made based on Baron BRAMWELL’s judgments in *Bamford v. Turley* (1862) 3 *Best and Smith Reports (B&S)* 62, 122 ER 25 where he declared the plaintiff’s interests were not to be sacrificed for the promotion of the public good. As a consequence, according to BRAMWELL, the defendant’s activity could be “legalized” on his payment of compensation. What was not allowed, by contrary, is to let the plaintiff’s loss to go uncompensated. It was affirmed, however, that no notion of enterprise liability had been mentioned by BRAMWELL in *Rylands* itself and it is not very clear why. For the loss-distribution version of enterprise liability see BRAMWELL’s judgment from 1876 in *Brand v. Hammersmith and City Railway Co.* (1867) LR 2 QB 223. For those and other accounts of enterprise liability in BRAMWELL’s decisions, see Ken OLIPHANT, in “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, p. 109-113. In similar sense, Sir Ronald COASE as discussed in Andrew W. Brian SIMPSON, in “Victorian Judges and the Problem of Social Cost: *Tipping v. St Helen’s Smelting Company*”, in *Leading Cases in the Common Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 174, Robert W. GORDON, “Simpson’s Leading Cases”, *Mich. L. Rev.*, n° 95, 1997, p. 2044-2052, Richard A. EPSTEIN, “For a Bramwell Revival”, *Am. J. Leg. Hist.* n°38, 1994, p. 246-287 and Lord HOFFMAN in *Transco*, at 29.

³²⁹⁴ Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.* p. 86 and John G. FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, p. 376. The appearance of a new broader rule of strict liability was announced in his time also by Sir Percy WINFIELD, “...the rule in *Rylands v. Fletcher* has been taken as the starting-point of a wider liability than any preceding it.”. See Percy Henry WINFIELD, “Nuisance as a Tort”, *CLJ*, n° 4, (1930-1932), p. 193. See also W.H. V. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, p. 695. As to the view that the liability under *Rylands v. Fletcher* derives from the older

British legal system's ongoing transition from the old writ system to the system of fact-pleading based on substantive justice with general grounds of liability³²⁹⁵. Or, better said, this is the direction in which *Rylands v. Fletcher* was supposed to evolve. Instead, it resulted in what was to be later called by some "the Dog that Didn't Bark"³²⁹⁶. This is the reason why, according to this sector of English legal opinion, a general rule of strict liability from *Rylands v. Fletcher*, founded on the theory of enterprise liability³²⁹⁷ and placed in the context of a now historically-acknowledged, universal principle of fault should be redefined as to its role in a new legal world without the old forms of action³²⁹⁸.

The two opposed poles, here the general rule of strict liability, on the one hand, and *Rylands v. Fletcher*- a branch of nuisance, on the other, seeking a compromise, gave way finally to a third, alternative option³²⁹⁹. Thus, there are two different rules, instead of one, contained in the precedent: the wide and the narrow one. The latter finds its origins in the rule formulated by Lord CAIRNS and as such overlaps with the orthodox view on *Rylands v. Fletcher*. The precedent is a genre of nuisance that applies to cases between neighbors for the escape of something that is not naturally on the defendant's

notions of strict liability see also Donal P. NOLAN, "The Distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*", *LQR*, n° 121, 2005, p. 430 and David IBBETSON, *An Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, p. 57-63.

³²⁹⁵ Ken OLIPHANT, "Rylands v. Fletcher and the Emergence of Enterprise Liability", *op. cit.* p. 86. For the support of this thesis, see M.J. PRICHARD, "Trespass, Case and the Rule in *Whilams v. Holland*", *CLJ*, 1964, p. 234-, John Hamilton BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Butterworths, London, 2002, p. 67-69 and Percy Henry WINFIELD, "The History of Negligence in the Law of Torts", *LQR* nr 42, 1926, p. 184-

³²⁹⁶ Expression used by Ken OLIPHANT in "Rylands v. Fletcher and the Emergence of Enterprise Liability", *op. cit.*, p. 114. The same author acknowledge the enterprise liability as derived from *Rylands v. Fletcher* was pushed further into the sidelines and never took hold in the English Common Law. See *Ibidem*, 119-120.

³²⁹⁷ Apart of Ken OLIPHANT, the idea of enterprise liability as derived from *Rylands v. Fletcher* is promoted also by John MURPHY. The latter, bases his claim in terms of legal policy than as an interpretation given to the precedent based on the reasons behind the ruling of each of the Justices distinguished in the case. He seems also to limit this rule to protection of individuals for the harm caused by escapes from the polluting heavyweight industry. See John MURPHY, "The Merits of *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.* p. 659, 665-666 and 669. Compare, however, the proposed solution enterprise liability-strict liability with the art. 4:202 of the *Principles of European Tort Law* where the latter is based on fault with the reversal of the burden of proving fault. According to the later "A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct." This provision is said to be in line with the current debate in the United States, where the discussion on which criterion of imputation to apply in the field of enterprise liability is apparently shifting towards the fault regime again. See n. 1 to the comm. to the art. 4:202 and the bibliography cited there.

³²⁹⁸ Ken OLIPHANT, "Rylands v. Fletcher and the Emergence of Enterprise Liability", *op. cit.* p. 86.

³²⁹⁹ See Andrew J. WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*

land and that adversely affects the claimant's enjoyment of his land³³⁰⁰. By contrast, the wide rule, deduced from the BLACKBURN J statement and later followed by Lord CRANWORTH in the House of Lords, reflects one of the subspecies of the modernists' view. According to Andrew WAITE it is attached to the liability for the escape of dangerous things from the defendant's land or control³³⁰¹. In this way both rules share a common core, which consists of the overlapping circle of the wide rule and the law of nuisance. Therefore, while the narrow rule would refer exclusively to the escapes of dangerous things from the defendant's land and premises, the wide one would cover also those instances where the dangerous thing escape from the defendant's control³³⁰². In this way we come back to the debate on whether the distinction between "natural/" "non-natural" use of the land is or is not a mirror reflection of the one between "dangerous/" "non-dangerous things."³³⁰³ This time, however, the distinction is made between things dangerous *per se* and dangerous in relation to foreseeable types of damage; only the latter attracting the strict liability rule in *Rylands v. Fletcher*.³³⁰⁴ Since the narrow rule coincides with the already examined orthodox view on *Rylands v. Fletcher* and there is no need for its further analysis here, more attention will be placed upon the wider principle. According to Andrew WAITE some judges and writers failed to appreciate this distinction. Yet, in *Read v. Lyons*, the wide rule has been acknowledged although in the end rejected³³⁰⁵. Therefore, derived from Blackburn's formulation, combining several old causes of action such as nuisance and various forms of liability for animals³³⁰⁶ on which its author relied upon above all, the wide rule allows compensation for personal injury and is not restricted to damage to the plaintiff's enjoyment of land³³⁰⁷. Accordingly, there will be some incidents of the rule (controlling mechanism established by the case-law, as exposed above) to which the wide rule will not apply. As a consequence, the elements of dangerous thing³³⁰⁸ and foreseeability,³³⁰⁹

³³⁰⁰ *Ibidem*.

³³⁰¹ That *Rylands v. Fletcher* could have evolved into a comprehensive theory of strict liability for escaping things is also the view of DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op.cit.*, p. 608.

³³⁰² Andrew J. WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 427.

³³⁰³ See the text accompanying the n. 3090-3093.

³³⁰⁴ Andrew J. WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 435. In similar vein, John MURPHY, *Street on Torts, op. cit.*, p. 467.

³³⁰⁵ See *Read v Lyons* [1947] AC 156 at 167 and speeches *per Lord MACMILLAN at 173, Lord PORTER at 178, Lord SIMONS at 181 and Lord UTHWATT at 185.*

³³⁰⁶ Cattle trespass and liability for dangerous animals.

³³⁰⁷ Andrew J. WAITE, "Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*", *op. cit.*, p. 428-429.

³³⁰⁸ WAITE, *Ibidem*, p. 432.

³³⁰⁹ WAITE, *Ibidem*, p. 435.

as well as all defenses³³¹⁰ to the claim will be common for both principles, “non-natural user” and damage to the claimant’s interest in land will apply only to the narrow one³³¹¹, and finally, escape will be treated differently in each case, meaning escape from the control of the defendant under the wide rule and escape from the land under the narrow³³¹².

Therefore, although the rule still constitutes a live and valid part of the English law for the British judiciary³³¹³, for the moment all attempts to develop a general doctrine out of *Rylands v. Fletcher* in the United Kingdom have failed³³¹⁴ and the application of *Rylands* has been confined by English courts only to the narrow context³³¹⁵. The former in spite of the fact that, as pointed out by FLEMING³³¹⁶, from the regulation enacted in Great Britain before 1944, on liability of an owner of a dangerous animal, liability of employers for independent contractors for damage caused in the performance of dangerous operations³³¹⁷ and liability for inherently dangerous chattels³³¹⁸, a promise of unifying existing elements into one general rule of law for dangerous operation could have been deduced.

Critics of the existing *status quo* include such experienced tort commentators as FLEMING³³¹⁹, ROGERS³³²⁰ and DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS.³³²¹ All of them favor a general clause for ultra-hazardous activities³³²². Final comments on the precedent, however, even among those who principally favored an “American solution” betray

³³¹⁰ WAITE, *Ibidem*, p. 436-437.

³³¹¹ WAITE, *Ibidem*, p. 433 and 436.

³³¹² WAITE, *Ibidem*, p. 436.

³³¹³ As pointed out by Lord HOBHOUSE: “The only way it could be rendered obsolete is by a compulsory strict public liability insurance scheme for all persons using their land for dangerous purposes. *Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 671, at 56. In words of Lord WALKER, in exchange: “[i]ts scope for operation has no doubt been restricted... by the growth of statutory regulation of hazardous activities, on the one hand, and the continuing development of the law of negligence, on the other. But it would be premature to conclude that the principle is for practical purposes obsolete *Transco at 99*.”

³³¹⁴ Dan DOBBS, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 952.

³³¹⁵ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *op. cit.*, p. 356.

³³¹⁶ John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 383.

³³¹⁷ *Brook v. Bool* [1928] 2 KB 578; *Honeywill v. Larkin Bros* [1934] 1 KB 191; *The Pass of Ballater* [1942] P 112; below p. 436.

³³¹⁸ Which as a matter of fact is not strict, but the standard of care required in those types of cases is so high that it almost amount to “a guaranty of safety”. See John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p.383.

³³¹⁹ John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 383.

³³²⁰ W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 2006, p. 695 and 699.

³³²¹ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 625-626.

³³²² More recently in favor of converting *Rylands v. Fletcher* in modern discrete tort detached from nuisance, in shape of general clause for hazardous materials and activities founded on fairness reasons Kumaralingam AMIRTHALINGAM, “*Rylands Lives*”, *op. cit.*, p. 276.

some air of pessimism as to the future role of *Rylands v. Fletcher* in making a path for a generally defined principle of strict liability³³²³. Some, describing the actual situation in terms of “common law fatigue” expect the solution to come rather from the legislative power³³²⁴. The question as to the way in which strict liability should be implemented (generally defined by Common Law, generally defined by statute, or through *ad hoc* subject-specific statutes) seems for the moment open³³²⁵. As it was also underlined above, some modest changes in attitude towards European harmonization can be perceived, the latter not only in judicial circles but also between legal scholars³³²⁶, as a consequence bringing an expectation of the next boost to come from the European scene³³²⁷.

3. Factors behind the adoption of *Rylands v. Fletcher* in the USA.

In his analysis of the factors that influenced American courts when turning away in certain cases from the traditional rule of fault liability and adopting strict liability based on *Rylands v. Fletcher*, SHUGERMAN refers to a classic study on the origins of the English Civil War by LAWRENCE STONE³³²⁸. Stone classifies the causes of events in three categories:

1. *Preconditions*- that gives place to determined long-term trends (in its majority of social and economic character),
2. *Precipitants*- that gives origins to the short-term trends (of political and economical nature),

³³²³ Apart of DEAKIN/JOHNSTON /MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law, op. cit.*, p. 625-626, John G. FLEMING, *The Law of Torts, op. cit.*, p. 383. See also John MURPHY, *Street on Torts*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 466.

³³²⁴ Andrew WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.*, p. 442. As a possible suggestion, but rather doubting DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 626.

³³²⁵ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p.626.

³³²⁶ See the text accompanying the n. 3149. For legal doctrine favorably positioned towards the harmonization see between others, DEAKIN/JOHNSTON/ MARKESINIS, *Tort Law, op. cit.*, p. 624-629 [as to *Rylands v. Fletcher*],

³³²⁷ DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Ibidem*, p. 629.

³³²⁸ Cf Lawrence STONE, *The Causes of the English Revolution 1529-1642*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972.

3. *Triggers*- particular events that spark the end result³³²⁹.

Understood in that way, preconditions and precipitants prepare the ground for the appearance of the event in question. However, those that in reality constitute the immediate reason for the specific event to occur in specific way at a specific time are triggers. Different authors suggest that several different factors might have a bearing on the adoption of *Rylands v. Fletcher* in the United States. They point out that:

1. A determined number of American courts intended to protect residential zones against the risk of industrialization during the period of fast urbanization,
2. Courts were adopting or rejecting *Rylands v. Fletcher* in part in response to the economic cycles: the rejection period corresponds with the depression of 1870s, when American courts tended or were more prone to subsidize the industry. The corresponding industrial boom of the 80s and principles of 90s of the XIX century, in exchange, coincides with the wave of acceptance of the precedent.
3. From the political point of view, the acceptance of *Rylands v. Fletcher* has been associated with the increase of populism and with the emerging legislative agreement on the necessity to make industry subject to normative regulation. As a result of the latter, the *Sherman Antitrust Act of 1890* was enacted.
4. According to the so called *top-down academy centered* theory it was the *Restatement of Torts* from the year 1938, by virtue of which liability for ultra-hazardous activities was imposed that overcame the previous opposition of North American courts³³³⁰ and gave way to the application of the famous *Rylands v. Fletcher*³³³¹.
5. And finally, as a decisive factor SHUGERMAN mentions a series of disasters

³³²⁹ Lawrence STONE, *The Causes of the English Revolution 1529-1642*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972, p. 3-22.

³³³⁰ See for example Virginia E. NOLAN/ Edmund URSIN, "The revitalization of Hazardous Activity Strict Liability, *N.C. L. Rev.* núm. 65, p. 257- 314.

³³³¹ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, "The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age", *110 Yale L. J.* 333, November 2000, p. 342.

caused by accidents in the reservoir's sector, as well as several floods that took place during the 1880s and 1890s³³³², among which the *Johnstown Flood of 1889*³³³³ was the most transcendent one.

In May of 1889 in the Appalachian Mountains, a dam owned by a club that belonged to financial elite collapsed as a consequence of a storm, releasing 20,000,000 tons of water that swooped down on the valley at a speed of 100 miles per hour (160 km per hour). The flood destroyed completely the city of Johnstown, causing the death of 2000 people and damage to the property of approximately 17 million dollars. The huge interest of the press and its horrific reports on the death and destruction of Johnstown made the catastrophe one of the most devastating in the minds of Americans. The mass media, treated the disaster transcendence, which was only overcome by the assassination of Abraham Lincoln. Not only the press articles, but also several books about the flood that appeared on the market through the following two years after the catastrophe, raised popular sympathy and a public anger towards the South Fork Club and its rich members. In spite of the fact that the commission of the County detected the negligence of the club in the construction and conservation of the dam, and in spite of the fact that the press with such a fervor was asking for justice, all the claims against the club were rejected³³³⁴, placing the public attention on insufficiency and abuses of the traditional negligence rules³³³⁵. Two months after the Johnstown flood a prestigious law journal, the *American Law Review*, published a note on how devastating might be the water force, in which the question about sufficiency of the rule based on fault was posed, and the conclusion was reached that the application of negligence regime might lead in some cases to clear abuses³³³⁶. It included also a statement made by several of the most prestigious lawyers of that time, who named *Rylands v. Fletcher* as “the best

³³³² Similar thesis on bursting dams in Great Britain has been posed over 15 years before by A.W. Brian SIMPSON in “Legal Liability for Bursting Reservoirs: the Historical Context of *Rylands v. Fletcher*”, *op. cit.* after the catastrophes from 1852 at Holmfirth in Yorkshire and from 1864 in Sheffield. In favor of the theory Ken OLIPHANT, in “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, *op. cit.*, p. 114-115. It was recognized by Lord HOFFMAN in *Transco plc v. Stockport MBC [2004] 1 All ER 589 at 600* and questioned, by Garry SCHWARTZ, in “*Rylands v. Fletcher*, Negligence and Strict Liability”, in Peter CANE and Jane STAPLETON (eds.), *Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 236-238.

³³³³ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *110 Yale L. J.* 333, November 2000, p. 333-336.

³³³⁴ See between others *Gaffiney's Estate*, 23 A. 163 (Pa. 1892); *Overbeck v. Overbeck*, 25 A. 646 (Pa. 1893); *Ree's Estate*, 92 A. 126, 127 (Pa. 1914).

³³³⁵ *Ibidem*, pp. 359-362.

³³³⁶ Note, “The Law of Bursting Reservoirs”, *Am. L. Rev.* n.º. 23, 1889, p. 643- 648.

answer which has ever yet been given” to the problem and who pointed out that “it has been, in terms, adopted by several American courts, though denied by some.”³³³⁷.

Following again the author’s analysis, two factors are preconditions- the undoubted prestige of British precedents in the United States (in our case the one of *Rylands v. Fletcher*) and the industrialization followed by the fast urbanization. As precipitants, the author mentions economic cycles and the increasing domination of industry on one side, and populism and political reform on the other. Finally, disasters in dams’ sector and floods in the 1880’s and 1890’s have been qualified by him as triggers³³³⁸.

³³³⁷ Note, “The Law of Bursting Reservoirs”, *Am. L. Rev.* n°. 23, 1889, p. 647.

³³³⁸ Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *110 Yale L. J.* 333, November 2000, p. 346-347.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.

- 1- La imposición de la responsabilidad objetiva se suele justificar con razones distintas, siendo éstas una nueva realidad social, el riesgo abstracto, el riesgo concreto (*Konkrete Mangelgefahr*), correlación entre el beneficio individual y riesgo, la idea de comunidad de riesgo, el interés general, *pro damnato* o la dificultad probatoria estructural de la víctima. Estos fundamentos de la responsabilidad sin culpa no tienen carácter de distintas alternativas, sino más bien coexisten el uno con el otro, o incluso varios a la vez, reforzándose recíprocamente e incidiendo en que la introducción de este régimen estricto de la responsabilidad es todavía más justificada. No obstante, el análisis conducido en este trabajo lleva a la conclusión de que el fundamento que determina la imposición de la responsabilidad objetiva en casi todos los supuestos aquí analizados y que por sí constituye una justificación suficiente de la responsabilidad sin culpa es la idea del riesgo abstracto e inevitable. En este sentido, España no está aislada ya que la misma situación se da en otros países de nuestro entorno más cercano. No es de extrañar, por tanto, que la responsabilidad objetiva ha sido revestida por la doctrina europea de la común denominación “responsabilidad por riesgo”. Los únicos supuestos que se salen, quizá, de este marco son el de la responsabilidad por el producto defectuoso y el de la responsabilidad por los servicios defectuosos que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia y seguridad.
- 2- A nivel europeo ha habido varios intentos de definir el riesgo que da lugar a la imposición de la responsabilidad objetiva. Así, se considera que constituyen rasgos principales del peligro que califica una actividad como la que debería estar sujeta a la responsabilidad sin culpa los siguientes: a) el riesgo que da lugar a que una actividad esté sujeta a la responsabilidad objetiva implica que ésta debe recaer sobre la persona que crea este riesgo a través de dicha actividad, está en la posición de controlar y minimizar mencionado riesgo, y lo puede tasar/valorar, b) dicho riesgo ha de ser abstracto, c) imposible de eliminar a

través de todas las medidas de precaución razonables, d) ha de ser característico para la actividad de la que dimana e) se ha de tratar con un riesgo especial, excepcional o considerablemente incrementado, f) si el riesgo es de carácter excepcional o considerablemente incrementado se determina en función de la probabilidad del daño y la gravedad del mismo, y finalmente g) la magnitud de dicho riesgo incide en la protección otorgada a las víctimas: más alto es el riesgo- más efectiva es la protección, dependiendo su alcance de las causas de exoneración previstas por la Ley. El hecho de que los niveles de peligrosidad puedan estar reducidos a través del ejercicio de la diligencia exigible sugerirá la aplicación de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba.

Todos estos elementos han sido reflejados en la cláusula general de la responsabilidad objetiva propuesta por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW en sus Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil (art. 5:101 PETL). Mencionado artículo incluye adicionalmente un requisito más, es decir, que la actividad en cuestión no sea del uso común. Se ha de subrayar, sin embargo, que el alcance de dicha cláusula, concerniendo solamente a las actividades anormalmente peligrosas, es muy limitado. El propósito con el que fue introducida dicha regulación era, más que restringir el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva a únicamente este tipo de actividades, crear un estándar básico, un núcleo común que fuera aceptable en todos los países europeos, incluso en los que, como el Reino Unido, están muy atados al principio de la responsabilidad por culpa.

- 3- Varios son modos de implementar la responsabilidad objetiva. Su imposición puede proceder de la mano del Legislador, en cuyo caso se trata o con el modelo de la enumeración de los supuestos individuales por la Ley (en el código o en las leyes especiales) (*enumerationsprinzip*), o con la introducción de la responsabilidad objetiva a través de una cláusula general. La imposición de la responsabilidad objetiva puede venir dada también por la doctrina jurisprudencial vía aplicación analógica de los supuestos previstos por la Ley a los casos comparables no regulados por la normativa o a través del uso de los llamados expedientes paliativos o instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa.

En lo que a la introducción de la responsabilidad sin culpa por los poderes legislativos se refiere, muchos de los países europeos, entre ellos España, han optado por el sistema de introducción de este régimen de responsabilidad mediante una regulación *ad hoc*, caso por caso. Las cláusulas generales de la responsabilidad objetiva han sido registradas en los Ordenamientos jurídicos húngaro, turco, italiano (aunque existen discrepancias en torno de si realmente se trata con el principio de la responsabilidad objetiva o más bien con el de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba) y francés, que incluye una harto amplia y única en lo que a los estándares europeos se refiere cláusula por el hecho de las cosas. La creación de una cláusula general de la responsabilidad objetiva basada en el peligro especial ha sido debatida también en Alemania, Austria y Suiza. Los esfuerzos dirigidos a su introducción en estos países se vieron compensados en caso de estos dos últimos que incluyeron tales cláusulas en sus respectivos anteproyectos de reforma del Derecho de la responsabilidad civil. Dar un salto de la regla contenida en el *Rylands v. Fletcher* a una cláusula general de la responsabilidad objetiva por las actividades peligrosas intentó en su día también el *Common Law* británico (véase la conclusión núm. 10). Finalmente, la cuestión de si el principio de la responsabilidad por culpa debería completarse por una regla general de la responsabilidad objetiva ha recibido también alguna atención, aunque de momento muy tímida, por parte de la doctrina española.

Ahora bien, ambos modelos presentan tanto ventajas como inconvenientes y es difícil señalar con certeza a uno que fuera más deseable en términos de la política nacional legislativa. Las principales diferencias entre el uno y el otro que encierran las ventajas y desventajas más importantes de ambos modelos conciernen a la flexibilidad, igualdad en trato de los supuestos similares y gran capacidad de ajuste a la cambiante realidad socio-económica de la cláusula general, frente a la rigidez y tendencia de crear lagunas dimanantes de los retrasos normativos o de inactividad del legislador, así como falta de coherencia en la imposición de la responsabilidad objetiva del modelo de enumeración normativa de los supuestos de la responsabilidad sin culpa. Es decir, coherencia *versus* desintegración. La flexibilidad de la cláusula general repercute, sin embargo, de forma negativa en la seguridad jurídica que, por su parte, sí ofrece el modelo de la imposición de la responsabilidad objetiva *ad hoc* en la Ley. La

solución a este problema vino de parte de los comparativistas que sugirieron como una medida apta para resolver las deficiencias más inmediatas de ambos sistemas fusión de ambos modelos en una cláusula mejorada que mientras flexible y formulada de forma general incluyese el catálogo de ejemplos de las actividades susceptibles de estar sujetas a la regla de la responsabilidad objetiva. Eso, en resumen, en cuanto a la mencionada ya política nacional legislativa. El problema adquiere, sin embargo, también otra dimensión, llegando al final la discusión a niveles europeos. En este sentido, la yuxtaposición entre los dos modelos mencionados con anterioridad alcanza una importancia adicional a la vista de la solución por la que se inclinan los dos grupos de científicos, que promoviendo la armonización de los Derechos europeos en la materia de la responsabilidad civil, compiten entre sí. Así las cosas, el STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE en su *Draft Common Frame of Reference* opta por la enumeración de los supuestos individuales de la responsabilidad objetiva, mientras los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW introducen una cláusula general de la responsabilidad objetiva por las actividades anormalmente peligrosas.

Dicho esto, también desde el punto de vista del Derecho comparado y de la armonización de los Derechos ambos modelos se encuentran con los pros y contras. Se considera, pues, que una regulación más detallada que además abarca materias más concretas sirve para una mayor orientación. Esta ventaja, sin embargo, tiene un alto precio en forma de falta de flexibilidad; las regulaciones más precisas se ajustan con dificultad no sólo a los cambios socio-económicos, sino además se acoplan peor al nuevo contexto nacional, exponiéndose a una repulsión por parte del Ordenamiento jurídico en cuestión. Las normas abstractas, a parte de la mencionada elasticidad, dan una mayor consistencia y coherencia a la materia en la que aplican y, a pesar de que pueden llevar, por lo menos en principio y en algunos aspectos, a soluciones divergentes, no amenazan tanto con ser rechazadas dada su capacidad de ajuste, por ejemplo, a la doméstica política jurisprudencial.

En lo que a la jurisprudencial introducción de la responsabilidad objetiva se refiere, ambas formas, tanto la analogía como los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa han sido desarrollados por los tribunales para suplir faltas que derivan de la ineficiencia del legislador en los sistemas que se

basan en el modelo de enumeración de los supuestos individuales de la responsabilidad objetiva por la Ley. Se puede afirmar, sin embargo, que mientras el único país europeo que admitió el uso de la analógica extensión de los supuestos regulados en la Ley a otros supuestos comparables fue Austria, los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa han sido registrados en más que un país europeo. España, supuestamente, se encuentra en la cabeza de este pelotón. Los llamados expedientes paliativos que cumplen con este propósito y que desde los años 40 del siglo pasado han sido de forma abusiva aplicados por la jurisprudencia española bajo la “teoría del riesgo” incluyen sobre todo la erróneamente denominada inversión de la carga de la prueba, las presunciones o la práctica de elevar el estándar de diligencia exigible. El hecho de que en caso de la exigencia de los niveles más altos de diligencia se prescindiera en realidad de cualquier género de culpa, de que en el caso de la inversión de la carga de la prueba o de la presunción de la culpa el demandado se encuentra en la situación en la que le es imposible suministrar la prueba en contrario se traduce en la práctica distorsión de la frontera entre las responsabilidades subjetiva y objetiva. En realidad se trata con una “ficción de culpa”, con una encubierta forma de imponer la responsabilidad objetiva bajo el velo de la responsabilidad por culpa con tal de nivelar la injusta distribución de los riesgos de accidentes en los ámbitos en los que el principio de la responsabilidad subjetiva no cumple con este propósito. Varias son razones que se encuentran detrás de esta verdadera política de modernizar el Derecho por parte de los Tribunales españoles: 1. La inactividad o actividad tardía del legislador. 2. El rechazo a que la responsabilidad objetiva se aplique de forma analógica, 3. La fidelidad hacia el tradicional principio de la responsabilidad por culpa y 4. El creciente sentimiento de un compromiso social originado por la nueva realidad socio-económica. En lo que a la valoración de esta técnica se refiere, mientras la jurisprudencia europea considera que con el uso de los instrumentos descritos con anterioridad contribuye al desarrollo innovador del Derecho sin la necesidad de proceder contra la Ley, la doctrina se muestra más crítica, tachando dicho proceder de imposición de “formas ilegales de la responsabilidad objetiva” y revelando su preocupación por la faceta sistemática y coherencia de Derecho.

4- Tanto la existencia de los preceptos codiciales que, según la doctrina mayoritaria imponen la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba, o la responsabilidad por culpa presunta (por ejemplo, los arts. 1903 y 1904, 1908,1º, 1908, 4º y 1909 del CC), como la mencionada extendida práctica jurisprudencial de “objetivar” la responsabilidad por culpa evidencian que entre esta última y la responsabilidad objetiva no existe una clara línea de demarcación, sino un *continuum* que empieza en un polo con las reglas de la responsabilidad subjetiva en su versión “pura”, se extiende a través de las mencionadas mutaciones del tradicional principio de la responsabilidad por culpa hacia distintas formas híbridas de la responsabilidad objetiva para acabar en el otro polo con la responsabilidad absoluta. Entre los expedientes que conforman las denominadas “zonas grises” entre esta última y la responsabilidad subjetiva, aparte de los ya mencionados en forma de la elevación del estándar de conducta exigible, la inversión de la carga de la prueba y las presunciones, se puede señalar adicionalmente la doctrina del daño desproporcionado y la imposición de las obligaciones contractuales a los que no son partes del contrato, aunque esta última herramienta tuvo poca aplicación en el Derecho español.

Desde la perspectiva de los últimos 70 años se puede afirmar que la implementación de los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa por la jurisprudencia española constituye no sólo un remedio para las lagunas legislativas emergidas a causa de la cambiante realidad socio-económica y el progreso tecnológico en todos estos casos en los que dicha implementación se convierte en formas encubiertas de la imposición de la responsabilidad objetiva. Las herramientas mencionadas con anterioridad sirvieron además a los Tribunales para desarrollar una entera tesis hermenéutica dirigida a “desculpabilizar” la responsabilidad subjetiva en un intento de corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado el art. 1902 con tal de asegurar su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico. En este sentido, la llamada “teoría del riesgo” pasa por varias etapas: desde la inicial aplicación sólo a los casos excepcionales, a través de la sistemática aplicación de los mencionados expedientes a casi cada caso concreto hacia su redefinición que recomienda su uso más cauteloso, sujeto a criterios específicos, el riesgo de considerable gravedad siendo uno de ellos. Así, según la más reciente jurisprudencia, en caso de que se trate con las actividades

generadores de “riesgos considerablemente superiores a los estándares normales” aplican los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa y, por el contrario, si la actividad no puede estar catalogada como la que genera estos riesgos especiales, se impone el régimen de la responsabilidad por culpa en su “versión pura”. Actualmente el Tribunal Supremo se encuentra en el pleno proceso de delimitación del ámbito de aplicación de la doctrina mencionada con anterioridad que empezó con la señalización de los supuestos que no cumplen la premisa de actividades de “riesgo considerablemente superior a los estándares medios o riesgo especial o de gran consideración”.

Descrito aquí concepto que se corresponde con el desarrollado en su tiempo por un civilista austriaco Walter WILBURG de Graz de los llamados “sistemas móviles o flexibles”, se solapa con el escogido por el EUROPEAN GROUP ON TORT LAW en los *Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil*, con la única excepción quizá de la doctrina del daño desproporcionado que no encuentra ningún equivalente en la regulación mencionada y cuyo fundamento, más que en el riesgo de gravedad media, se podría buscar en el principio de facilidad y disponibilidad probatoria.

- 5- La doctrina de la teoría del riesgo constituye un punto de encuentro entre dos disciplinas vecinas de Derecho: Derecho civil y Derecho procesal civil dado que, como se ha mencionado con anterioridad, entre los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa se encuentran herramientas procesales que han sido diseñadas por el legislador para otros fines. El análisis conducido en este trabajo no sería completo, por tanto, si se prescindiese en este lugar de un breve estudio de las posturas adoptadas en la materia por los colegas procesalistas. La inclusión de un apartado entero sobre nociones procesales viene dado también por el hecho de que la doctrina jurisprudencial descrita con anterioridad y desarrollada por el Tribunal Supremo a la largo de los últimos 70 años tropezó finalmente con la nueva regulación de la carga de la prueba introducida por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Según el art. 217 de ésta, la normal distribución de la carga de la prueba se aplicará siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, permitiéndose la inversión de la carga de la prueba judicial en los casos en los que así lo aconsejan los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. Esta regulación ha sido interpretada por la doctrina procesal en el

sentido de que cualquier inversión judicial de la carga de la prueba que no esté basada en la Ley está prohibida con la única excepción de la inversión que tiene fundamento en los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. La nueva normativa, como era de esperar, repercutió finalmente también en la posición del Tribunal Supremo que de alguna manera tuvo que acogerse a ella. Pues, sin que quede claro si fue de forma consciente o no, el legislador ignoró la evolución de la jurisprudencia de los últimos 70 años en materia de la responsabilidad civil y al no hacer mención alguna al riesgo especial como eventual fundamento de la inversión judicial de la carga de la prueba llevó a la situación en la que, por una parte, el Tribunal Supremo se encontraba con la doctrina que desde hace más que medio siglo se está formando camino hacia la confirmación y su propia definición y, por otra, con una regulación que formalmente frena su desarrollo. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 el Alto Tribunal español coincide con la doctrina procesal declarando que la inversión judicial de la carga de la prueba está autorizada solamente en los supuestos legalmente tasados. Más adelante, sin embargo, cae en una deliberada incongruencia señalando el riesgo calificado y daño desproporcionado como los supuestos en los que tal inversión procede, a pesar de que dichos preceptos no se encuentran entre el *numerus clausus* previsto por la Ley. Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, así como el hecho de que 1. la misma regulación del art. 217 LEC introduce ya algunas reglas especiales de la carga de la prueba en materia de, por ejemplo, procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita y 2. los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, antes de que finalmente hayan sido elevados al carácter de norma legal han sido creados y desarrollados por la doctrina jurisprudencial, no parece descabellado postular *de lege ferenda* que el riesgo de gravedad media sea también reconocido por el legislador como el factor que incide en la inversión de la carga de la prueba en la materia de la responsabilidad civil, siendo cuestión de la política legislativa la forma en que lo va a hacer: inversión legal a través de las presunciones falsas, inversión legal directa, inversión legal a través de las presunciones *sensu stricto* o incluyendo en la Ley una autorización a los jueces a que en caso de las actividades peligrosas distribuyan la carga de la prueba de forma distinta a la establecida en la norma general (inversión judicial).

6- El supuesto de las caídas en los establecimientos abiertos al público se convierte en un caso clásico en el que se ve reflejada la evolución de la teoría del riesgo. En este sentido, se distingue entre tres etapas bien diferenciadas en lo que a los criterios de imputación se refiere y más difícilmente acotables en términos temporales. Así las cosas, la primera etapa destaca por el excesivo empleo de los diferentes expedientes jurisprudenciales característicos para dicha doctrina, tales como la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpa o la exigencia de un mayor rigor en la diligencia debida por parte de los empresarios. La segunda etapa viene dada por la decisión del Tribunal Supremo de excluir los casos de caídas del ámbito de aplicación de la teoría del riesgo. Durante este periodo la jurisprudencia se limita a justificar esta decisión utilizando a este propósito cuatro argumentos rectores: que “el hecho de regentar un negocio abierto al Público, no pueda considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo”; que es la falta de la peligrosidad de la *conducta de las potenciales (sic) víctimas* o la falta de peligrosidad *de la actividad llevada a cabo por el demandado* las que imposibilitan la aplicación de las tendencia objetivadoras de la responsabilidad por culpa; o finalmente que lo que es determinante a tales efectos es la falta de peligrosidad *de determinadas instalaciones*, es decir, *de determinadas cosas*. Con la tercera etapa el Tribunal Supremo reconoce que el supuesto de las caídas en los establecimientos abiertos al público se configura como un típico supuesto en el que el daño deriva de una conducta omisiva, mantiene su decisión en virtud de la cual la aplicación de los instrumentos “objetivadores” de la responsabilidad por culpa no procede en casos de caídas y sienta los cimientos de la teoría del riesgo declarando que la objetivación de la responsabilidad por culpa no procede más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando éste está especialmente obligado a ello de acuerdo con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria.

El estudio realizado desde el punto de vista de los criterios de imputación subjetiva sirve a la vez para analizar, aunque sea de forma superficial, la construcción dogmática de las omisiones. En este sentido, se argumenta que la no aplicación a los casos de caídas de los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa (con la única excepción quizá del mayor rigor en el estándar de la conducta exigible) no tiene su justificación en la falta de

peligrosidad de la actividad llevada a cabo por los titulares de los establecimientos abiertos al público, pues se puede afirmar que lo que cambia en dichos supuestos es el enfoque que de la actividad pasa a “la forma de desarrollarla”, y más precisamente, que en el desarrollo de aquella fueron omitidas determinadas medidas de seguridad, mantenimiento, control y señalización (los resbalones se deben casi siempre a los mismos, triviales razones- el suelo mojado o manchado con aceite, por ejemplo). Teniendo en cuenta que en las omisiones el elemento de culpa como fundamento de la responsabilidad se solapa con la conducta del causante del daño dado que la culpa es precisamente la omisión de medidas necesarias para prever o evitar el daño, la imposibilidad de la aplicación de la inversión de la carga de la prueba o de la presunción a los casos en los que el daño deriva de una omisión vendrá dada por el mismo hecho de que dichos expedientes alcanzan solamente la prueba de la *culpa* y no de la *conducta* del demandado. La acción que se omite ha de ser además posible de ser efectuada. La posibilidad de acción constituye, por tanto, un elemento ontológico conceptual básico de la omisión cuya inexistencia impide clasificación de una conducta como tal. De ahí que la omisión de un deber jurídico no constituya un estado objetivo fácil de comprobar que se desliga en algunos casos del reproche moral característico para la responsabilidad por culpa dando lugar a la responsabilidad objetiva, como sostienen algunos. Los supuestos en los que el daño deriva de la conducta omisiva configuran los típicos casos de la responsabilidad por culpa.

Ahora bien, como es bien sabido no toda la omisión da lugar a la indemnización. Es preciso que el demandado esté gravado con anterioridad con un deber de actuar. En España, según la doctrina mayoritaria, constituyen fuentes de dichos deberes la Ley y el contrato. Tal posicionamiento, sin embargo, no se corresponde con las exigencias que impone la nueva realidad socio-económica. Es por ello que en este trabajo se parte de la premisa de que sería conveniente extender el catálogo de tales fuentes también a una especial relación que vincula a las partes, a la creación y control de una situación de peligro y la situación en la que la gravedad del daño, por una parte, y la facilidad de evitarlo, por la otra, indican la existencia de tal deber. De hecho, la misma práctica jurisprudencial española demuestra que las fuentes de los deberes jurídicos exceden el dicotómico *numerus clausus* establecido por la doctrina, reconociéndose en algunas

ocasiones como tal la creación y control del riesgo. Se ha de subrayar, sin embargo, que el peligro que da lugar a la creación de un deber jurídico de actuar no es necesariamente un peligro cualificado, que justifica la inversión de la carga de la prueba, ni mucho menos un peligro anormal que fundamenta la imposición de la responsabilidad objetiva. No obstante, al igual que en caso de la acción, el estándar de diligencia exigible de la conducta que el demandado está obligado a observar incrementa con el peligro de que se trate. En el mismo punto, es decir, en el que se analiza el grado de la diligencia exigible concurren otros elementos que se consideran polémicos y que a veces inciden en la distorsión de la dialéctica relación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. La no realización de la conducta que hubiera evitado el daño es constitutiva no sólo de la conducta culposa, sino también indica la existencia del nexo causal entre el daño y la omisión. El mecanismo dirigido a establecer dicho nexo causal consiste en comparar la conducta esperada y omitida por el demandado con la que impidiese o pudiese impedir la realización del daño. En casos extremos tal técnica puede llevar a que el deber de cuidado que grava al demandado se convierta en una obligación de resultado haciendo que los lindes de la responsabilidad por culpa rocen peligrosamente los de la responsabilidad objetiva.

- 7- El análisis de los supuestos especiales de la responsabilidad objetiva vigente en el Ordenamiento jurídico español lleva a la conclusión de que en casi todos los casos analizados en este trabajo la imposición de la responsabilidad objetiva tiene su fundamento en el riesgo abstracto e inevitable. Los únicos supuestos que conforman excepción de dicha regla son el de la responsabilidad por productos defectuosos, en cuyo caso el fundamento principal se sitúa en el riesgo concreto, y el de la responsabilidad por los servicios que incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia y seguridad, en el que la imposición de la responsabilidad objetiva parece estar justificada por el principio de la facilidad y disponibilidad probatoria. Pues, a pesar de que entre los servicios que según la normativa española se rigen por la responsabilidad objetiva se encuentran algunos supuestos, tales como el suministro de gas y de la electricidad, que en otros países, como, por ejemplo, Austria, han sido reconocidos como actividades de las que dimana un alto riesgo de producción de daños, el ámbito de aplicación de la regla del art. 148 del TRLGDCU se

extiende también a servicios que de ninguna manera pueden estar catalogados como tales, como por ejemplo, la reparación y mantenimiento de los electrodomésticos.

Se puede afirmar también que de una manera o de otra la doctrina española reconoce a todos los elementos del riesgo que implica que una actividad esté sujeta a la responsabilidad objetiva, elaborados por la doctrina comparativista, aunque de momento no de forma generalizada y sin que se erija el conjunto de ellos a la condición indispensable de la imposición de este régimen de la responsabilidad. En este sentido, el estudio evidencia más bien que la decisión del legislador de incluir dentro del catálogo de los supuestos que se rigen por la responsabilidad sin culpa determinados casos, dejando otros fuera del alcance de la regla no fue precedida por una previa dogmatización de los conceptos. Ésta vino después de parte de la doctrina jurídica, encontrándose actualmente en la fase inicial de su desarrollo. La figura del sujeto responsable refleja perfectamente este *status quo* dado que el inicial mosaico de configuraciones y *ratios* que incidían en la cuestión de qué supuestos conformaban ámbito de aplicación subjetivo de las normas de la responsabilidad objetiva, que dependían en gran medida del autor que analizaba el supuesto en cuestión, finalmente fue reconducido a un denominador común en forma de “la persona que maneja y está en control del peligro que justifica la imposición de la responsabilidad objetiva”.

Esta última conclusión no concierne al “uso común” que, como tal, constituye el único elemento que carece de cualquier registro tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española. No obstante, como se ha mencionado con anterioridad, el hecho de que la actividad en cuestión no fuera de uso común es indicativo de una actividad anormalmente peligrosa que fue pensada más bien como una condición básica y no excluyente de la aplicación de la responsabilidad objetiva. Permitir la imposición de este régimen de la responsabilidad solamente a mencionado tipo de actividades significaría reducir excesivamente el alcance de la regla. En España, por ejemplo, los únicos supuestos de la responsabilidad sin culpa susceptible de ser catalogados como anormalmente peligrosos serían el de la utilización de energía nuclear y de materiales radioactivos y, en el mejor de los casos, algún que otro tipo de inmisión.

- 8- A la vista de lo expuesto con anterioridad y dado que en otros Ordenamientos jurídicos las explosiones suelen estar señaladas como un típico ejemplo de la actividad anormalmente peligrosa, se puede afirmar que se daría más coherencia a la regulación de los supuestos especiales de la responsabilidad civil en España si los supuestos del art. 1908, 1º CC se sujetase a la responsabilidad objetiva, en vez de ubicarlos dentro de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba, como lo hace la mayoría de la doctrina actual. De hecho, de forma encubierta los configura como tal la jurisprudencia española, aplicando en dichos casos la doctrina de “agotamiento de diligencia” que en la práctica se traduce en la imposición de la responsabilidad objetiva.
- 9- La escueta y algo anacrónica regulación de los supuestos especiales de la responsabilidad civil del Código Civil no sólo dificulta a veces una conceptual racionalización de la regla de la responsabilidad objetiva, sino además expone dicha normativa, como es el caso de la responsabilidad objetiva por los humos excesivos, a una interpretación extensiva por parte de la doctrina, amén de que dicha regulación tenga una mayor cabida en la nueva realidad y la condena, de facto, a un desuso puesto que la jurisprudencia prefiere sujetar los casos subsumibles en dichas normas a los instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa. Se puede afirmar también que los supuestos como el de la responsabilidad por la caída de los árboles (art. 1908,3º CC) y el de la caída y arrojado de las cosas (art. 1910 CC) constituyen casos “clásicos” de la responsabilidad por riesgo en el sentido de que la peligrosidad que este tipo de casos presentaba en el momento en el que se redactaba el Código civil se puede tachar hoy día de anecdótica si la comparamos con los riesgos que derivan de las actividades generadas por el progreso tecnológico. La regulación posterior de los supuestos de la responsabilidad objetiva en las leyes especiales permite establecer, sin embargo, una relación de dependencia entre la magnitud del riesgo que presentan las actividades sujetas a este régimen de la responsabilidad y la protección otorgada a las víctimas en el sentido que a mayor peligrosidad de la actividad, mayor amparo concebido al perjudicado. También en este caso, sin embargo, la regla se convierte en una de carácter relativo. Así, si bien es cierto que la explotación de la energía nuclear de la que dimanar los riesgos extremos está sujeta al casi absoluto régimen de la responsabilidad que permite la exoneración del explotador de la instalación en los únicos casos de guerra y

conflicto armado y que el régimen de la responsabilidad objetiva en caso de los daños que derivan de la explotación de los materiales radioactivos, por tratarse con una actividad de peligro menor, incluye entre las causas de exoneración además a catástrofe natural, la responsabilidad aérea, a pesar de que encuentra la justificación en los riesgos que objetivamente no son comparables con los que caracterizan la explotación de energía nuclear, aunque se siguen estimando extraordinarios en términos de la magnitud del daño producido, se configura según la normativa española como un supuesto de la responsabilidad absoluta. No es de extrañar, por tanto, que tal regulación ha sido recibida con crítica en la doctrina española que, remitiéndose a las normativas que rigen en la misma materia en otros Ordenamientos jurídicos y al mismo Convenio de Roma en cuyo marco se desarrolla la LNA española, postula *de lege ferenda* inclusión entre las causas de exoneración del caso analizado a la culpa de la víctima, a la guerra y al conflicto armado. No parece lógico tampoco que del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva se excluya los supuestos de la navegación acrobática o trabajos aéreos (la LNA no aplica a estos casos por no tratarse con el transporte aéreo) dada la identidad de razón que justifica plenamente la imposición a los supuestos objeto de este comentario del mismo régimen de la responsabilidad. De hecho, incluso en estos Estados de la América del Norte en los que la navegación aérea, generalmente considerada, fue sujeta de vuelta al principio de la responsabilidad por culpa vista la creciente seguridad con la que se desarrolla este tipo de actividad, los casos de los vuelos acrobáticos, experimentales y de estampido sónico siguen rigiéndose por la responsabilidad objetiva.

Del marco de la racionalización mencionada con anterioridad según la cuál “a mayor riesgo, mayor responsabilidad” se escaparía también en cierto modo la regulación española de los accidentes de tráfico dado que el peligro involucrado en la conducción de los vehículos a motor, igual para todos casos, difícilmente explica el desdoblamiento del régimen de la responsabilidad introducido por el legislador español en virtud del cual se someten los daños a la persona a la responsabilidad objetiva y los daños materiales a la responsabilidad por culpa. A este efecto, se ha de recordar que la primera redacción de la LRCSCVM introducida por LUCVM de 1962, establecía el mismo régimen de la responsabilidad objetiva para todo tipo de daños y que la actual regulación tiene

su origen en una posterior iniciativa de Gobierno dirigida a adaptar la normativa española a la legislación europea en materia de seguro obligatorio, en efecto de la que el legislador claramente se extendió en sus competencias, si tenemos en cuenta que la imputación subjetiva en ningún momento fue objeto de ésta. La constatación hecha en el Proyecto de la LRCSCVM de 1995 de que un único régimen de la responsabilidad sería contrario a todas las tendencias actuales del Derecho comparado no se corresponde con la realidad. Se puede afirmar, pues, que hoy en día la responsabilidad por los accidentes de circulación en casi todos los países europeos se basa, sin diferenciación alguna, en la responsabilidad objetiva. El único país cuya regulación en la materia comentada se asemeja a la introducida en España es Bélgica. Se ha de señalar también que “el riesgo creado por la conducción del vehículo”, mencionado por la nueva LRCSCVM como título de imputación indistintamente en caso de ambos regímenes de la responsabilidad, ha llevado finalmente al Tribunal Supremo a interpretar el precepto en el sentido de que tanto los daños a la persona como los daños materiales se rijan por la responsabilidad por riesgo. No obstante, el requisito que la Ley establece para el supuesto de los daños materiales de que éstos se enmarquen dentro del ámbito de aplicación del art. 1902 no le permitió otra deducción que la que somete dichos casos a formas objetivas de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba. Por la introducción de la responsabilidad objetiva en el caso de los accidentes de tráfico aboga también la doctrina extranjera señalando que la magnitud del riesgo dimanante de los vehículos a motor viene marcada por la especialmente alta probabilidad de producción del daño, que el carácter especial de dicho riesgo deriva de su inevitabilidad dada la práctica imposibilidad de que una persona ajena evite los riesgos resultantes de la pérdida de control del vehículo y que el riesgo dimanante de la conducción de vehículos de motor no pueda ser eliminado incluso a través del empleo de todas las medidas razonables de cuidado, tratándose a la vez con el riesgo abstracto.

- 10- Y finalmente, en lo que al precedente *Rylands v Fletcher* se refiere, a pesar de que la Cámara de Loes en *Transco* formalmente rechazó la posibilidad de extender la regla a la cláusula de la responsabilidad objetiva por las actividades y cosas anormalmente peligrosas, confiando su eventual introducción al legislador, el establecimiento del llamado “test de peligro o de capacidad de

menoscabo” y la consiguiente declaración del Lord BINGHAM según la cual el “uso natural” y “no natural” debería ser interpretado respectivamente como “ordinario” y "extraordinario" o "inusual" sienta las bases idóneas para la eventual conceptualización de una regla general de la responsabilidad objetiva por la jurisprudencia británica en un futuro cercano. De momento tal concepción, sin embargo, tropezó con el espíritu conservador y tradicionalista de la antigua Cámara de Lores, hoy la Corte Suprema, que no le permitió salirse del marco del *tort of nuisance* y desvincular la regla de su elemento más limitador en forma de “uso de la tierra”.

CHAPTER VII. CONCLUSIONS.

- 1- The imposition of strict liability is often justified on several grounds, these being: a new social reality, the abstract risk, the specific risk (*Konkrete Mangelgefahr*), correlation between individual benefit and risk, the idea of risk community, general interest, *pro damnato* or structural difficulty of proving of the victim. These grounds of liability without fault are not alternatives, but they rather coexist, reinforcing each other and making the introduction of strict liability regime even more justified. However, the analysis conducted in this paper leads to the conclusion that the ground which determines the imposition of strict liability in almost all cases analyzed here and which in itself is sufficient justification for liability without fault is the idea of abstract and inevitable risk. In this sense, Spain is not isolated since the same situation exists in other countries of our immediate surroundings. It is not surprising, therefore, that strict liability has been coated by the European doctrine with the common denominator "risk liability". The only cases that, perhaps, do not comply with this framework are those of the liability for defective products and the liability for defective services that include necessarily a warranty of certain levels of efficacy and safety.
- 2- There have been several attempts to define risk resulting in the imposition of strict liability on the European level. As a consequence, it is considered that the major features of the danger that qualifies an activity as the one which should be subject to liability without fault are the following ones: a) the risk that results in an activity being subject to strict liability implies that the latter should be imposed on the person who created this risk through such an activity, who is in a position to control and minimize that risk, and who can assess / evaluate it, b) the risk shall be abstract, c) impossible to eliminate through all reasonable care, d) shall be characteristic for the activity from which it derives e) has to be special, exceptional or significantly increased, f) if the risk is exceptional or significantly increased is determined by the probability of harm and the

magnitude of it, and finally g) the magnitude of the risk affects the protection afforded to victims: the higher the risk, the more effective protection, the scope of it depending on the defenses provided by law. The fact that the levels of risk can be reduced by the exercise of due care suggests the application of fault liability with reversed burden of proof.

All these elements have been reflected in the general clause of strict liability created by the EUROPEAN GROUP ON TORT LAW in its Principles of European Tort Law (art. 5: 101 PETL). The aforesaid article sets forth an additional requirement, ie, that the activity in question is not of common usage. It has to be stressed, however, that the scope of the clause, concerning only abnormally dangerous activities, is very limited. The purpose for which such regulation was introduced was, rather than to restrict the scope of strict liability to only these activities, to create a basic standard, a common core acceptable for all European countries, even for those which, such as the UK, are very attached to the principle of fault liability.

- 3- There are several methods to implement strict liability. Its imposition may come from the hand of the legislator, in which case it can be done by way of enumeration of individual cases by law (in code or in special statutes) (*enumerationsprinzip*), or through a general clause of strict liability. The imposition of liability without fault can be also brought about by the case law: via analogous application of the existing law in comparable cases not regulated by legislation or through the use of so called “palliative records” or instruments “objectifying” fault liability.

When it comes to the imposition of strict liability by the legislative power, many European countries, including Spain, have opted for the system of introduction of this liability by an *ad hoc* regulation, case by case. The general clauses of strict liability have been registered in the Hungarian, Turkish, Italian (although disagreement exists whether it is really the principle of strict liability or rather the liability based on fault with the reversed burden of proof) and French legal system, which includes a very extensive and unique clause when compared with European standards for the deed of things. The creation of a general clause of strict liability based on the special danger has also been debated in Germany, Austria and Switzerland. Efforts to introduce it in these countries were offset in the latter two, which included such clauses in their respective draft reform of the

civil liability law. Similar intent, to leapfrog from the rule included in *Rylands v. Fletcher* to a general clause of strict liability for dangerous activities, was attempted at some point by the British Common Law (see conclusion no.10). Finally, the question of whether the principle of fault liability should be supplemented by a general rule of strict liability has also attracted some attention, although for the moment quite limited, of Spanish scholars.

Both models: general clause of strict liability and enumeration system poses advantages and disadvantages, and it is difficult to state with certainty which one is more desirable in terms of national legislative policy. The main differences between one and the other that enclose the most important advantages and disadvantages of both models concern flexibility, equal treatment of similar cases and significant capacity of adjustment to the changing socio-economic reality of the general clause in front of the rigidity and tendency to create gaps arising from delays or inactivity of the legislature as well as lack of consistency in the imposition of strict liability characteristic for the model of normative enumeration of cases of liability without fault. In other words, consistency *versus* disintegration. The flexibility of the general clause, however, affects negatively legal certainty, offered, in exchange, by the model of the *ad hoc* imposition of strict liability by the law. The solution to this problem came from scholars specialized in Comparative Law who suggested, as a suitable measure for solving the most imminent shortcomings of both systems, a merger of both models in improved clause which, meanwhile flexible and formed in general terms, would include a non exhausting catalog of examples of activities subject to the rule of strict liability.

This is, in summary, what concerns the aforementioned national legislative policy. The problem, however, acquires also another dimension, the discussion reaching finally European levels. In this sense, the juxtaposition between the two models mentioned above gains additional importance in view of the solution opted for by the two competing groups of scientists inclined to promote the harmonization of European laws in the field of civil liability. As a consequence, the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE in its Draft Common Frame of Reference adopts the enumeration of individual cases of strict liability, meanwhile the Principles of European Tort Law of the EUROPEAN GROUP ON

TORT LAW introduce a general clause of strict liability for abnormally dangerous activities.

Both models have their pros and cons also from the point of view of Comparative Law and harmonization of laws. Hence, it is considered that a more detailed regulation which in addition also covers more specific issues can serve as a further guidance. This advantage, however, has a high price in the form of inflexibility; more precise regulations not only adapt with difficulties to the socio-economic changes, but are also reluctant to adjust to the new national context, exposing themselves to a repulsion by the legal system in question. Abstract rules, apart from the aforementioned elasticity, give greater consistency and coherence to the matter they apply to, and although they can lead, at least in principle and in some respects to divergent solutions, there is no such a threat of them being rejected because of its ability to adjust, for instance, to the domestic case law policy.

When the jurisprudential introduction of strict liability is concerned, both, analogy and "objectifying" instruments of fault liability have been developed by courts to supply the gaps arising from the inefficiency of the legislator in those systems which are based on the model of enumerating individual cases of strict liability by law. It can be said, however, that while the only European country that admitted using analogous extension of cases regulated by Law to other comparable cases was Austria, the "objectifying" instruments of fault liability have been recorded in more than one European country. Spain, supposedly, is in the lead of this group. The so called palliative instruments, which since the 40s of the last century have been improperly applied by the Spanish case law under the umbrella of "theory of risk", include primarily the erroneously called reversed burden of proof, presumptions or the practice of raising the standard of due care. The fact that in all those cases in which utmost care is being imposed no notion of fault is *de facto* required, and that in case of reversal of the burden of proof or of presumption of fault it is normally impossible for the defendant to provide the proof to the contrary, leads to practical distortion of the border between strict and fault liability. In reality we deal with a "fiction of fault", with a disguised way of imposing strict liability under the veil of fault liability that aims to balance the unfair distribution of accidents' risks in the areas in which the principle of fault liability does not serve this purpose. There are several

reasons for implementing this true policy of modernizing the law by the Spanish Courts: 1. Inactivity or late activity of the legislator. 2. The refusal to apply strict liability analogously, 3. Loyalty to the traditional principle of fault liability and 4. The growing sense of social commitment originated by the new socio-economic reality. As for the assessment of this technique, while European jurisprudence considers that the use of the instruments described above contributes to innovative development of law without the need to proceed against the law, the legal doctrine is more critical, labeling this practice as imposition of "illegal forms of strict liability" and revealing its concern about systematic side and consistency of law.

- 4- Both, the existence of code provisions which, according to the majority of doctrine impose fault liability with the reversal of the burden of proof, or liability for presumed fault (eg arts. 1903, 1904, 1908, 1^o 1908, 4^o and 1909 CC), and the aforementioned extended jurisprudential practice of "objectifying" fault liability show that between the latter and strict liability there is no clear borderline, but a continuum that begins on one pole with the rule of fault liability in its "pure" version, extends through said mutations of the traditional principle of fault liability towards different hybrid forms of strict liability to finish at the other pole with absolute liability. Among the instruments that form the so-called "gray zones" between strict and fault liability, apart of those already pointed out such as the practice of raising the required standard of care, reversal of the burden of proof and presumptions, we might further mention the doctrine of disproportionate damage (*res ipsa loquitur*) and the imposition of contractual obligations on those who are not party to the contract, although the latter had little application under Spanish law.

From the perspective of the past 70 years we can state that the implementation of instruments "objectifying" fault liability by Spanish case law is not only a remedy for legislative gaps emerged as a consequence of the changing socio-economic reality and technological progress in all these cases where such implementation becomes a hidden form of imposing strict liability. The tools mentioned above were also used by the courts to develop an entire hermeneutic thesis aimed at "releasing from fault" subjective liability. It was an attempt to correct the excessive subjectivism with which the art. 1902 of the Spanish Civil Code was being applied; an attempt that as a goal had to assure that the

application of the cited article to the circumstances and requirements posed by the current historical moment was more adequate. In this sense, the "risk theory" went through several stages: from its initial application only to exceptional cases, through the systematic application of the instruments mentioned above to almost every case in question, towards its redefinition which recommends more cautious use of it, subject to specific criteria, the risk of sufficient magnitude being one of them. Thus, according to the recent case law, if we deal with activities producing "risk considerably higher than normal" the instruments "objectifying" fault liability shall apply and, conversely, if the activity cannot be qualified as generating these special risks, fault liability regime in its "pure form" shall be imposed. Currently the Spanish Supreme Court is involved in the process of delimitation of the scope of the aforementioned doctrine that began with pointing out the cases which do not meet the premise "activities which pose the risk significantly above average standards or special risk or risk of great consideration."

This concept, as described here for Spanish law, corresponds to the one developed in his time by an Austrian civil law scholar Walter WILBURG from Graz of the so-called "mobile and flexible systems" and overlaps with the one chosen by the EUROPEAN GROUP ON TORT LAW in its Principles of European Tort Law, with the only exception perhaps of the doctrine of disproportionate damage. The latter, it can be ascertained, finds no equivalent in the regulation mentioned above and its grounds, more than in risk of considerable magnitude, should be searched in the principle of facility and availability of proof.

- 5- The doctrine of the "theory of risk" is a meeting point between two neighboring disciplines of law: civil law and civil procedural law since, as it was mentioned above, among the instruments "objectifying" fault liability there are procedural tools that have been designed by the legislator for other purposes. The analysis conducted in this paper would not be complete, therefore, if one disregarded here a brief survey of the positions taken in the matter by colleagues specialized in this area of law. The inclusion of a whole section on procedural notions is also given by the fact that the case law described above and developed by the Supreme Court for over 70 years finally clashed with the new regulation of the burden of proof introduced by 1/2000 Act on Civil Procedure. According to art. 217 thereof, the normal apportionment of the burden of proof shall apply unless

an express legal provision distributes the burden of proving the relevant facts according to special criteria. The judicial reversal of the burden of proof is allowed in those cases in which the principles of facility and availability of proof advise so. This regulation has been construed by the legal doctrine in the sense that whichever judicial reversal of burden of proof that is not expressly authorized by law is forbidden, with the sole exception of the one based on the principles of facility and availability of proof. The new rules, as expected, finally also had an impact on the position of the Supreme Court that had to embrace it somehow. It is unclear whether it was consciously or not, but the legislator ignored the evolving tort law case law of the last 70 years and by making no mention of the particular risk as a possible basis for the judicial reversal of the burden of proof led to the situation where, on the one hand, the Supreme Court had at his disposal the doctrine that for more than half a century was forming path to its confirmation and definition and, on the other hand, it was bound by the regulation that formally restrained its development. Consequently, from the moment the 1/2000 Act entered into force the doctrine of the Spanish Supreme Court overlaps with the one of Spanish scholars. According to the former the judicial reversal of the burden of proof is authorized only in legally fixed cases. Hereinafter, however, the Supreme Court falls into a deliberate incongruity pointing qualified risk and disproportionate harm as the cases in which such reversal is appropriate, although none of them is among the *numerus clausus* provided by law. Given the discussed above and the fact that 1. the very same wording of the art. 217 LEC introduces some special rules on the burden of proof in matter of, for example, unfair competition and false or deceptive advertising lawsuits and 2. the principles of facility and availability of proof, before they have finally been granted the status of a legal norm, have been created and developed by the case law, it does not seem unreasonable to postulate *de lege ferenda* that the risk of medium magnitude is also recognized by the legislator as the factor that leads to the reversal of the burden of proof in the area of civil liability. It remains a matter of legislative policy how it will be done: by legal reversal through false presumptions, by direct legal reversal, by legal reversal through presumptions *sensu stricto* or by including in the Act an express authorization which would enable the judges to apportion the burden of

proof in case of dangerous activities in a different way to that established by the general rule (judicial reversal).

- 6- Falls in the establishments open to the public are classic cases which reflect the evolution of the theory of risk. In this sense, three different stages might be distinguished. They are well differentiated when it comes to imputation criteria (applicable liability regime) but much harder to delimit in temporal terms. The first stage stands out for the excessive use of different jurisprudential tools so characteristic for this doctrine, such as the reversal of the burden of proof, the presumption of fault and the requirement of more rigorous standard of due care in case of entrepreneurs. The second stage is given by the Supreme Court's decision to exclude falls cases from the scope of the theory of risk. During this period, the case law confined itself to justifying this solution. Four leading arguments were used for this purpose: that "the fact of running a business open to the public cannot be considered in itself as an activity that creates risk"; that it is *the lack of dangerousness of the conduct of the potential victim* (sic) or *the lack of dangerousness of the activity carried out by the defendant* which precludes the application of the objectifying tendency to fault liability; or finally that what is decisive for these purposes is *the lack of dangerousness of certain facilities, ie certain things*. With the third stage, the Supreme Court recognized that falls in the establishments open to the public belong to a typical group of cases in which the damage results normally from an omission. It also upheld its decision under which the instruments "objectifying" fault liability do not apply in falls cases and laid the foundation of risk theory stating that the objectification of fault liability is applicable only in cases of extraordinary risk, disproportionate harm or lack of cooperation of the tortfeasor when he is especially obliged to do so under the principle of facility and availability of proof.

The study conducted from the point of view of subjective imputation's criteria serves at the same time to examine, although without entering into an in-depth analysis, the dogmatic construction of omissions. In this sense, it is argued that the lack of application of palliative instruments of fault liability to falls cases (with the sole exception, perhaps, of the greater rigor in the standard of required due care) is not justified by the lack of dangerousness of the activity conducted by proprietors of the establishments open to the public, since it can be said that

what changes in these cases is the focus that from the activity itself shifts to the question of "how to develop it", and more precisely, to the question that meanwhile it was carried out, certain security, maintenance, control and signaling measures were omitted (slips are nearly always due to the same, trivial reasons-the wet ground or ground stained with oil, for example). Given that in omissions the element of fault as the basis for liability overlaps with the tortfeasor's conduct because the fault is precisely the omission of measures necessary to foresee or prevent the harm, the impossibility to apply the reversal of the burden of proof or presumptions to those cases in which the damage stems from an omission is given by the very fact that such instruments only reach the proof of fault and not the one of the defendant's conduct. The action to be omitted must be also possible to undertake. The possibility of action is therefore a basic conceptual ontological element of omission whose absence prevents classification of the conduct as such. Hence the omission of a legal duty does not constitute an easy to verify objective state that detaches in some cases from the moral reproach so characteristic for fault liability, giving rise in that way to strict liability, as some scholars state. The cases in which the damage arises from the omission are typically cases of fault liability.

However, as it is well known, not every omission gives rise to compensation. It is necessary for the defendant to be encumbered before with a duty to act. In Spain the majority of legal doctrine distinguishes between sources of such duties the contract and the statute. This position, however, does not comply with the requirements imposed by the new socio-economic reality. That is why in this paper, the position is taken that it would be desirable to extend the catalog of such sources also to a special relationship between the parties, to a creation and control of a dangerous situation and to the situation in which the seriousness of the harm, on the one hand, and the ease of avoiding the damage, on the other hand, indicate the existence of such duty. In fact, the same Spanish judicial practice shows that the sources of legal duties extends beyond the dichotomous *numerus clausus* established by the doctrine as case law recognized on various occasions as such the creation and control of risk. It has to be stressed, however, that the danger that results in the creation of a legal duty to act is not necessarily a qualified danger, justifying the reversal of the burden of proof, and much less an abnormal danger that supports the imposition of strict liability. Nevertheless,

the same applies as in the case of action: the standard of due care required from the conduct that the defendant is obliged to follow increases with the danger involved. At the same point, ie, in which the degree of diligence required is analyzed, other elements coincide; elements which are considered controversial and which sometimes affect the distortion of the dialectical relationship between fault and strict liability. Failure to undertake the conduct that otherwise would have prevented the damage constitutes not only faulty conduct, but also indicates the existence of a causal link between the damage and omission. The mechanism designed to establish this causal link is to compare the expected and omitted by the defendant conduct with the one that would impede or could prevent the damage. In extreme cases this technique can lead to the situation in which the duty of care imposed on the defendant will turn into an obligation of result making the boundaries of fault liability graze dangerously the boundaries of strict liability.

- 7- The analysis of special provisions of strict liability in force under Spanish law leads to the conclusion that in almost all cases analyzed in this paper the imposition of strict liability is based on the abstract and unavoidable risk. The only provisions that form exception to that rule are those of product liability, in which case the principal ground for imposition of this regime of liability is situated in particular risk, and liability for services that necessarily include warranty of certain levels of efficacy and safety, in which the imposition of strict liability seems to be justified by the principle of facility and availability of proof. Despite the fact that among the services, which under Spanish law are governed by strict liability, certain cases exist, such as the supply of gas and electricity that in other countries, e.g. Austria, have been recognized as activities that give rise to a high risk of harm, the scope of the rule from art. 148 TRLGDCU also extends to services that in no way can be classified as such, for example, repair and maintenance of domestic appliances.

It can also be ascertained that in one way or another the Spanish doctrine recognizes all elements of risk which imply that an activity is subject to strict liability, listed out by the Comparative Law scholars, although this position has not been so far generally accepted and aforementioned combination of elements have not amounted yet to the indispensable prerequisite for the imposition of this regime of liability. In this sense, the study rather proves that the legislator's

decision to include in the catalog of activities that are subject to liability without fault certain cases, leaving others outside the scope of the rule, was not preceded by a previous dogmatization of concepts. The latter was brought about afterwards by legal doctrine and is currently in the initial stage of its development. The figure of liable person reflects perfectly this *status quo* since the initial mosaic of configurations and *ratios* that had an influence on the question of who is subject to subjective scope of application of strict liability; question that depended heavily on the author who analyzed the case in question, was finally brought back to a common denominator in form of "the person who handles and is in control of the danger that justifies the imposition of strict liability".

This conclusion does not concern the "common usage" component which, as such, constitutes the only element lacking any record in both, Spanish doctrine and case law. However, as mentioned above, the fact that the activity in question is not of common usage is indicative of an abnormally dangerous activity which, as such, was intended rather as a basic than exclusionary condition of application of strict liability. To allow the imposition of this regime of liability only in case of the mentioned type of activities would unduly reduce the scope of the rule. In Spain, for example, the only activities subject to liability without fault suitable of being classified as abnormally dangerous would be those of use of nuclear energy and radioactive materials and, in the best of cases, other types of immission.

- 8- In view of the above mentioned, and due to the fact that in other legal systems explosions are often identified as a typical examples of abnormally dangerous activities, it can be stated that more consistency would be given to the regulation of the special cases of civil liability in Spain if the provision from art. 1908,1 CC were subject to strict liability, instead of being placed within the scope of fault liability with reversed burden of proof, as it used to be construed by the majority of legal doctrine. In fact, it is covertly configured as such by the Spanish courts which apply, in this case, the doctrine of "utmost care" resulting in practice in the imposition of strict liability.
- 9- The concise and somewhat anachronistic regulation of special cases of civil liability in the Civil Code not only hinder sometimes a conceptual rationalization of the rule of strict liability, but also exposes those provisions, as it proved to be

in case of strict liability for excessive fumes, to a broad interpretation by the doctrine, aimed at giving it a greater place in the new reality. As a result of the latter the rules are condemned, *de facto*, to disuse since the case law prefers to apply to the cases suitable to be subsumed in those rules the instruments objectifying fault liability. It can also be stated that cases such as the liability for the fall of the trees (art. 1908,3° CC) and for the falling and throwing of things (art. 1910 CC) are "classic" cases of risk liability in the sense that the danger that these cases posed at the time when the Civil Code was being drafted can be described nowadays as anecdotal when compared to the risks arising from the activities generated by technological progress. The following regulation of strict liability cases in special statutes allows to establish, however, a dependency relationship between the magnitude of the risk posed by the activities subject to this regime of liability and the protection afforded to victims in the sense that the greater the danger arising from the activity, the greater protection vested in the victim. Again, however, the rule becomes a relative one. Therefore, it is true that the exploitation of nuclear energy from which extreme risks arise is subject to almost absolute liability regime that allows defences in the only cases of war and armed conflict. It is also certain that within the regime of strict liability for damages arising from the exploitation of radioactive materials, in which a bit lower risk is involved, the defences mentioned above are additionally extended to a natural disaster. At the same time, however, the air carrier liability, despite being justified by the risk that, although extraordinary in terms of the scope of the damage produced, is objectively not comparable to that characterizing the exploitation of nuclear energy, is configured under Spanish law as a case of absolute liability. It is not surprising, therefore, that such regulation has been received with criticism by Spanish scholars. The latter, referring to the regulations governing the same matter in other legal systems and to the very same Rome Convention implemented in Spain by LNA (Act on Air Navigation), postulate *de lege ferenda* the inclusion of the fault of the victim, war and armed conflict between the air carrier liability's defenses. It does not seem logical either to exclude from the scope of application of strict liability for air liability the acrobatic flights and aerial works (the LNA does not apply to these cases since they do not involve air transport) given the identity of reason which fully justifies the imposition of the same regime of liability in the instances mentioned

above. In fact, even in these States of North America where air navigation, generally considered, was subject back to fault liability given the increasing safety with which this type of activity is carried out, cases of acrobatic, experimental and sonic boom flights remain subject to strict liability.

From the framework of aforementioned rationalization according to which "the greater the risk, the stricter the liability" also escapes in certain mode the Spanish regulation of traffic accidents. The danger involved in driving motor vehicles, equal for all cases, hardly explains the splitting of the liability regime introduced by the Spanish legislator under which damage to person is subject to strict liability and property damage to fault liability. To this effect, it should be recalled that the first draft of the LRCSCVM (the Act on Civil Liability and Insurance in Motor Vehicles Circulation) introduced by LUCVM from 1962 (the Act on Use and Circulation of Motor Vehicles), established the same regime of strict liability for all types of damage and that the current regulation has its origin in a subsequent governmental initiative aimed at adapting Spanish law to European legislation on compulsory insurance. As a result of the latter, the Spanish legislator clearly extended himself in its powers, taking into account the fact that the subjective imputation at no time was the subject of that adaptation. The statement made in the Project of LRCSCVM from 1995, according to which a single regime of liability would be contrary to all the current trends of Comparative Law, does not correspond with reality. It can be ascertained, as a consequence, that today the liability for traffic accidents in almost all European countries is based, without any differentiation, on strict liability. The only country whose regulation in the mentioned field resembles the one introduced in Spain is Belgium. It should be also noted that "the risk created by driving the vehicle," set forth by the new LRCSCVM as liability ground interchangeably for both types of liability regimes, has finally given rise to the Supreme Court's construction pursuant to which both types of damage: to person and to property are governed by risk liability. However, the requirement introduced by the Act for the case of property damage according to which it is recoverable within the scope of art. 1902 did not allow the Supreme Court to deduce anything else than that such cases are subject to objective forms of fault liability with the reversal of the burden of proof. For the introduction of strict liability in the case of traffic accidents also advocate foreign scholars, pointing out that the magnitude of risk

resulting from motor vehicles is marked by particularly high likelihood of damage, that the special nature of that risk derives from its inevitability given the practical impossibility of an outsider to avoid the risks resulting from the loss of control over the vehicle and that the risk resulting from the driving of motor vehicles, being abstract, cannot be eliminated even when all due care is exercised in its management.

10- And finally, when precedent *Rylands v Fletcher* is concerned, although the House of Lords in *Transco* formally rejected the possibility of extending the rule to the general clause of strict liability for abnormally dangerous activities and things, entrusting its possible introduction to the legislator, the establishment of the "test of danger or mischief" and the subsequent declaration of the Lord BINGHAM according to which the "natural" and "non-natural use" should be interpreted respectively as "ordinary" and "extraordinary" or "unusual" sets the ideal bases for the possible conceptualization of a general rule of strict liability by British case law in the near future. For the moment this conception, however, stumbled with conservative and traditionalist spirit of the old House of Lords, nowadays the Supreme Court, which did not allow it to go out from the framework of the tort of nuisance and to detach the rule from its most limiting element in the form of "use of land".

BIBLIOGRAFIA

- A/A, “Breivik Plans Crusade Involving Nuclear Terrorism, Demands Compulsory Conversion for Muslims”, *Geopolitical Dynamics, 21st Century Politics from a Humanized Perspective*, [«http://geopolitical-dynamics.blogspot.com/2011/07/breivik-planned-nuclear-terrorist.html»](http://geopolitical-dynamics.blogspot.com/2011/07/breivik-planned-nuclear-terrorist.html) (fc: 24.10.2011).
- AA VV, *Comentario a la Ley española de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960*, Ministerio del Aire, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962,
- Kenneth S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, 3^a ed., Foundation Press, New York, New York, 2007,
- Thomas ACKERMANN, “Beyond Expectation? An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damage”, *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Gerhard WAGNER (ed.) Sellier, European Law Publishers, München, 2009, pp. 35- 68,
- Ayça AKKAYAN-YILDIRIM, “Kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak tehlike sorumluluğu”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 70, núm. 1, 2012, pp. 203-220,
- José Luis ALBACAR LÓPEZ /Jaime SANTOS BRIZ, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, “Comentario al art. 1905”, t. VI, vol.2, Editorial Trivium, Madrid, 1995,
- Manuel ALBALADEJO, “La responsabilidad del art. 1910 del Código civil”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Derecho civil y Derecho público, Madrid, 1996, pp. 4761- 4782,
- “La responsabilidad del art. 1910 del Código Civil”, *Iniuria. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 2, junio-abril, 1994, pp. 13-34,
 - *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, vol. II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales.*, 8^a ed., Bosch Editor, Barcelona, 1989,
- Guillermo ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante (derecho comunitario y adaptación al derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990,

- Elisa ALEXANDRIDOU/Guido ALPA/C. CAPPONI/A. SCHUSTER/Michael WHINCUP en *La responsabilité du fait des services défectueux dans la CEE, vers l'introduction d'un principe de responsabilité sans faute dans le chef des prestataires de services*, Centre de Droit de la Consommation, Louvain-La Neuve, 1989,
- Esther ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid, 1995,
- *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, Dykinson, Madrid, 2006,
- Mariano ALONSO PÉREZ, “La relaciones de vecindad”, *ADC*, 1983, pp. 357-396,
- Luis ALONSO PRIETO, “Tendencias jurisprudenciales sobre el seguro de responsabilidad civil automovilística. Aspectos procesales”, *RDC*, 1974, pp. 215 y ss.,
- Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39), *CCJC* núm. 27/2008, pp. 947-961,
- “Actividades empresariales en sectores de riesgo”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos t. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1319- 1369,
 - “El daño ambiental: presente y futuro de su reparación”, *RDP*, 2002, pp. 865-888,
- Natalia ÁLVAREZ LATA/Yolanda BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), Cizur Menor, 2008, pp. 1372-1475,
- Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 75-108,
- Nuria AMARILLA MATEU, “España: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la responsabilidad por daños causados por productos (I)”, en *ReDeco*, núm. 19, 2008, pp. 3-7, disponible en https://sites.google.com/site/aibadaredeco/19_2008 (fc: 07.07.2014),
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third), Torts, Products Liability*, St. Paul, Minn., 1998,

- *Restatement of the Law of Torts*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., MAY 11, 1934, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Pubs., 1934-1939.
- *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, Volume 3, §§ 504-707A. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington D.C. on May 19, 1976, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1977,
- *Restatement of the Law Third. Torts. Liability for Physical and Emotional Harm. Vol. 1, §§ 1 a 36*, Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Philadelphia, Pennsylvania, on May 16, 2005. St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010,
- *Restatement of the Law, Torts. Apportionment of Liability*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at San Francisco, California, May 18, 1999, St. Paul, Minnesota, American Law Institute, 2000,
- *Restatement of the Law Third. Products Liability*. As adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D. C., on May 20, 1997, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1998,
- *Reporters' Study, Enterprise Responsibility for Personal Injury*, 1991,
- 42 A.L.I. Proc. (1965),

Kumaralingam AMIRTHALINGAM, "Rylands Lives", *CLJ*, vol. 63, nrº2, june 2004, p. 273-276,

Peter APATHY, „Schadenersatzreform- Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung“, *Juristische Blätter*, vol. 4, april 2007, pp. 205-219,

Mª Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad Civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*. (Con especial referencia a la responsabilidad por omisión), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005,

- "Comentario a la Sentencia de 4 de marzo de 2009", *CCJC* núm. 82, pág. 671-694,

Teresa ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid Barcelona, 2004,

José María ASENSIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,

- Bjarte ASKELAND, “Norway 2/16”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pp. 139-141,
- Joaquín ATAZ LÓPEZ “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm. 5, 1995, pp. 59-80,
- Patrick S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, 3^a ed, London, 1982,
- Holger BACKU, “Indemnity Law in Germany, Belgium and the Netherlands”, disponible en
 «http://intra.intereuropeag.com/download/konferenz3_regional/backu_vortrag_eng.pdf»
 »(fc: 16.03.2014).
- Roderick BAGSHAW, “Rylands Confined, *LQR*, vol.120, July 2004, p. 388-392,
- John Hamilton BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Butterworths, London, 2002,
- Alberto Jorge BARREIRO, “Responsabilidad sin culpa o culpa sin responsabilidad en accidentes de tráfico”, *RDEA*, 1958, pp. 297-315,
- Manuel BATTLE VAZQUEZ, “Los daños causados por filtraciones o caída de líquidos y el art. 1910 C.c.”, *AUM*, vol. XXI, núm. 1, 1962-1963, pp. 5- 14,
- Marianne BAUER, „Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie“, *Festschrift K. Ballerstedt*, Beiträge für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Berlin, 1975, pp. 305-326,
- Ulrich BECK, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Páidos, Barcelona, Buenos Aires, México, 1998,
- Christine M. BEGGS, “As Time Goes By: The Effect of Knowledge and the Passage of Time on the Abnormally Dangerous Activities Doctrine”, *HOFSTRA L. REV.*, 1992, núm. 21, pp. 205-233,
- Gotthard BECHMANN, *Risiko und Gesellschaft*, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, 2^a ed. , Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997,
- Ulrich BECK, *Risiko-Gesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1986,
- *Risk Society, Towards a New Modernity*, Sage Publication, London, 1992, (trad. por Mark RITTER),
- John BELL, “English Law and French Law: Not So Different?”, *Current Legal Problems*, núm. 48(2), 1995, pp. 80-90,

- José y Luis BELMONTE DÍAZ, *Defensa y Responsabilidad en el Accidente de Automóvil*, Barcelona, 1956 (2ª ed.),
- Bertil BENGTTSSON/ Håkan ANDERSON, “Sweden 2/17”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pp. 141-143,
- Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de Julio de 1985”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO/ Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 101-128,
- “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento”, *EC*, núm. 34, 1995, pp.125-129,
 - “Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *AC*, núm. 11, 2006, pp. 2083-2085,
 - “La adaptación del Derecho español a la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, *EC*, núm. 12, diciembre 1987, pp. 83-130,
 - “Bares, tiendas... y caídas”, en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ/Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Coor.), *Estudios de Responsabilidad Civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 49-65,
 - “Jurisprudencia”, en *Aranzadi Civil*, núm. 12/2003, parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2003,
- Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO/Javier FERNÁNDO SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1992,
- Moritz August von BETHMANN- HOLLWEG, *Über die Beweislast. In Versuche über einzelnen Teile des Zivilprozesses*, Berlin-Stetting, 1827,
- A. BETTE/J.M. DIDER/R. FORNASIER/ R.M. STEIN, *Compensation of Nuclear Damage in Europe: System Created by the Brussels Convention of 31st January 1963, Supplementary to the Paris Convention on 29th July 1960, on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy*, OECD, Brussels, 1965,
- Erskine BLACKBURN, “The Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *Can. Bar. J.*, núm. 4, 1961, pp. 39-50,

- Norberto BOBBIO, *L'analogia nella lógica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Turín, 1938,
- "L'analogia e il diritto penale", *Rivista Penale*, 1938, pp. 526-542.,
 - "Intorno al fondamento del procedimento per analogía", *Giurisprudenza Italiana*, 1951, I, pp. 229-238,
 - "Analogia", *Novissimo digesto italiano*, vol. I, T. I, Turín, 1957, pp. 601-607,
 - "Ancora en torno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogía", *Giurisprudenza Italiana*, 1968, I, pp. 695-702,
- Francis H. BOHLEN, "The Rule in *Rylands v. Fletcher*", *U. Pa. L.Rev.* núm 59, 1911, pp. 298-326,
- José BONET CORREA, *La responsabilidad en el Derecho aéreo*, Junta de Estudios Económicos Jurídicos y Sociales, Valladolid, 1963,
- Antonio BORRELL MACIÁ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del art. 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los art. 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958,
- Silvio BORGHESE, "Presunzioni (diritto penale e diritto procesale penale)", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1966,
- Jean-Sébastien BORGHETTI, "La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses. Synthèse comparative", disponible en http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf (fc: 07.09.2014)
- "La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps", *Revue Trimestrielle de droit civil*, núm.1, 2010, pp. 1-40,
- Gerald W. BOSTON, "Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier", *San Diego L. Rev.*, 1999, núm. 36, pp.597- 622,
- Manuel BOTANA AGRA, *La ilimitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/1997*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2000,
- Leticia A. BOURGES, "La sentencia Skov y otros: la duda danesa", *Boletín del Centro Europeo para el Derecho del Consumo*, núm. 116, 2006, pp.

- Gert BRÜGGEMEIER, *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia: Texts and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011,
- “Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: The Making of a Hybrid”, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alessandro SOMMA (ed.), Kluwers Law International, The Netherlands, 2009, pp. 179-198,
- Günter BUCHNER/Herbert ROTH, *Unerlaubte Handlungen einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung*, 2^a ed., C.H. Beck, München, 1994,
- Oskar von BÜLOW, *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* (trad. por Miguel Ángel ROSAS LICHTSCHEIN), EJEA, Buenos Aires, 1964,
- Gregorio BURON GARCÍA, *Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1898,
- F. D. BUSNELLI/Giovanni COMANDÉ, in Bernhard KOCH and Helmut KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, p. 207-226,
- Mauro BUSSANI/Ugo MATTEI, “The Common Core Approach to European Private Law”, *Colombia Journal of European Law*, Fall/Winter, 1997/1998, pp.339-356,
- José Manuel BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998,
- José Manuel BUSTO LAGO/Yolanda ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, Thomson Aranzadi, 1^a ed. 2005,
- Erdem BÜYÜKSAGIS, „De l’opportunité de préciser la portée d’une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque“, *Haftung und Versicherung (HAVE)*, 1/2006, pp. 2-8,
- Erdem BÜYÜKSAGIS/Willem H. VAN BOOM, “Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risk”, *Georgetown Journal of International Law*, vol.44, núm. 2, 2013, pp. 609-640,
- Antonio CABANILLAS SANCHEZ, “La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento”, *RES* núm. 55, julio-septiembre, 1988, pp. 7-62,

- “La responsabilidad civil por inmisiones industriales”, *ADC*, núm. 4, 1993, pp. 1957-1994,
- “La responsabilidad civil por daños ambientales según la jurisprudencia civil”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 191-218,

Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil”, *Actualidad Civil.*, 1996-2, núm. 15, pp. 349-371,

Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, en *RPJ*, núm. 52, 1998, pp. 241-280,

Juan CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976,

Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970,

Guido CALABRESI/Jon T. HIRSCHOFF, “Towards a Test for Strict Liability in Torts”, *Yale L. J.*, núm. 81, 1972, pp. 1055-1084,

Jean CALAIS- AULOY, Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l’obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE 25 avril 2002), *Le Dalloz*, núm. 31, 2002,

Piero CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, trad. española por Santiago SENTIS MELENDO,

Herminia CAMPUZANO TOMÉ, *Nociones generales sobre responsabilidad civil (doctrina. jurisprudencia y legislación)*, Forum, Oviedo, 1997,

Claus CANARIS, „Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung“, *JB* núm. 2, 1995, pp. 2-17,

Peter CANE, “Fault and Strict Liability for Harm in Tort Law”, *The Search for Principle: Essays in honour of Lord Goff of Chieveley*, Gareth JONES/ William SWADLING (ed.), Oxford University Press, United Kingdom, 1999, pp. 171-206,

Consuelo CARASCO GARCÍA, “La *exceptio non numeratae pecuniae* en los tratados de los Pandectas del siglo XIX: una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. LXXIII, enero 2003, pp. 425-456, disponible también en vLex: <http://vlex.com/vid/exceptio-numeratae-pandectas-pandectistica-380845> (fc: 07.01.2009),

- Marta CARBALLO FIDALGO en “La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público.”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.12, núm.1, 2003, pp. 259-273,
- Jean CARBONIER, *Droit Civile*, t. IV, *Les obligations*, Themis, Paris, 2000,
- Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil. Vol. I*, EJEA, Buenos Aires, 1989 trad. del original *Istituzioni del processo civile italiano* (1ª ed. 1942), 5ª ed., Foro Italiano, Roma, 1956, por Santiago SENTIS MELENDO,
- *Sistema de Derecho procesal civil, Vol. II, Composición del proceso*, en trad. al castellano del original *Sistema del diritto processuale civile* (1936-38) por Niceto ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO y Santiago SANTÍS MELENDO), UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944,
- Ángel CARRACSO PERERA, “Efecto perverso en las Directivas de Consumo”, *AJA*, núm. 541, 2002, pág.3,
- Emiliano CASADO IGLESIAS, *La responsabilidad por daños a terceros en la navegación aérea*, Universidad de Salamanca, 1965,
- CASES, *Lesiones por automóviles*, Madrid 1932,
- José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.*, ed. 12ª, Reus, Madrid, 1986,
- *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1933,
 - José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, 14ª ed., Reus, Madrid, 1992,
- Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, *AC*, núm. 1, 2008, pp. 2133- 2166,
- “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm. 5, 1995, pp. 41-57,
 - *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987,
 - “Determinación de sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva (obras, filtraciones, animales ...), *Responsabilidad civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993,

- “Comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1992”, *CCJC* núm. 30, 1992, pp. 949-958,
- “Responsabilidad civil y riesgo”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Matilde CUENA CASAS/Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA/Jorge ORTEGA DOMÉNECH (coord.), Dykinson, 2013, pp. 419-426,
- „Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 1992“, *CCJC* núm. 28, enero- marzo 1992, pp. 217-232,
- “Comentario a la Sentencia de 26 de junio de 1990”, *CCJC* núm.23, 1990, pp. 761-772,
- *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Universidad Palma de Mallorca, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1985,

Fernando CERDÀ ALBERTO/Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, “Sujetos responsables” en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 221-247,

Miguel CERDÁ OLMEDO, “Responsabilidad civil por daños futuros”, *ADC*, núm. 3, 1985, pp. 623-648,

Edward K. CHENG/Albert YOON, “Does Frye or Daubert Matter? A study of Scientific Admissibility Standards”, *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 2, 2005, pp. 471-513,

Patricia CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid, 2000,

- “La prueba del daño y de la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 2, 2004, pp. 2085-2111,

Ronald H. COASE, “The Problem of Social Cost”, *J.L. & Econ.*, vol. 3, 1960, pp. 1-69,

Miguel COCA PAYERAS, “art. 590”, *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1495-1498,

Jules COLEMAN/Arthur RIPSTEIN, “Mischief and Misfortune”, *McGill L.J.*, vol. 54, 1995, pp. 91- 129,

- Ana María COLÁS ESCANDÓN, “La responsabilidad derivada del art. 1910 del Código Civil y su aplicación en la práctica”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, pp. 2135-2176,
- Emilio COLOM /Federico MARIMON, *Compendio jurídico del accidentes de automóvil*, Bosch, Barcelona, 1933,
- Alfred F. CONRAD, “The Economic Treatment of Automobile Injury”, *Michigan Law Review*, vol. 63, núm.2, 1964, pp. 279-326
- Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *La prueba en el proceso civil*, Cuaderno CGPJ, Madrid, 1993,
- Faustino CORDÓN MORENO, Teresa ARMENTA DEU, Julio J. MUERZA ESPARZA e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, T. I, arts. 1 a 516*, Aranzadi, Navarra, 2001,
- Emma CORSTVET, “The Uncompensated Accident and its Consequences”, *Law and Contemporary Problems*, 1936, pp. 466-475,
- Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1972, pp. 581-642,
- “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.137- 156,
 - “La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: la interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Gilbert PÉREZ DE BLANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 109- 135.
- Valetín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Vicente GIMENO SENDRA, Víctor MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2003,
- Giovanni CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil, T.II*, (trad. de José CASAIS Y SANTALÓ DE la tercera edición italiana), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977,

- *Instituciones de derecho procesal civil, III* (trad. de Emilio GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1940,
- Herman COUSY/Dimitri DROSHOUT, “Belgium”, *Unificatiion of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 43- 74,
- Nicola COVIELLO, La respponsabilità senza colpa, *Riv.it.sc. giur.*, XXIII, 1897, pp. 188-216,
- Guillermo CRESPO PARRA, “La responsabilidad del fabricante español por daños transfronterizos”, *EC*, núm. 53, 2000, pp. 47-62,
- Gerry CROSS, “Does only the Carless Polluter Pay?- A Fresh Examination of the Nature of Private Nuisance”, *LQR* , n° 111, 1995, p. 445-474,
- Francisco CUENCA ANAYA, “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm, 52, octubre diciembre 2004, pp. 9-44, disponible también en http://www.larioja.org/upload/documents/686784_RJNO_N_52_2004.Responsabilidad_civil_en_los_accidentes.pdf (fc: 20.04.2012),
- “Accidentes provocados por las piezas de caza en la Ley 17/2005, que reforma la seguridad vial”, *La Ley* núm. 6323, 21 de septiembre 2005, pp.1592- 1597,
- Ignacio de CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000,
- Vincente CUÑAT EDO, “La responsabilidad de la entidad aseguradora en el seguro obligatorio de automóviles”, *Estudios sobre delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975, pp. 83 y ss.
- Hanoch DAGAN, “The Distributive Foundation of Corrective Justice”, *Michigan L. Rev.* vol. 98, núm.1, 1999, pp. 138-166,
- Juan DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN y Gilberto PÉREZ DEL BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 13-27,
- Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Actuación dañosa en los grupos”, *RJC*, núm. 4, 1997, pp. 975-1003,

- “art. 1907”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1999, pp. 2044-2045,
- “art. 1908”, *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2045-2050,
- “art. 1908”, *Comentario del Código Civil*, t. X, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 251-294,
- “art. 1910”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2052-2054,
- “art. 1906”, *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, (coord.. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), 2006, pp. 228-240,
- “art. 1905”, *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993,
- *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993,
- *Algunas previsiones sobre le futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cuandernos Civitas, Madrid, 1995,
- “Fundamento de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo. Responsabilidad objetiva. Regímenes especiales de responsabilidad”, en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 125-218,
- *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988,

Alfonso DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1959,

Adolfo DE MIGUEL GARCÍLOPEZ, *La responsabilidad sin culpa*, Imprenta Revista Ibérica, Barcelona, 1931,

Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS, “El cumplimiento de las normas urbanísticas como requisito para la responsabilidad patrimonial por daños por ruido: comentario a la STS de 12 de enero de 2011”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, pp. 281-293,

Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración: conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000,

- Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho Procesal*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984,
- Fernando DE LA VEGA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuosos*, Editorial Civitas, Madrid, 1998,
- Simon DEAKIN, “Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros”, *C.Y.E.L.S.*, núm. 2, 1999, pp. 231-260,
- Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Aubry et Rau, Droit Civil Français, Responsabilité délictuelle*, André PONSARD/Ibrahim FADLALLAH (dir.), vol. VI-2, 8ª ed., Librairies Techniques, Paris, 1989,
- Pedro DEL OLMO GARCÍA, “art. 1910”, en *Código Civil Comentado*. Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.) Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, Thompson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp.1511-1515,
- “art. 1906”, en *Código Civil Comentado*, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro DE PABLO CONTRERAS/Javier ORDUÑA MORENO/ Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), Vol. IV, Libro IV. *Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. (art. 1445 al final)*, Thompson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1488-1493,
 - “art. 1908”, *Código Civil Comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro Pablo CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1499-1505,
 - “art. 1909”, *Código Civil Comentado*, vol. IV, libro IV, Ana CAÑIZARES LASO/Pedro PABLO CONTERAS/Javier ORDUÑA MORENO/Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1505-1511,
- Henri DESBOIS, « Note », *Cass. civ I^{ère}*, 27 février 1951, *Branly, D. 1951*, 329,
- Henri DESCHENAUX/Pierre TERCIER, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Editions Stämpfli, Bern, 1982,
- Erwin DEUTSCH, „Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausl-Vermutungshaftung“, *NJW* 1992, pp. 73-77,

- *Das „allgemeine Lebensrisiko“ als negativer Zurechnungsgrund*, en FS für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1993,
 - *Allgemeines Haftungsrecht*, 2 ed., *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Heymann, Köln/Berlin, 1996,
 - Methode und Konzept der Gefährdungshaftung, *VersR*, 1971, pp.1-6,
- Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, Temis, Bogotá-Colombia, 2002,
- Francisco DÍAZ BRITO, *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Aranzadi, Cizur menor, 1999,
- Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, “La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”, *ADC*, julio- septiembre 1990, pp. 737- 792,
- ”La responsabilidad del productor: referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, Nº 3, 1990, pp. 737-792,
- Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Especies cinegéticas y responsabilidad por daños en la agricultura”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2010 (Comentario), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, s/p.
- Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Editorial Comares, Granada, 2006,
- *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996,
- Isabella Henriëtta Philepina DIEDERIKS- VERSCHOOR, *An Introduction to Air Law*, 8ª ed., Kluwer International, 2006,
- Uwe DIEDERICHSEN, *Die Haftung des Warenherstellers*, , C.H. Beck, München/Berlin, 1967,
- Florian DIETZ, *Technische Risiken und Gafährdungshaftung. Regelungsstrukturen im deutschen und europäischen Recht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2006,
- Luis DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999,
- *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995,
 - “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ/Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Estudios de responsabilidad civil*

en homenaje al profesor Roberto López Cabana, Dykinson, Madrid, 2001, pp.

Luis DíEZ-PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005,

- *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 1999,
- *Sistema de derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995,
- *Sistema de Derecho civil. Vol. II*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005,
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual.*, t.V, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011,

Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000,

Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2ª ed., Paris, 1697;

- *Las leyes civiles en su orden natural*, 2ª ed., trad. al castellano por Felio VILLARUBIAS y José SARDÁ, imprenta por José Taulo, Barcelona, 1844,

Manuel Antonio DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo: perspectivas de adaptación y reforma”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp.879-934,

Paula DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en España y Cataluña”, en *El derecho romano en la universidad del siglo XXI : catorce siglos de historia y catorce de tradición*, (coord. Ricardo PANERO GUTIÉRREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 247-306,

Michael DOUGAN, “Exploring the Legal Framework for Reflexive Harmonization”, *Annual of German and European Law*, Russell MILLER/Peer ZUMBANSEN, vol.1-3, 2003, pp. 113-165,

William DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”, *Yale Law Journal*, 1929, pág. 583- 604,

Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention. An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Convention.”, en *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pp. 215- 241,

- “The reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention: An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, *Nuclear Law Bulletin* núm. 75, 2005, pp. 7-33, [«http://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-75/007_033.pdf»](http://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-75/007_033.pdf) (fc: 15.09.2011).
- Isidoro EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1964,
- Oskar EDLBACHER, „Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens“, *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*, Graz, 1965, pp. 81-98,
- Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid. 1994,
- “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STS 119/2001, de 24 de mayo”, *InDret* 01/2002,
- Georg EGGER, “Der Entwurf eines Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen“, *Deutsche Juristen- Zeitung*, 1908, pp. 993 y ss.
- Armin EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse*, 2ª ed., Manz, Wien, 1928,
- Ludwig ENNECCERUS/Martin KIPP/Theodor WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil*, 9. Bearbeitung, Elwert, Marburg, 1923,
- Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts : ein Lehrbuch*, 15.Auflage, Mohr, Tübingen, 1960,
- Richard A. EPSTEIN, *Torts*, Aspen Law & Business, Gaithersburg, 1999,
- *Cases and Materials on Torts*, 6ª ed., Aspen Law & Business, New York, 1995,
- Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, Beck, München, Berlin, 1941, 2ª ed., 1969,
- “Responsabilité et garantie dans le nouvelle doctrine allemande des actes illicites”, *RIDC*, 1961, pp. 481-493,
 - „Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, *Juristenzeitung*“, *JZ*, 1953, pp. 129-134,
- Josef ESSER/Hans Leo WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, Teilband 2, 8ª ed., Müller Juristischer, Heidelberg, 2000,

José ESTEVE PARDO, “La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos”, en el *Libro homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Civitas, 1989, Madrid, pp. 369-386,

- *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario sistemático*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008,

Guillaume ETIER/Christophe PÉTERMANN, “Innovation ou Rénovation?, Le retour du risqué en tant que fondement refoulé de la responsabilité civile”, *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Bénédicct FOËX/Franz WERRO (ed), Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, pp. 1-48,

Raquel EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de relaciones de vecindad*, Comares, Granada, 2001,

Adolf EXNER, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, Nabu Press, 2010,

- *De la fuerza mayor en el Derecho mercantile romano y en el actual, (Der Begriff der h`heren Gewalt [vis mayor] im römischen und heutigen verkehrsrecht)*, Viena, A. Holder, 1883, trad. española por E. MIÑANA, Madrid, Librería V. Suarez, 1905,

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), coord. Miquel MARTÍN CASALS,

- *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Springer, Wien New York, 2005,

Michael G. FAURE, (ed.), *Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability: Future Developments in the European Union*, Springer, Wien, 2003,

- “Economic Models for Compensation for Damage Caused by Nuclear Accidents: Some Lessons for the Revision of Paris and Vienna Convention”, *European Journal of Law and Economics*, núm. 2, 1995, pp. 21-43,
- „The Economic Analysis of Tort Law and the European Civil Code“, *Towards European Civil Code*, Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Chantal MAK, Edgar DU PERRON (ed.), Wolters Kluwer, ArsAequi Libri, The Netherlands, 2011, pp. 977- 1000,

- „Economic Analysis“, *Unification of Tort Law: Strict liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp.361-394,

Michael G. FAURE/ Karine FIORE, “The Civil Liability of European Nuclear Operators: Which Coverage for the New 2004 Protocols?—Evidence from France”, *International Environmental Agreements: Politics, law and Economics*, vol. 8, July 2008, pp. 227-248, disponible también en el Social Science Research Network, « http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086287 » (fc: 2.10.2011),

Michael FAURE/ Tom VANDEN BORRE, “Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S and International Liability Schemes”, *William and Mary Environmental and Policy Review*, vol. III, núm. 1, 2008, pp. 219- 287, disponible también en la Social Science Research Network electronic library, «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317704 » (fc: 29.09.2011).

Jörg FEDTKE and Ulrich MAGNUS, “Germany”, in Bernhard KOCH and Helmut KOZIOL, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, p. 147-177,

Attila FENYVES, „Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten“ en Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL (ed.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Tort and Insurance Law, Bd. 15, Wien, New York, 2006, pp. 47-56,

Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006,

José Maria FERNÁNDEZ SEIJO, en Fernando Escribano Mora (coord.), *El proceso civil. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001,

Fernando FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, *AAMN*, t. XIII; 1962, pp. 24-45,

José FERRANDIS VILELLA , anotaciones a *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2, v.1, Ludwig ENNECCEREUS/ Heinrich LEHMANN (ed.), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966,

Vincenzo FERRARI, “Sociolegal Concept and Their Comparison”, Else OYEN (ed.), *Comparative Methodology*, Sage, London, 1990, pp. 63-80,

- Constanze FISCHER-CZERMAK, „Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung“, Rudolf REISCHAUER/Karl SPIELBÜCHLER/Rudolf WESLER (ed), *Reform des Schadensersatzrechts II, Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe*, Manzsche Verlags und -Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, pp. 151-168,
- George P. FLETCHER, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harv. L. Rev.*, núm. 85, 1972, pp. 537- 573,
- John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th ed., The Law Book Company Limited, Sydney, 1998,
- Paolo FORCHIELLI, “Intorno alla responsabilità senza colpa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, diciembre 1967, pp. 1378-1397,
- Marc S. FRANKLIN, Robert L. RABIN, Michael D. GREEN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, Thomson West, New York, 2006,
- Massimo FRANZONI, «Dei fatti illeciti», en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Art. 2043-2059*, Bologna, Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1993, Roma,
- Andreas FREYE, *Die Josephinischen Reformen in Österreich unter Maria Theresia und Joseph II. mit dem Schwerpunkt der Kirchenreform*, GRIN, 2007, disponible también en [www. books.google.es](http://www.books.google.es),
- G.H.L. FRIEDMAN, “The Rise and Fall of *Rylands v. Fletcher*”, *Can. Bar. Rev.* núm. 34, 1956, pp. 810-823,
- Wolfgang Gaston FRIEDMANN, “Social Insurance and the Principles of Tort Liability”, *Harv. L. Rev.*, nr. 63, 1949, p. 241-265,
- Lowrence Meir FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, New York, 1973,
- Maximilian FUCHS, *Deliktsrecht: Eine Nach Anspruchsgrundlagen Geordnete Darstellung Des Rechts Der Unerlaubten Handlungen Und Der Gefährdungshaftung*, 2^a ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 1996,
- Werner FULL, *Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr*, Dunker/Humbolt, Berlin/New York, 1980,
- Julio Cesar GALÁN CORTÉS, “Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004”, CCJC, núm. 68, 2005, pp. 831-846,
- Suzanne GALAND-CARVAL, “France” in Bernard A. KOCH/ Helmut KOZIOL (eds), *Unification of Tort Law. Strict Liability.*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, p. 127- 145,

- Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997,
- José GARBERÍ LLOBREGAT/Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,
- Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *RDN*, núm. 67-68, 1970, pp. 73-102,
- Fernando J. GARCÍA MARTÍN, “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil. Crítica a una jurisprudencia equivocada”, I y II, *La Ley*, núm. 4947 y 4948, 13 y 14 de diciembre de 1999,
- Fernando GARCÍA CACHAFEIRO, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español”, *DN*, núm. 148, enero 2003, pp. 13-26 (y en la *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales*, coord.. Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, Netbiblo, 2006, pp. 235- 254),
- M^aPaz GARCÍA RUBIO, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *Act. Civ.*, núm. 35, 1998, pp. 853-870,
- Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, 2^a ed., Aguirre, Madrid, 1983,
- Guy GASPARD, “La directriz europea en materia de responsabilidad de los fabricantes”, *RES*, núm. 44 octubre-diciembre, 1985, pp. 581-591,
- Rafael GAY DE MONTELLA, “El problema de la responsabilidad civil resultante de los accidentes de automóvil”, *RJC*, 1909, pág. 103 y ss.,
- Laura GAZQUEZ SERRANO, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea: Derecho Comunitario y de los Estados Miembros”, en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2002, www.asociacionabogadosrcs.com (fc: 02.12.2012),
- Laura GÁZQUEZ SERRANO/M^a del Mar MÉNDEZ SERRANO, “Responsabilidad civil en los deportes de riesgo”, *REDD*, núm. 13, 2001, pp. 5-18,
- Mark GEISTFELD, “Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormally Dangerous Activities?”, *UCLA L. REV.*, 1998, núm. 45, pp. 611-671,
- W. Van GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Cases, Materials and Texts on National*,

- Supranational and International Tort Law*, Hart, Oxford/Portland, 2000,
- Otto GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer, Berlin, 1889,
- Ivo GIESEN, “The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law”,
European Tort Law 2008, Tort and Insurance Law Yearbook, 2009, volume
2008, part.2, pp. 49- 67,
- Fulvio GIGLIOTTI, “Illeciti de informazione e responsabilità omissiva”, *RDC*, 2002,
núm. 6, pp. 911-938,
- Israel GILEAD, „On the Justification of Strict Liability, *European Tort Law*, Helmut
KOZIOL/Barbara STEININGER (ed.), Springer, Wien New York, 2004,
- Paula GILIKER, *The Europeisation of English Tort Law*, Hart Publishing,, Oxford, 2014,
- Clayton P. GILLETTE/ James E. KRIER, “Risk, Courts, and Agencies”, *U. PA. L. REV.*,
1990, núm. 138, pp. 1027- 1109,
- François GILIARD, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, *Rapport à la
Société suisse des juristes*, núm. 2, 1967, pp. 193-323,
- Julius GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig, 1883,
- *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Leipzig, 1883,
- John C. P. GOLDBERG/Benjamin C. ZIPURSKY, *Torts. The Oxford Introduction to U.S.
Law*, Oxford University Press, New York, 2010,
- Isidoro H. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea,
Buenos Aires 1984,
- James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936, trad. del
original *Zivilprozessrecht*, Julius Springer, Berlin, 1929 por Leonardo PRIETO-
CASTRO,
- *Der prozess als Rechtslage: eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Julius
Springer, Berlin, 1925,
- *Teoría General del proceso*, Labor, Barcelona, 1936,
- José Enrique GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil y común foral*, t. II, Bosch,
Barcelona, 2010,
- Juan GÓMEZ, “Merkel decide adelantar el apagón nuclear en Alemania”, *El País
Internacional*, 30 de mayo de 2011, disponible también en
http://internacional.elpais.com/internacional/2011/05/30/actualidad/1306706404_850215.html (fc: 18.06.2013),
- Juan GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Dykinson,
Madrid, 1996,

- “La responsabilidad objetiva en la nueva Ley de automóvil”, *RDP*, enero 1965, pp. 23-39,

Esther GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por el hecho ajeno.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), 3ª ed., Thomson Aranzadi, 2006, pp. 461-538,

- “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *CCJC*, vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1693-1767,

Mª Carmen GÓMEZ LAPLAZA, “La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro”, *AC*, núm. 15, 2000, pp. 2327-2354,

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Intervención de tercero”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 297-346,

Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ, “La responsabilidad por daños materiales en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos a motor. Especial referencia a los daños recíprocos.”, *RRCCS* núm. 11, noviembre de 1997, pp. 600-604,

Emilio GÓMEZ ORBANEJA/Vincente HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976,

Marcos GÓMEZ PUENTE, “La licencia de transporte aéreo”; *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pp. 167-210,

Manuel GONZÁLEZ ALEGRE/Manuel GONZÁLEZ ALEGRE-BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967,

Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Juan DAMIÁN MORENO, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN y Gilberto PÉREZ DEL BLANCO, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29- 74,

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Development of Traffic Liability in Spain”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 151- 189,

Pedro GONZÁLEZ POVEDA, “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, *Tratado de responsabilidad civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta/Jaime Santos Briz/Ricardo de Angel Jagüez/Pedro González Poveda/José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 821-891,

- “La responsabilidad por riesgo”, en AA. VV., Tratado de responsabilidad civil, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, t.2, pp. 699-713,
- James GORDLEY, Immissionsschutz, Nuisance and Troubles de Voisinage in Comparative and Historical Perspective, *ZeUP*, 1998, pp. 13-29,
- Robert W. GORDON, “Simpson’s Leading Cases”, *Mich. L. Rev.*, nº 95,1997, p. 2044-2052,
- Michele GRAZIADEI, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, 2009, pp. 441-475,
- Michele GRAZIADEI/Davide MIGLIASSO, “Italy 2/9”, *Digest of European Tort Law. Vol.I: Essential Cases on National Causation*, Springer, Wien, New York, pp. 122-124,
- Leon GREEN, “Tort Law Public Law in Disguise”, *Texas LR*, núm. 38, 1959, pp. 257-269,
- Reinhard GREGER, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs, Handbuch und Kommentar*, 4ª ed., De Gruyter, Berlin, 2007,
- *Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr*, Duncker/Humbolt, Berlin/New York, 1990,
- Irmgard GRISS, „Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung“, en Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien/New York, 2006, pp. 57-66,
- Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. al español por Marina GASCÓN y Miguel CARBONELL, Editorial Porrúa México/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011,
- María Jesús GUERRERO LEBRÓN, “La evolución del régimen de responsabilidad extracontractual del transportista aéreo: apuntes sobre los nuevos convenios por riesgos generales y por actos de interferencia ilícita que involucren a aeronaves”, *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 3, 2009, pp.31-64,
- Thomas GUI MORI, en “Daños causados por animales, Responsabilidad civil y penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* núm. 2963, 1992, pp. 1055-1061,

- Gregorio GUIJARRO CONTRERAS, “Responsabilidad civil automovilística”, *ADC*, 1963-11, pp. 641- 700,
- Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos, (Su régimen de la responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008,
- Beatriz GUTIERREZ SOLAR CALVO, *Culpa y riesgo en la responsabilidad por accidentes de trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004,
- Johannes HAGER, „§823“, en Julius von STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Sellier de Gruyter, Berlin, 1999,
- Martijn Willem HASSELINK, “The New European Legal Culture”, *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 11-75,
- David .J. HAYTON/Sebastianus Constantinus Johannes Josephus. KORTMANN/Hendrik L.E. VERHAGEN, “Principles of European Trust Law”, *ZeUP*, 1999, pp. 745-747,
- Jed HANDELSMAN SHUGERMAN, “The Floodgates of Strict Liability: Bursting Reservoirs and the Adoption of *Fletcher v. Rylands* in the Gilded Age”, *Yale L. Rev.* núm. 110, November 2000, pp. 333-377,
- Fowler. V. HARPER/James FLAMING, *Law of Torts*, Little Brown & Co., Boston, 1956,
- Fowler V. HARPER/James JR. FLEMING/Oscar S. GRAY, *The Law of Torts*, 2d ed., Little, Brown and Company, Boston, 1986,
- Winfried HASSEMER/ Francisco MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 1995,
- Philipp HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Mohr, Tübingen, 1929, Scientia, Aalen, 1958,
- Fritz F. HEIMANN, “The U.S. Liability Protection System for Nuclear Power Plants”, *Nuclear Accidents. Liabilities and Guarantees, Proceeding of Helsinki Symposium 31 August- 3 September 1992*, OECD, 1992, pp. 417-433,
- James A. HENDERSON JR./Jeffrey J. RACHLINSKI, “Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability”, *Roger Williams U. L. Rev.* vol. 6, 2000, pp. 213-241,
- James A. HENDERSON/Aaron D. TWERSKI, *Product Liability, Problems and Process*, Aspen Publishers, New York, 5ª ed., 2004,

- “The Unworkability of Court-Made Enterprise Liability: A Reply to Geistfeld”, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 67, 1992, pp. 1174 -1175,
- Vicente HERCÉ QUEMADA, “La carga de la prueba”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 6, 1 de julio de 1962,
- Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980,
- *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985,
- Juan Ramón HIDALGO MOYA/Manuel OLAYA ADÁN, *Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*, Bosch, Barcelona, 1997,
- Arthur HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, “Sobre el Derecho español”, apéndice a la traducción por Faustino MENÉNDEZ- PIDAL, Góngora, Madrid, 1934,
- Monika HINTEREGGER/Susanne KISSICH, “The Paris Convention 2004- A New Nuclear Liability System for Europe”, *Environmental Liability*, núm. 12, 2004, pp. 116-126,
- Oliver Wendell HOLMES, “The Theory of Torts”, *Am. L. Rev.*, núm. 7, 1873, pp. 652-663,
- Ewoud HONDIUS, “England and European Civil Code”, *ERPL* vol. 17, Nº 2, 2009, p. 85-87,
- Tony HONORÉ, “Causation and Remoteness of Damage”, en André TUNC (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, International Assosiation of Legal Science, 1983,
- Nathalie HORBACH, “Catastrophic Nuclear Damage under the Dutch Nuclear Liability Law”, en Norbert PELZER (ed), *Internationalisierung Des Atomrechts: Internationalizing Atomic Energy Law*, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 213-228,
- Report to the Congress from the Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents*, II vol., Washington DC, 1990,
- Morton HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Massachuset, 1977,
- Edwin Tyrrell HULSTON/ Francis Joseph COLTMAN, *English Reports, Full Reprint. (1220-1865)*, vol. 159- Exchequer, pp. 737-748,
- David IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999,
- “Replay to Profesor Zimmermann”, Thomas Glyn WATKIN, *The*

- Europeisation of Law*, UKNCCL, Oxford, 1998, pp. 224- 238,
- “The Tort of Negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, en F.J.H. SCHRAGE (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Duncker&Humbolt, Berlin, 2001, pp. 46-72,
- Francisco José INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: Nexo de causalidad y “causas hipotéticas*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2002,
- Fleming JAMES, Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance, *Yale Law Journal*, 1947-1948, pp. 548- 570,
- Nils JANSEN, “Historical Report 2/1”, *Digest of European Tort Law*, Springer Wien New York, Wien, 2007,
- *Die Struktur des Haftungsrecht. Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004,
 - „The Development of Legal Doctrine in Europe. Extracontractual Liability for Fault.“, *The Development and Making of Legal Doctrine*, vol. 6, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 1- 45,
 - “The Idea of Legal Responsibility”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 26, November, 2013, pp. 1-28 disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294321 (fc: 12.07.2015),
- Rudolf JEHRING, *Geist des römischen Rechts*, I, 9ª ed., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1955,
- Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, “La Ley reguladora de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en el marco del moderno derecho de la responsabilidad de acuerdo con las normas comunitarias europeas y de derecho comparado”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* , Juan Luis IGLESIAS PRADA (coord.), III, Civitas , Madrid, 1996, pp. 2870-2912,
- Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, “Los riesgos a cargo del perjudicado”, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, ORTÍ VALLEJO (dir.)/GARCÍA GARNICA (coord.), Aranzadi Pamplona, pp. 103-142,

Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998,

- “Los “defectos” de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *La Ley*, 1996-4, pp. 1358-1368,
- “Responsabilidad del productor agrícola y la tutela de los consumidores”, *Diritti fondamentali, qualità dei prodotti agricoli e tutela del consumatore, Atti delle VI Giornate Camerti di Diritto Agrario Comunitario (Camerino 22-23 noviembre 1992, Granada 27-28 noviembre 1992; Bruselas 4 diciembre 1992)* a cargo de E. CAPIZZANO, Università degli Studi di Camerino, 1992-1993,

William K. JONES, “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, *Colum. L. Rev.*, 1992, vol. 92, núm. 7, pág. 1705-1779,

Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1993,

Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1927,

Michel DE JUGLART, *Traité de Droit Aérien*, t.I, Libr. Générale de de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1989,

Carsten JUNGSMANN, Der „Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein“, *ZZP*, vol. 120, núm. 4, 2007, pp. 459-474,

André KAFTAL, “La responsabilité pour dommages causés par les aéronefs aux tirs a la surface”, *RTDC*, 1933, pp. 693-742,

Hans KAPFER, *ABGB*, Manz, Wien, 29ª ed., 1972,

Erich KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Mohr, Tübinga, 1911,

- *Rechtsidee und Recht Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*, vol.3, Schwartz, Göttingen, 1960,

Gregory C. KEATING, “Distributive and Corrective Justice in Tort Law of Accidents”, *So. Cal. Law Rev.*, núm. 193, vol. 74, 2000, pp. 193- 226,

W. Page KEETON, Dan D. DOBBS, Robert E. KEETON, David G. OWEN, *Posser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1984,

- Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6^a ed., Stämpfli, Bern, 2002,
- Susan KISSICH, *Internationales Atomhaftungsrecht: Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien*, Baden-Baden, 2004,
- Joseph H. KING, Jr., “A Goals-Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities”, *BAYLOR L. REV.*, 1996, núm. 48, pp. 341- 365,
- Michael KING, “Comparing Legal Cultures in the Quest for Law’s Identity”, David NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 119-134,
- Heinrich KLANG, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2^a ed., Staatsdruckerei, Wien, 1951,
- David KLEIN/Julian WALLER, *Causation, Culpability and Deterrence in Highway Crashes*, Department of Transportation, Automobile Insurance and Comparative Study, 1970,
- Bernhard A. KOCH, “The Work of the European Group on Tort Law- The Case of Strict Liability”, *InDret 2/2003*, pp. 1-10,
- “Die Grundsätze des Europäischen Deliktsrechts“, en Bénédict WINIGER (ed.), *La responsabilité civile européenne de demain – Projets de révision nationaux et principes européens*, Colloque international à l'Université de Genève, Genève, 2008, pp. 205-218,
 - “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva”, *InDret 2/2003*,
- Bernhard A. KOCH/ Helmut KOZIOL (eds.), “Austria”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London /New York, 2002, pp. 9- 41,
- “Comparative Conclusions”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, pp.395-435,
- Jürgen KOHLER, “Umwelthaftungsrecht”, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Karl-Heinz GURSKY (red.), Libro III, *Sachenrecht*, Sallier de Gruyter, Berlin, 2002,
- Ingo KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, C.H. Beck, München, 1979,
- Jeroen KORTMANN, „Liability for Nonfeasance; a comparative study“, *Oxford U Comparative L Forum 1*, 2001, disponible en ouclf.iuscomp.org (fc: 13.12.2010),

Hein KÖTZ, „Gefährdungshaftung, Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?“, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesministerium der Justiz, Köln, 1981, pp. 1779- 1834,

- „Haftung für besondere Gefahr- Generalklausel für die Gefährdungshaftung“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1970, pp. 1-41,
- „Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?“, Bernhard PFISTER/Michael WILL (ed.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991, pp. 109-121,

Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 9^a ed., Luchterhand, Neuwied, 2001,

- *Deliktsrecht*, 10 ed., Hermann Luchterhand Verlag, München, 2006,

Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil*, Wien, Mainz, 1997,

- „Bewegliches System und Gefährdungshaftung“, BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York, 1986, pp. 51-61,
- „Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?“, *FS Wilburg zum 70. Geburtstag*, Leykam, Graz, pp. 173-186,
- Vereinheitlichung der Gefährdungshaftung in Europa, Österreichische Notariatskammer, *Festschrift für Nikolaus Michalek*, Wien 2005, pp. 217-229,
- “Fault under Austrian Law”, *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, The Hague/New York/London, 2005, pp. 11- 26,
- “Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, núm.2, 1998 pp. 111-128.
- “Die grossen Züge des österreichischen Entwurfs - Dargestellt anhand der Regelungen betreffend die geschützten Interessen, die Kausalität, die Sorgfaltswidrigkeit und das Verschulden“, *Europäisches Haftungsrecht morgen*, Genève, 2008, pp. 3-24,

- „Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung“, *JBl* núm. 120, 1998, pp. 619-627,
- „Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts- Sicht aus dem Ausland“, en *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Stephan WEBER/Stephan FUHRER, Zürich, 2004, 23-38,
- „Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen“, en *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Irmgard GRISS/Georg KATHREIN/Helmut KOZIOL, Wien/New York, 2006, pp. 23- 36,
- *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2012,
- *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band II, 2^a ed., Wien, 1984,

Helmut KOZIOL/Peter RUMMEL, *Österreiches Haftpflichtrecht*, Band II, Wien, 1975,

Helmut KOZIOL/Klaus VOGEL, “Austria”, *Unification of Tort Law. Liability for Damage Caused by Others*, Jaap SPIER (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp.10- 35,

Helmut KOZIOL/Rudolf WELSER, *Grundriss des Bürgerliches Recht*, Band II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13^a ed., Manz, Wien, 2007,

Ken KRESS, “The Seriousness of Harm Thesis for Abnormally Dangerous Activities”, en David OWEN (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995,

Maria Lubomira KUBICA, “La conversión de las Cajas de Ahorros europeas en sociedades anónimas- un ‘trasplante legal’ desde el Derecho comparado”, *CEF Legal* núm. 83, Diciembre 2007, pp. 23-78,

Hans Josef KULLMANN, *Produkthaftungsgesetz. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG). Kommentar*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 4^a ed., 2004,

Adalbert KUNSCHERT, “Haftung des Kraftfahrzeughalters und Führers“, *Der Haftpflichtprozess*, Reinhard GEIGEL (ed.), 24 ed., Beck, München, 2004,

José Luis LACRUZ BERDEJO/ Francisco RIVIERO FERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil II. Contratos y cuasi contratos. Delito y cuasi delito*, 4^a ed., Dykinson, Madrid, 2009,

- *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2007,
- Karl Heinz LADEUR, “Towards a Legal Theory of Supranationality- The Viability of the Network Concept”, *European Law Journal*, vol. 3, nº1, March 1997, pp. 33-54,
- Janno LAHE/Tambet TAMPUU, “Estonia 2/19”, *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation. Vol I*, Springer, Wien, New York, pp. 146-148,
- Albert LAMARCA MARQUÈS, “Anteproyecto de la Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania”, *InDret*, 3/2001, disponible en www.indret.com (fc: 21.11.2012),
- Albert LAMARCA I MARQUÈS/ Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños, *InDret* 96, julio 2002, http://www.indret.com/pdf/096_es.pdf (fc: 04.11.2012),
- William M. LANDES/ Richard A. POSNER, *Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987,
- “A positive Economic Analysis of Products Liability”; *Journal of Legal Studies* núm. 14, 1985, pp. 535-567,
 - „The Positive Economic Theory of Tort Law“, *Georgia Law Review*, 1981, pp. 851-924,
- Ole LANDO (ed.), *Principles of European Contract Law. Part III*, Kluwer Law International, The Hague/London, 2003,
- “Optional or Mandatory Europeisation of Contract Law”, *ERPL* núm. 8, 2000, pp. 59-69,
- Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law. Part II: Performance, Non Performance and Remedies*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995,
- *Principles of European Contract Law. Part I and II*, The Hague/London/Boston/, Kluwer, 2000
- Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd.1, T., A53, Tübingen; Mohr (Siebeck), 1960,

- Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*. (trad. española por Jaime SANTOS BRIZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959,
- *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985,
- Karl LARENZ/Claus Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II/2*, 13ªed., C.H.Beck, München, 1994,
- Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. II, Tecnos, Madrid, 1996,
- Harold Joseph LASKI, The basis of Vicarious Liability, *Yale Law Journal*, 1916, pp. 105- 134,
- Maria Asunción LINACERO DE LA FUENTE, “Responsabilidad civil por daños causados por animales: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996”, *RDP*, 1997, pp. 638-670,
- LAW COMMISSION NO.32, *Civil Liability for Dangerous Things and Activities*, 1970,
- Harold Joseph LASKI, The basis of Vicarious Liability, *Yale Law Journal*, 1916, pp. 105- 134,
- LE BUREAU CENTRAL FRANÇAIS/ LA FÉDÉRATION FRANÇAISE DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES/ LE FONDS DE GARANTIE AUTOMOBILE/ LE GROUPEMENT DES ENTREPRISES MUTUELLES D'ASSURANCES, “Franch La won Compensation for Road Traffic Accidents”, disponible en http://www.bcf.asso.fr/system/files/Guide_indemnisation_EN_octobre_2008_1.pdf (fc: 13.03.2014),
- Pierre LEGRAND, “The Impossibility of Legal transplants”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, pp. 111-124,
- Stefan LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Biblioteca jurídica DIKE, Konrad Adenauer Stiftung, Medellín Colombia, 1999,
- George LELONDAS, *Risk and Liability in Air Law*, Informa, London, 2009,
- Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia y Alemania. Parte General*. (trad. por Enrique AGUILERA DE PAZ), 4ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957,
- Javier LETE ARCHIRICA/José Manuel LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005,
- Manuel LETE DEL RÍO, *Obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005,

- José Manuel LETE DEL RÍO/Javier LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005,
- Giulio LEVI, *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva. Diversi modi di intruduzione della responsabilità oggettiva e loro influenza sulla legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1986,
- Jean LIMPENS/Robert M. KRUIHOF/Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, en André TUNC (ed.), “Liability for One’s Own Acts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. (2-1)- (2-279),
- Maria Asunción LINACERO DE LA FUENTE, “Responsabilidad civil por daños causados por animales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996, *RDP*, 1997, pp. 638- 670,
- Allen M. LINDEN, “Whatever Happened to *Rylands v. Fletcher?*” in Lewis KLAR (ed.), *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, Toronto, 1977,
- Sebastian LOHSSE, “Development of Traffic Liability in Germany”, *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 75-111,
- Ana Isabel LOIS CABALLE “La Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (La incorporación de la Directiva 85/374/CEE en el Ordenamiento jurídico español)”, *DN*, núm. 54, 1995, pp. 10-16,
- *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996,
- Tomás LÓPEZ FRAGOSO, “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, El Cano (Navarra)/Madrid, núm. 487, año XI de 24 de mayo de 2001, pp. 2-11,
- Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, “El menor, sus juguetes y la responsabilidad civil”, *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 663-672,
- Jan LOPUSKI, “Civil Liability for Nuclear Damage: Selected Questions Connected with the Revision of the Vienna Convention”, *Nuclear Accidents Liabilities and Guarantees*, Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August- 3 September 1992, pp. 181-217,

- Peter LOSER, “Switzerland”, in Helmut KOZIOL and Barbara STEININGER (eds.), *European Tort Law 2004*, Springer, Wien, New York, 2005,
- Niklas LUHMANN, *Soziologies des Risikos*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003,
- *Risk; A Sociological Theory*, Walter de Gruyter, New York, 1993,
- Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Thomson Civitas, Madrid, 2004,
- “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, [www.inDret](http://www.inDret.com), Working Paper nº165, Barcelona, octubre 2006,
 - “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, de 29-11-2002”, Working Paper núm. 141, www.indret.com (fc: 14.02.2014),
 - “El comentario a la STS de 31 de enero de 2003”, *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 655-672,
- Álvaro LUNA YERGA/Marian GILI SALDAÑA, “Falta de distribución del producto con finalidad económica o empresarial”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo Salvador Coderch/Fernando Gómez Pomar (ed.), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008,
- Mark LUNNEY and Ken OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, 3rd ed., Oxford University Press, New York, 2008,
- Maurizio LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts, Europa e diritto privato*, 1998, pp. 425 y ss,
- Deborah LUPTON, *Risk*, Routledge, London, 1999,
- Agustín MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Las Rozas, 2004,
- Hector MACQUEEN/W. David H. SELLAR, „Negligence“, en Kenneth REID/Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *A History of Private Law in Scotland, vol. 2, Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 273-307,
- Ulrich MAGNUS, “La reforma del Derecho alemán de daños”, *InDret*, 2-2003, disponible en www.indret.com (fc: 21-11-2012),
- “Causation by Omission”, *Causation in Law*, Konrad Adenauer Stiftung, Praha, 2007, pp. 95-104,
- Ulrich MAGNUS/Hans W. MICKLITZ, *Comparative analysis of National Liability Systems for Remediating Damage Caused by Defective Consumer Services*,

Contract n° B5-1000/02/000382, A Study Commissioned by the European Commission, Final Report, Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e. V., April, 2004,

Ulrich MAGNUS/Hans W. MICKLITZ/ Barbara MOLLER/ Stefano TROIANO, *Liability for the Safety of Services*, Nomos, 2006,

José María MANRESA y NAVARRO, en *Comentarios al Código civil español, T. VIII*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907,

- *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1973,

Basil S. MARKESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Tort*, Oxford Clarendon Press, 1994,

Juana MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007,

Guillermo F. MARGADANT, *La segunda vida del derecho romano*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., 1986; disponible también en la Biblioteca Jurídica Digital: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=553> (fc: 12.01.2009),

Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, vol. II, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 1997 (reimpreso del año 1994),

- “Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law”, *Law Quarterly Review*, núm. 109, 1993, pp. 622-635,

- “Learning from Europe and Learning in Europe”, Basil MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp.1-14,

Basil S. MARKESINIS/Angus JOHNSTON/Simon F. DEAKIN, *Tort Law*, 6th ed., Clarendon Press, Oxford, 2008,

Basil MARKESINIS/Hannes UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4th, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002,

Jesús Nicolás MARTÍ, “La responsabilidad civil automovilística en la Ley de 24 de diciembre de 1962”, *RDM*, abril- junio 1964, pp. 295-312,

Juan José MARÍN LÓPEZ, “Informe sobre la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos

defectuosos (2002-2005)”, Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla La Mancha. Septiembre 2005, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2005/19-2005-4.pdf> (fc: 01.12.2012),

Miquel MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 491-517,

- “La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, [Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas](#), 2011, pp. 11-112,
- “Reflexiones sobre la elaboración de unos “Principios europeos de responsabilidad civil”, Ponencia presentada en el 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, disponible en www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf (fc: 01.09.2014),

Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general”, *Derecho Privado Europeo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), Madrid, Colex, 2003, pp. 827-856,

Miquel MARTÍN CASALS/José SOLÉ FELIU, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)”, *Práctica de Derecho de Daños, Revista de responsabilidad civil y Seguros*, núm. 9, 2003, pp. 6-34,

- “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 10, 2003, pp. 5-25,
- “Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de un botella y el defecto de fabricación”, *La Ley*, núm. 5807, 20 de junio de 2003, pp.1706-1715. Comentario a la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2003”, *CCJC*, núm. 62, abril-junio 2003, pp. 781-803,
- “La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas”, *Derecho Privado europeo*, coord.. Sergio CÁMARA LAPUENTE, Madrid, Colex, 2003, pp. 921-948,

- “Comentario a la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2003” *CCJC*, núm. 62, junio-abril, 2003, pp. 781-803,
- “art. 1902”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2046- 2055,
- “art. 1910”, *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, pp. 2075-2078,
- “art. 1906”, *Comentario al Código Civil*, (dir.) Andres DOMINGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2066-2068,
- “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, Derecho Privado de Consumo, María José Reyes López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 143-155,

Miquel MARTÍN-CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, “Spain”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 281-321,

- “Compensation for Personal Injury in Spain”, Springer, Wien, 2003, pp. 238-292,

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 781-807,

María Ángeles MARTÍN VIDA, *Protección jurídico-civil frente al ruido en España y Alemania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,

José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos”, *Tratado de Responsabilidad civil*, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1001-1023,

Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, “Culpa y responsabilidad en la vieja jurisprudencia: la falacia de la responsabilidad objetiva”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goltisol*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 189-604,

Dieter MARTINY, *Europäisches Familienrecht- Utopie oder Notwendigkeit? RabelsZ* núm. 59, 1995, pp. 419-453,

Victor MATAJA, *Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationlökonomie*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1888,

- Nicolas J MCBRIDE/Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 2nd ed., Pearson Education Limited, Essex, 2005,
- Milton MCINTOSH, “*Rylands v. Fletcher* restated “, *Solicitors Journal* 12th of December 2003, 1413,
- Ewan MCKENDRICK, *Tort Textbook*, 5th ed., HTL Publications, London, 1991,
- Bryan M.E. MCMAHON/ William BINCHY, *Irish Law of Torts*, 2nd ed., Butterworths, 1989,
- Christopher MCNALL, “Holding Back the Tide of Negligence? *Rylands v. Fletcher* revisited; *Transco PLC v. Stockport MBC [2003] UKHL 61*”, *Conveyancer and Property Lawyer*, 2004, p. 240- 251,
- Harold F. MCNIECE/John V. THORTON, “Affirmative Duties in Tort”, *Yale L. J.*, núm. 58, 1949, pp. 1272- 1290,
- Ben MCRAE, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pp. 187- 200,
- María MEDINA ALCÓZ en *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003,
- Mariano MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996,
- *El seguro obligatorio de automóviles: cuestiones básicas : principios y límites : compensación de culpas : treinta años después o la agonía de la razón*, Lerko Print, Madrid, 1994,
 - *La valoración legal del daño corporal*, Dykinson, Madrid, 1997,
 - *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 2010,
 - “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, *Ponencias del XIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia Noviembre 2013*, Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA/Diego ELUM MACÍAS (coord.), Sepín, Madrid, 2013,
 - “Los principios normativos del seguro obligatorio y el desvanecimiento de su singularidad”, *DJ*, núm. 81, 1994, pp. 229-260,

- “Nota de urgencia relativas a la nueva normativa del seguroobligatorio de automóviles”, *BIMJ*, núm. 1445, 5 febrero 1987, pp. 303- 336,
- Gérard MEMETEAU, *La Droit Medical*, Litec, Toulouse, 1985,
- John Houston MERRILL, *The American and English Encyclopaedia of Law*, Edward Thompson Company, New York, 1891,
- Jochen METZ, „Der Anscheinsbeweis im Straßenverkehrsrecht“, *NJW*, vol. 61, núm. 39, 2008, pp. 2806- 2812,
- Lorenzo MEZZASOMA, *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el Derecho italiano y en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002,
- Gian Antonio MICHELI, *La carga de la prueba*, (trad. por Santiago SENTIS MELENDO), Editorial Temis, Bogotá, 1989,
- Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ, “Responsabilidad sin culpa”, *RCDI*, núm. 80, 1931, núm. 80, pp. 620-640,
- Michael MILDE, *The Problems of Liabilities in International Carriage by Air. A Study in Private International Law*, Acta Universitatis Carolinae iuridica, Prague, 1963,
- “Liability for damage caused by aircraft on the surface- past and current efforts to unify the law”, *ZLW*, núm. 57(4),2008, pp. 532-558,
- C. John MILLER/Richard S GOLDBERG, *Product Liability*, 2 ed., Oxford University Press, Oxford, 2004,
- Michael MILO/ H.L.E. VERHAGEN, “Trust in the Civil Law: Making Use of the Experience of ‘Mixed’ Jurisdictions”, *ERPL* núm. 8, 2000, pp. 477-498,
- Uta MOHNHAUPT-WOLF, *Deliktsrecht und Rechtspolitik. Der Entwurf einer deutschen Schadensordnung (1940/1942) im Kontext der Reformdiskussion über die Konzeption des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert*, Nomos, Baden-Baden 2004,
- Robert Thomas MOLLOY, “*Fletcher v. Rylands*- A Reexamination of Juristic Origins”, *U.Chi.L.Rev.* núm. 9, 1941, pp. 266-292,
- Pier Giuseppe MONATERI, “La responsabilità civile”, Rodolfo SACCO,(dir.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 1998,
- M^a Jesús MONFORT FERRERO, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transportista por los equipajes”, *AJA*, núm. 423, 23 de enero de 2000, pp. 1-11,
- Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 6^a ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011,

- Juan MONTERO AROCA/Manuel ORTELLS RAMOS/ Juan Luis GÓMEZ COLOMER/ Alberto MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,
- Esther MONTERO CASADO, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La concurrencia de causas.*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009,
- MORALES Y SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995,
- D. Ignacio MORENO GONZÁLEZ-ALLER, “Orden competente para conocer de los accidentes de trabajo tras la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *El Derecho*, disponible en http://www.elderecho.com/laboral/Orden-accidentes-Ley-Jurisdiccion-Social_11_459805002.html (fc: 10.11.2013),
- Eulalia MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico privada del medioambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991,
- Jonathan MORGAN, “Nuisance, Property and Human Rights”, *LQR*, nº118, 2002, p. 27-31,
- María José MORILLAS JARILLO, “La adaptación del derecho español al ordenamiento comunitario en materia de seguros”, *CDJ (CGPJ)*, XIX. Derecho de Seguros, junio 1995, pp. 519-610,
- Enrico MOSCATI, “Trust e vicende successorie”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 1075 y ss.,
- Fritz MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*, Werner FULL/Wolfgang MÖHL/Karl RÜTH , Band I, 22ª ed., Berlin, 1969,
- *Straßenverkehrsrecht*, Stilke, Berlin, 1938,
- Gerda MÜLLER, „Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG“, *VersR* 1995, pp. 489-494,
- Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General.*, 7.ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,
- Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000.*, Bosch Editor, Barcelona, 2001,
- John MURPHY, “The Merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 24, nº 4, 2004, p.643-669,
- Virginia MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005,

- Hans- Joachim MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975,
- Iñigo Alfonso NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones y molestias medioambientales: tutela preventiva civil*, Dykinson, Madrid, 1997,
- Iñigo NAVARRO MENDIZÁBAL/Abel VEIGA COPO, *Derecho de daños*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2013,
- Martin NELL/Andreas RICHTER, *The Design of Liability Rules for Highly Risky Activities- Is Strict Liability the Better Solution*, Working Papers on Risk and Insurance, Hamburg University, núm. 1, June, 2001, pp. 1-18,
- Mirosław NESTOROWICZ/Ewa BAGINSKA, “Poland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 257-268,
- F. H. NEWARK, “Non-natural user and *Rylands v. Fletcher*”, *Modern Law Review* vol. 24, 1961, pp. 557- 571,
- Boundaries of Nuisance, *LQR*, nr. 65, 1949, p.480- 490,
- Donal P. NOLAN, “The distinctiveness of *Rylands v. Fletcher*”, *LQR*, n° 121, 2005, p. 421-451,
- Virginia E. NOLAN/ Edmund URSIN, “The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability”, *N.C. L. REV.* núm. 65, 1987,
- Marjorie S. NORDLINGER, Senior Att’y, U.S. Nuclear Regulatory Commission, *Statement Concerning the Price-Anderson Act: Hearing Before the Subcomm. on Capital Markets, Insurance and Government Sponsored Enterprises of the H. Com. on Financial Services*, 107th Cong. (2001), <<http://www.nrc.gov/reading-rm/dos-collections/congress-docs/congress-testimony/2001/>> (fc: 02.10.2011),
- Jaana NORIO- TIMONEN/ Mika HEMMO/ Lena SISULA-TULOKAS, “Finland 2/18”, *Digest of European Tort Law. Vol.I, Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, pp. 143-146,
- Nota, “The Law of Bursting Reservoirs”, *Am. L. Rev.* núm. 23, 1889, pp. 643- 648,
- NUCLEAR ENERGY AGENCY, “United States: Price-Anderson Act Renewal (2005)”, *NEA News*, núm. 23.2, 2005, pp. 32-33,
- Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, “La responsabilidad objetiva”, en Moren Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykins, Madrid, 2007, pp. 799-820,

- Jürgen OESCHLER, “§1 ProdHaftG”, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 826-829, *Produkthaftungsgesetz*, ed. Revisada De Gruyter, Berlin, New York, 2003,
- Ken OLIPHANT, “*Rylands v. Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability”, en Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (ed.), *Tort and Insurance Law Year Book, European Tort Law 2004*, Springer, Wien New York, 2005, pp. 81-120,
- “England 2/12”, *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation. Vol I*, Springer, Wien, New York, pp. 129- 132,
 - “Rival Prespective on European Tort Law: A Comparative Analisis”, Helmut KOZIOL/Barbara STEININGER (ed.) *European Tort Law 2009*, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 666-694,
- Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004,
- G. ORR, “Is Aviation ultra hazardous?”, *Ins. Counsel J.*, núm. 21, 1954, pp. 48-56,
- Antonio de Padua ORTÍ VALLEJO, “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva, *Ar. Civ.*, 2001-I, pp. 1844-1854,
- Carmen ORTUÑO NAVALÓN/ Rafael MANZANA LAGUARDA, *Régimen de responsabilidades dimanantes de caza*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 2007,
- M^a Eugenia ORTUÑO PEREZ, “La carga de la prueba de los hechos negativos en Diocleciano”, en *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho romano, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 563-575,
- Esin ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 51, 2002, pp. 205-223,
- Juan Miguel OSSORIO SERRANO, *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010,
- Ricardo OYUELOS y PEREZ, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, t. VII, Madrid, 1932 y t. II, Madrid, 1917,
- Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, “Autorización administrativa y daño en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental: paso adelante o paso atrás?”, *La Ley*, núm. 7078, 17 de diciembre de 2008,
- Talbot PAGE, “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risks”, *Ecology L. Q.*, vol.7, nrº2, 1978, pp. 207-244,

- Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007,
- Vernon Valentine PALMER, “From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 4, núm. 2, 2004, pp. 1-29,
- “A General Theory of the Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law”, *Tul. L. Rev.*, núm. 62, 1988, pp.
- Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord., Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 439-465,
- “Comentario a la STS de 27 de enero de 1983”, *CCJC*, núm. 1, enero- marzo 1983, pp. 93-102,
 - “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil. Vol II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 1561- 1591,
 - “Comentario a la STS de 12 de abril de 1984”, *CCJC*, núm 5, 1984, pp. 1601-1612,
 - “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defenses. A Critical View 'from Outside'”, *InDret* 3/2005, pp. 1-8,
- Marta PARDO LEAL, “Es necesario modificar la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?”, *Revista de Derecho Alimentario*, núm. 11, 2006, pp. disponible también en <https://sites.google.com/site/ceeudeco/bibliotecavirtual> (fc: 11.12.2012),
- Javier PARICIO y Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995,
- M^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990,
- “La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de la responsabilidad. Estudio jurisprudencial”. *AC*, 1995-I, pp. 19-50,
 - “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, en *Act. Civ.*, núm 36, 1995, pp.723-752,

- “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (dir.), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1425-1499,
- *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad del fabricante y del prestador de servicios*, Colección de Derecho del Consumo, Antoni VAQUER ALOY, Madrid, 2011,
- “Daños causados por otros bienes y servicios”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi Thompson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1721-1761,
- “Responsabilidad por los daños causados por animales y cosas”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, 2ª ED., Colex, Madrid, 2008, pp. 951-968,
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990,
- “La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE”, *EC* núm. 17, 1990, pp. 61-93,
- “La Propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios”, *EC* núm. 21, 1991, pp. 10-18,

María Amelia PASCUAL MEDRAN, “Competencias de Estado y lealtad constitucional: un ejemplo poco alentador. La responsabilidad civil por daños provocados por animales de caza”, *REAF*, núm. 9, octubre 2009, pp. 241-279, disponible también en http://www10.gencat.cat/drep/binaris/_reaf9_Pascual_tcm112-110836.pdf (fc: 18.04. 2012),

Miguel PASQUAU LIAÑO, “El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios”, *Responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio ORTÍ VALLEJO (dir.)/Mª Carmen GARCÍA GARNICA (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 59-102,

Salvatore PATTI, “Ripartizione dell’onere, probabilità e verosimiglianza della prova del danno da prodotto”, *Rev. Dir. Civ.*, 1990-5, pp. 705-721,

Norbert PELZER, “Learning the hard way: did the lesson thought by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?”, *International Nuclear Law in the Post Chernobyl Period*, OECD, 2006, pp. 73- 118,

- “Modernising the International Regime Governing Nuclear Third Party Liability”, *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht*, núm. 3, 2005, pp. 212-223,
- “International Pooling of Operators’ Funds: An Option to Increase the Amount of Financial Security to Cover Nuclear Liability?”, *Nuclear L. Bull.* núm. 79, 2007, pp. 37- 55, Disponible también en las páginas «<http://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-79/037-055-Article%20N.%20Pelzer.pdf>» (fc: 02.10.2011),
- “Channeling: Concept and Policy under the Paris and the Vienna Conventions”, en *Joint CEC/IAEA/NEA, Training Seminar on Nuclear Law*, Bratislava, August 30 -Sept. 2, 1994, pp. 2-11,

Jean PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992,

Fernando PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares Granada, 2002,

- “art. 1910”, *Comentario al Código Civil*, 3ª ed., Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (dir.) Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 2169-2170,
- Comentario a la Sentencia de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8615), *CCJC* núm. 77/2008, pp. 733-746,
- “art. 1902- 1910”, *Comentarios al Código Civil*, dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 2163-2164,
- “art. 1902”, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,
- “art. 1905”, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,
- “art. 1903”, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Rodrigo - BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,
- “art. 1908”, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,

- Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER, Traducción, estudios de comparación y adaptación a la obra de Ludwig ENNECERUS/Theodor KIPP/Martín WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol.1, 2ª ed. a cargo de José PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951,
- Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER/ José CASTÁN TOBEÑAS/ Román M^a ROCA SASTRE/ José PUIG BRUTAU/ José FERRANDIS VILELLA, en Ludvig ENNECERUS/ Heinrich LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II-2, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1996,
- José Maria PÉREZ MONGUIÓ/Maria Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Daños y especies cinegéticas. Responsabilidad civil y administrativa*, Bosch, Barcelona, 2009,
- Stephen R. PERRY, “The Distributive Turn: Mischief, Misfortune and Tort Law”, *Quinnipiac L. Rev.*, vol. 16, 1996, pp. 315-338,
- “The Impossibility of General Strict Liability”, *Can. J.L. & Jurisprudence*, vol. 1, 1988, pp. 147- 171,
- Titina Maria PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009,
- Joan PICÓ I JUNOY, “El principio de adquisición procesal en materia probatoria, *La Ley* de 20 de enero de 2006, núm. 6404,
- Alejandro PIERA, “El proyecto de la OACI sobre la modernización del Convenio de Roma: algunas reflexiones”, *Revista de Derecho del Transporte, Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 1, 2008, pp. 231-255,
- Richard H. PILDES/ Cass R. SUNSTEIN, “Reinventing the Regulatory State”, *U. CHI. L. REV.* 1995, núm. 62, pp. 1-129,
- Walter PINTENS, „Rechtsvereinheitlichung im Familienrecht. Die Rolle der Europäischen Union“, *ZeuP* 1998, pp. 670-676,
- José Miguel PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica. (Exégesis de D. 22.3)*, Edisofer, Madrid, 2006,
- Frederick POLLOCK, in *The Law of Torts*, 14th ed., 1939,
- Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen, New York, 2007,
- Wilibald POSCH, „§1 ProHG no.1, en Michael SCHWIMANN, , *ABGB VIII*, 2ª ed., Lexis Nexis, Wien, 1997,
- Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres complètes de Pothier, précédées d'une dissertation sur sa vie et ses écrits et suivies d'une table de concordance*, Depelafol, Paris, 1835,

- Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967,
- Leonardo PRIETO-CASTRO, “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1945”, en *Rev. Leg.*, núm. 2 , 1945,
- *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil. Vol. I*, Instituto Editorial Reus, Madrid , 1950,
 - *Derecho Procesal Civil, Vol. 1.º, Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, Madrid, 1980,
- Ramiro J. PRIETO MOLINERO, *El riesgo del desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005,
- Jurgen PRÖLSS, *Beweislastverteilung im Schadenersatzprozeß*, München, 1966,
- William L. PROSSER, *Handbook on the Law of Torts*, West Publishers Corporation, St. Paul, Minnesota, 1964,
- *Selected Topics on the Law of Torts: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 2,3,4,5 y 6 of 1953*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954,
 - “Nuisance Without Fault”, *Texas LR.*, nº20, issue 4, 1941-1942, p. 399- 426,
- Hanns PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, München, 1983,
- José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1983,
- “Responsabilidad por daños causados por animales”, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, t. II-2, v.1, Ludwig ENNECCEREUS/Heinrich LEHMANN (ed.), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966,
 - *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971,
- Federico PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, Madrid, 1907,
- Ignacio QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977,
- “La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *EC*, 1987, pp. 49-61,
- Ernst RABEL, „Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Reinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1924, pp. 279-301.

Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000,

Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “La responsabilidad civil por medicamento en el derecho alemán”, *InDret* 1/2003, disponible en www.indret.es (fc: 21.11.2012),

- *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

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

- “Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables”, *RDP*, octubre 1996, pp. 696- 738,

Francisco RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Ed. J.M. Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1992,

Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie Luxembourgeoise, Luxemburg, 2000,

Juan Carlos REBOLLO GONZÁLEZ, “Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial”, *REDD*, núm.13, 2001, pp. 1677-1702,

Fernando REGLERO CAMPOS, “Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, núm. 3, julio septiembre 1994, pp. 39-73,

- “Comentario a la STS- Sala 1ª- de 23 de septiembre de 1998”, *CCJC* núm. 18, septiembre-diciembre 1988, pp. 845-862,
- “Comentario a la STS de 17.11.1989, *CCJC* núm. 21, 1989, pp. 1061-1072,
- “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Fernando Reglero Campos (coord.), 2ª ed., Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003,
- “Comentario a la STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2005, 82)”, *CCJC* núm. 70, enero-abril 2006, pp. 43-55,

- “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 33-53,
- “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 247-300,
- “La responsabilidad civil del concesionario de autopistas”, *AC* núm. 3, 1999, pp. 2335-2364,

Elsbeth REID, “Liability for dangerous activities: a Comparative Analysis”, *ICLQ*, nr. 48, 1999, p.733-756,

María José REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de la responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998,

Jordi RIBOT IGUALADA, “Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006”, *CCJC* núm. 74, Mayo-Agosto 2007, pp. 773-800,

- “Culpa «relevante» como culpa «adicional»: la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. IV, Thompson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2869-2898,

Jordi RIBOT IGUALADA/Albert RUDA GONZÁLEZ, “Spain 2/29”, *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation. Vol I*, Springer, Wien, New York, pp. 124-126,

Juan ROCA JUAN, “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, *ADC*, 1986, pp. 763-786,

Encarna ROCA TRÍAS, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, InDret 4/2009, www.indret.com,

- *Derecho de daños. Textos y materiales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Breve reflexión sobre la responsabilidad civil extracontractual del propietario no conductor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *La Ley*, 2000-1, pp. 1534-1539,

- Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000,
- Concepción RODRÍGUEZ MARÍN, “Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa”, *RDP*, vol. 76, febrero 1992, pp. 113-132,
- Carlos ROGEL VIDE, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano”, *RGLJ*, núm. 5 septiembre- octubre, 1999, pp. 595-612,
- *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1977,
 - *Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales*, Editorial Ubijus, México/Madrid, 2013,
- William V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowich on Tort*, ed. 16^a , Thomson Sweet Maxwell, London, 2002,
- “England”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 101- 126,
- Susan ROSE-ACKERMAN, “Tort Law in the Regulatory State”, en Peter .H. SCHUCK, (ed.), *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation, and Consumer Welfare*, Norton, New York, 1991,
- Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, 2^a ed. en castellano, Bdef, Montevideo, Buenos Aires, 2002, trad. del original *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951 por Ernesto KROTOSCHIN,
- Mikael ROSENMEJER/Søren VAGNER NIELSEN, “De cómo 30 huevos impidieron la aplicación de una norma nacional danesa”, *RES*, núm. 125, 2006, pp. 139-144,
- Arthur ROSETT, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law”, *Am. J. Com. L.*, núm. 40, pp. 683-697,
- “The Unification of American Commercial Law: Restatement and Codification”, en Luigi MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, pp. 99-116,
- Klaus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Sraftat, C.H. Beck, München, 2003,
- Albert RUDA GONZÁLEZ, en el “Comentario a la STS de 12 de febrero de 2003”, *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, pp. 729-742,

- “Comentario a la STS de 6 de junio de 2002”, *CCJC*, núm. 60, octubre-diciembre 2002, pp. 1067-1080,
- *El daño ecológico puro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008,
- “Comentario a la Sentencia de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2236)”, *CCJC*, núm. 71, 2006, pp. 695-744,

Juan Antonio RUIZ GARCÍA/Esther FARNÓS AMORÓS, “Causas de exoneración de la responsabilidad. (I) Falta de puesta en la circulación del producto”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/ Fernando GÓMEZ POMAR ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 491-533,

Miguel RUIZ MUÑOZ, “Responsabilidad civil del empresario/fabricante”, *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coord.. Gemma BOTANA GARCÍA/ Miguel RUIZ MUÑOZ, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 508-533,

- *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia , 2004,

Miguel RUIZ MUÑOZ/Gema BOTANA GARCÍA, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* , McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1999,

Håkan RUSTAND, “The Revision of the Paris/Brussels System: Important Improvements of the International Nuclear Liability Regime- Some Remarks”, en Norbert PELZER (ed.) *Brennpunkte des Atomenergierechts*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 133-146,

Yves SAINT-JOURS, “De la garantie des victimes d’accidents corporels par les générateurs des risques, Recueil Dalloz, núm. 20, 27 de mayo de 1999, pp. 211-214,

Marta SALANOVA VILLANUEVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas. En Derecho español y francés, *RDP*, 1999, pp. 366-397,

Pablo SALVADOR CODERCH/ Carlos Igancio GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por el hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *Indret* 3/2002, Barcelona, pp. 1-22,

Pablo SALVADOR CODERCH/Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, ed. Pablo SALVADOR CODERCH/ Fernando GÓMEZ POMAR, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 75- 104,

- “Evolución histórica de la responsabilidad civil del fabricante, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR (ed.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 39-74,

Pablo SALVADOR CODERCH/Antoni RUBÍ PUIG, “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales”, *InDret*, 1/2008 www.indret.com (fc:01.12.2012),

- “Elaboración del producto conforme las normas imperativas existentes”, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Pablo SALVADOR CODERCH/Fernando GÓMEZ POMAR, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 568-584,

Pablo SALVADOR CODERCH/Josep SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999,

Pablo SALVADOR CODERCH/ Josep SOLÉ FELIU/Joan C. SEUBA TORREBLANCA/Juan Antonio RUÍZ GARCÍA/Jordi CARRASCO MARTÍN/Álvaro LUNA YERGA, “Los riesgos del desarrollo, *InDret*, 1/2001, www.indret.com (fc: 01.12.2012),

Fernando SANCHEZ CALERO, “La evolución del seguro de automóviles”, *RES* núm. 49, enero-marzo 1987, pp. 27-38.

- “La colisión de vehículos con daños recíprocos en el artículo 39 de la Ley de 1962”, *RDC*, núm. 2, enero- febrero 1964, pp. 73-84,

Francisco SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,

Francisco SÁNCHEZ GAMBORRINO, “El sistema de responsabilidad objetiva de la Ley de Navegación aérea y su posible extensión a los transportes por todas las vías”, *RDM*, 1960, pp. 139 y ss.,

Alonso SANCHEZ GASCÓN, *El Derecho de Caza en España*, Tecnos, Madrid, 1988,

Mª del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil del empresario por el deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1994,

José SANTAMARÍA, “art. 1910”, *Comentarios al Código civil II*, Madrid, 1958,

Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Montecorvo, Madrid, 2001,

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, t. II, 7ª ed. Montecorvo, Madrid, 1993,
- “art. 1905”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, t. XXIV, Madrid, 1984,
- “El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales”, enero *RDP*, 1977, pp. 14-40,
- “art.1908”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Manuel ALBALADEJO (dir.), t. XXIV, Editorial de Derecho Reunidas, 1986,
- “La compensación de culpas. Su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles”, *RDP*, vol. 72, septiembre 1988,

René SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, 2ª serie, París, 1959,

Hans-Bernd SCHÄFER/Andreas SCHÖNENBERGER, “Strict Liability versus Negligence”, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 597- 624,

Geneviève SCHAMPS, *La mise en danger: Un concept fondateur d'un principe general de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruselas/Paris, 1998,

- “The Precautionary Principle versus a General Principle for Compansation”, *European Tort Law 2004*, Springer, Wien/New York, 2005, pp. 121-139,

Bernd SCHILCHEER, *Theorie der sozialen Schadenverteilung*, Berlin, 1977,

Felix SCHÖBI, „Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts : Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen“, en Stephan WEBER/Stephan FUHRER, *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzersevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zürich, 2004, pp. 9 y ss.

Beat SCHÖNENBERGER, „Generalklausel für die Gefährdungshaftung- ein sinnvolles Reformvorhaben?“, *Risiko und Recht*, Thomas SUTTER-SOMM (ed.), Helbing&Lichtenhahn, Bern, 2004, pp. 171-194,

Eike SCHMIDT, „Zurechnung, Zurechnungsprinzipien und Zurechnungszusammenhang“, en *Liber Amicorum Josef Esser*, 1995, pp. 137-165,

Bernard SCHWARTZ, *The Law in America*, American Heritage Pub. Co, New York, 1974,

Gary T. SCHWARTZ, “*Rylands v. Fletcher*, Negligence, and Strict Liability”, en Peter

KANE/Jane STAPLETON (ed.) *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, Clarendon Press, Oxford, 1998,

- “The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability”, *Ga. L. Rev.*, núm. 15, (1981), pp. 963-1004,
- “Unites States”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 351-360,

Julia SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, 2006, pp. 37-72,

- “Liability Compensation for Nuclear Damage: The Revision of the Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention”, *NEA News* 19/2003, núm. 1, pp. 8-11,
- “The Current Revision of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and the Brussels Convention Supplementary to the Paris Convention, en Nuclear Law under the Sign of Safety and Confidence”, *Proceedings of the Nuclear Inter Jura 2001*, Budapest, 2002, pp. 171-184, «http://aidn-inla.exxoss.net/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=20&Itemid=39» (fc: 15.09.2011).

Victor E. SCHWARTZ, Kathryn KELLY, David E. PARTLETT, *Prosser, Wade and Schwartz`s Cases and Materials on Torts*, 10ª ed., Foundation Press, New York, 2000,

Walter SCHWENK, *Handbuch des Luftverkehrsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln,

Luis SEGOVIA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por accidente de circulación*, Edersa, Madrid, 1998,

Santiago SENTÍS MELENDO, “Adquisición de la prueba”, en *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJE A, Buenos Aires, 1979, pp. 217-237,

José Luis SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Aranzadi, Pamplona, 2002,

Adolfo SEQUEIRA MARTÍN, “El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *RCDI*, 1986-II, pp. 1443- 1470,

- Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1214 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1991, 2ª ed., pp. 45-86, disponible también en <http://www.vlex.com/vid/238886>, pág.4, (fc: 15.12.2008),
- Joan C. SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 1ª ed. 2002,
- Gregory SHAFFER/Mark A. POLLACK, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 706-799,
- Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987,
 - *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004,
- Isabel SIERRA PÉREZ, “La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación”, *R. Der. Pat.*, núm. 3, 1993, pp. 111-134,
- Cesare Gildo SILIPO, *Le presunzioni come mezzo di prova*, Tipografia Editoriale, IDOS, Milano, 1977,
- Carrie DE SILVA, „The Continuing Life of *Rylands v. Fletcher*: a Comparative analysis of the development and enduring use of the rule in *Rylands v. Fletcher* in England and Wales and the Common Law World.”, RICS ROOTS Rurla Conference, Wadham College, Oxford- April 2006, available on www.rics.org (cd: 23.12.2009),
- Valentín SILVA MELERO, *La prueba procesal, T. I, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963,
- Jonathan SIMON, “The Emergence of a Risk Society. Insurance, Law and the State”, *Socialist Law Review*, núm. 95, 1987, pp.61-89,
- Kenneth W. SIMONS, “The Restatement Third of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, *Wake Forest L. Rev.*, vol. 44, núm.4, enero 2010, pp. 1355-1382,
- A.W. Brian SIMPSON, “Legal Liability for Bursting Reservoirs: The historical Context of *Rylands v. Fletcher*”, *J. Legal Stud.* N° 13, (1984), p. 209- 264,
 - “Bursting Reservoirs and *Rylands and Horrocks v. Fletcher*”, in *Leading*

- Cases in the Common Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 195-226,
- “Victorian Judges and the Problem of Social Cost: *Tipping v. St Helen’s Smelting Company*”, in *Leading Cases in the Common Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 174-194,
- Jorge SIRVENT GARCÍA, “Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado”, *RDP*, núm. 27, 2011, pp. 23-44,
- Jan SMITS, “Trust in Mixed Legal Systems: a Challenge to Comparative Trust Law”, *ERPL* núm. 8, 2000, pp. 421-426,
- “Law Making in the European Union: On Globalisation and Contract Law in Divergent Legal Cultures”, *Louisiana Law Review*, núm. 67, 2007, pp. 1181-1203,
 - “Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture?” T. WILHELMSSON/E PAUNIO/A POHJOLAINEN (ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer, The Hague, 2007, pp. 133-143,
- Josep SOLÉ FELIU, “El concept de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos)”, *RJC*, 1995-4, pp. 947- 975,
- *El concepto del defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirnat lo Blanch, Valencia, 1997,
 - “Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el Derecho comparado”, en a Antonio Cabanilas Sánchez et alt., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 3097-3123,
- Vedran SOLJAN, “The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage”, *Reform of Civil Nuclear Liability*, Patrick Reyners, Paris, 2000, pp. 59-83,
- “Moderinsation of the International Regime on Civil Liability for Nuclear Damage”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* núm. 58, 1998, pp. 733-878, [«http://www.zaoerv.de/58_1998/58_1998_1_b_733_762.pdf»](http://www.zaoerv.de/58_1998/58_1998_1_b_733_762.pdf) (fc: 15.09.2011).
- José M^a SOTOMAYOR GIPPINI, “La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *RES*, núm. 79, 1994, pp. 65- 91,

- Francisco SOTO NIETO, “Causas de exoneración y de exclusión de cobertura en el seguro de suscripción obligatoria (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)”, *Noticias de la UE*, núm. 139-140, 1996, pp. 99-114,
- Responsabilidad civil derivada de accidente automovilístico (seguro de suscripción obligatoria), La Ley, Madrid, 1989,
- Jaap SPIER, “The Phantom of a European Civil Code”, in Helmut KOZIOL and Jaap SPIER (eds.), *Liber amicorum Pierre Widmer*, Springer, Wien, 2003, p. 329-340,
- “The Phantom of a European Civil Code: a Call for a Serious Discussion on the Foundations of a Truly 21st Century Private Law”, *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Helmut Koziol/Jaap Spier (ed.) Wien/New York, 2003, pp. 329-340,
- William Teulon Swam STALLYBRASS, “Dangerous Things and the Non-Natural User of Land”, *CLJ* vol. 3, 1929, pp. 376-397,
- Dan N. STANESCO, *La responsabilité dans la navigation Aérienne. Dommages causés aux tires à la surface*, Les Éditions Internationales, Paris, 1951,
- Keith STANTON, Paul Harris SKIDMORE, Michael HARRIS and Jones WRIGHT, *Statutory Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2003,
- Jane STAPLETON, *Product Liability*, Cambridge University Press, London/Boston,
- Boris STARCK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Droit civil. Obligations. Vol.I. Responsabilité délictuelle*, 3^a ed., Litec, Paris, 1988,
- Jenny STEEL, *Risks and Legal Theory*, Hart Publishing Ltd., Oxford, 2004,
- Erich STEFFEN, „Haftung im Wandel“, *ZVersWiss* núm. 82, 1993, pp. 13-37,
- „Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit“, *VersR*, 1980, pp. 409-412,
- Theodor STERNBERG, *Índice de Bosquejo de la historia del Derecho Alemán. Los tiempos modernos*.
www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/sternberg/4.html (fc: 11.12.2008),
- Hanspeter STICKLER, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?*, Diss. St. Gallen, 1983,
- Lawrence STONE, *The Causes of the English Revolution 1529-1642*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972,
- Stephen SUGARMAN, “Doing Away with Tort Law”, *California Law Review* núm. 73, 1985, pp. 555-664,
- Jane SWANTON, “Another Conquest in the Imperial Expansion of the Law of

- Negligence: *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd*”, *Torts L.J.*, vol. 2, 1994, p. 101- 123,
- Luis TAPIAS SALINAS, *Derecho aeronáutico*, Bosch, Barcelona, 1993,
- Arndt TEICHMANN, „§823“, en Othmar JAUERING, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar*, 10^a ed., C.H. Beck, München, 2003,
- Judith Jarvis THOMPSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990,
- Francisco Javier TIRADO SUAREZ, “La Directiva comunitaria de responsabilidad civil, productos y ordenamiento español”, *RGD*, XLIII, núm. 516, 1987, pp. 4967-4977,
- Octavio TOBAJAS GÁLVEZ, “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Act. Civ.*, núm. 2, 2002, pp. 763-799,
- Melchior TORBEN, “The Definition of Nuclear Damage”, *Materials from the Colloquium on Modernising the Paris and Brussels Supplementary Conventions. Manuskript erhältlich beim Institut für Völkerrecht Universität Göttingen*,
- Kalvis TORGANS, “Latvia 2/20”, *Digest of European Tort Law*, Springer, Wien, New York, pp. 148-150,
- Jean Pierre TOSSI, “Transport aérien. Application, en matière aérienne, des règles du droit común de la responsabilité civile”, *Juris- Classeurs, Responsabilité civile et assurances*, arts 1382 à 1386, Fasc. 460-5,
- Ludwig TRAÈGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1929,
- André TUNC, “Traffic Accident. Compensation”, *Towards a European Civil Code*, 2^a ed. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997,
- Léon, Henrie y André TUNC, *Traté théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo II, 6^a ed., Paris, 1965,
- Elda TURCO BULGHERINI, “Responsabilità per danni a terzi sulla superficie”, estrato dal *Digesto IV ed.*, vol. XII Commerciale, Torino, 1996,
- T.H. TYLOR, “The restriction of Strict Liability”, *Mod.L.Rev.*, vol. 10, n^o4, 1947, p. 396-402,
- UNITED STATES PRESIDENTIAL COMMISSION ON CATASTROPHIC NUCLEAR ACCIDENTS, *Report to the Congress from the Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents*, II vol., Washington DC, 1990,

Th SÜSS, “La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán”, trad. por J. NAVAS MÜLLER, *Revista de Derecho Privado*, t. 27, 1943, (enero- diciembre), pp. 137-159,

Günther TEUBNER “El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho”, traducción por Carlos GÓMEZ-JARRA DÍAZ, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2002, N° 25, pp. 536-571, traducción de Günther TEUBNER, “How the Law Thinks: a Constructivist Epistemology of Law”, *5 Law and Society Review* 23,1989, pp. 727- 754,

- “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Francis SNYDER (ed.), Hart Publishing, 2000, pp. 243-268, publicado también en el vol. 61,1998, pp. 11-32,
- “Regime- Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol.25, núm.4, 2004, pp. 999- 1046 accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Publika/PublikaEngl/index.html>, (fc: 27.10.2006),
- “Coincidencia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organisation”, Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School, en Robert GORDON/Mort HORWITZ (eds.), *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman*, Stanford University Press 2006, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Publika/PublikaEngl/index.html>, (fc: 27.10.2006),
- “Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria”, *European Journal of Social Theory*,, núm. 5, 2002, pp. 199- 217,
- “Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and legal Institutions in the Varieties of Capitalism, John ZIMAN (ed.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 161-182,

Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, “La nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor”, *Mon Jurídico*, núm. 126, marzo-abril, 1996, pp. 26-39,

Pietro TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961,

- André TUNC, *Rapport sur les choses dangereuses*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, 1971,
- "Traffic Accident Contribution; Law and Proposals", *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), capítulo 14, 1974,
 - *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1981,
- Sonia URBISTONDO TAMAYO, "La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos y su armonización al Derecho comunitario", *EC*, núm. 30, 1994, pp. 39-53,
- Rodrigo URÍA, "Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil", *Actas del coloquio sobre el seguro de RC en la Ley del Automóvil*, Bilbao, 1963, publicado con posterioridad en *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil. XXX Aniversario de los coloquios de Bilbao*, DJ núm. 81, 1995, pp. 43- 56,
- Goretti VADILLO ROBREDO, "Notas a los 'riesgos del desarrollo' o el 'estado de la Ciencia' en la responsabilidad civil por productos defectuosos", *Estudios de Deusto*, vol. 46-1, 1998, pp. 227-283,
- José Francisco VALLS GOMBAU, "La extensión de la culpa extracontractual hacia un carácter social", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, núm. 1, enero-marzo 1980, pp. 99-132,
- Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II y III, Valladolid/Madrid, 1913,
- W. H. VAN BOOM, "Some remarks on the Decline of *Rylands v. Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes", *ZEuP*, 2005, p. 618-637, disponible también en <http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/8254/transovStockportZEuP2005no3.PDF>, (cd: 21.01.2010),
- Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, y ed. 2013,
- Cees VAN DAM/Gerrit VAN MAANEN, "Traffic Liability in the Netherlands", *The Development of Traffic Liability*, Wolfgang ERNST (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 112-150,
- Roger J. van den BERGH/ L.T. VISSCHER, "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?", *ERPL* núm. 14, 2006, pp. 511-543,

- Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROUCHE, *Common Law of Europe. Casebooks, Tort Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2000
- Tom VANDEN BORRE, “Shifts in Governance in Compensation for Nuclear Damage, 20 Years after Chernobyl”, en *Shifts in the Compensation for Environmental Damage*, Michael FAURE/Albert VERHEIJ, eds., *Tort and Insurance Law* vol. 21, Springer, Wien New York, 2007, pp. 261-309,
- Carlos VATTIER FUENZALIDA, “Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria”, *Cuadernos de Derecho Agrario*, Universidad de Rioja, 2004, pp.45-60,
- Rolf E. VEIT, *Das Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz*, Manz, Wien, 3ª ed., 1971,
- Elena VICENTE DOMINGO, “Los daños causados por animales y en la caza”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, (dir. Fernando REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 293- 306,
- “Los daños causados por animales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coord.. Fernando REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor , 2002,
- Geneviève VINEY, “L’interpretation de la CJCE de la Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des productueux”, *La Semaine Juridique*, núm. 44-45, 2002,
- *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3ª ed., L.G.D.J., Paris, 2008,
 - “Responsabilité civile “, *La Semaine Juridique*, núm. 24, Juris-Classeur, Paris, 1995, pp. 267-320,
- Lawrence VOLD/Harry WEST/Justin WOLF, „Aircraft operator’s liability for ground damage and passenger injury”, *Neb. L. Bull.*, núm. 13, (1934-1935), pp. 373 y ss.
- Ch. VOLK, “Case note: *Boyd v.White*, 276 P. 2d 92 (Cal. 1954) Torts- liability of aircraft owners”, *U. Pitt. L. Rev.* núm. 16, 1954-1955, pp. 291 y ss,
- Christian von BAR, *The Common European Law of Torts, vol. II, Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*, Oxford University Press, New York, 2005 (repr.),
- *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, und München, 1980,
 - *Principles of European Law: Non Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Oxford University Press, Oxford, 2009,

- Christian VON BAR/Eric CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Selier, München, 2009 y Oxford University Press, Oxford, 2010,
- Ernst VON CAEMMERER, „Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht“, *RabelsZ*, 1978, pp. 5-27,
- *Reform der Gefährdungshaftung. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 20. November 1970*, De Gruyter, Berlin/New York, 1971,
 - *Wandlungen des Deliktsrechts*, Mueller, Karlsruhe, 1960,
- Eike VON HIPPEL, “Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen: Haftung ersetzung durch Versicherungsschutz?”, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1999, pp. 313 y ss.
- Adolf WACH, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, EJE A, Buenos Aires, 1958, trad. del original *Vorträge über die Riechs- Civilprozessordnung* por Ernesto KROTOSCHIN, Adolf Marcus, Bonn, 1879 ,
- Gerhard WAGNER, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, *NJW*, 2002, pág. 2049 y ss.
- „§1 Produkthaftungsgesetz“, en Peter ULMER (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III*, Beck, München, 4ª ed., 2004,
 - “Comparative Tort Law” en Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1004- 1041,
 - “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts“, en Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 189-340,
 - “The Project of Harmonising European Tort Law”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 1269-1312,
 - “The Law of Torts in the DCFR”, *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Sellier, European Law Publications, München, 2009, pp. 225-272,
- Fiona WAGSTAFF, “The Concept of Nuclear Damage in the Revised Paris Convention”, en Norbert PELZER (ed.), *Die Internationalisierung des Atomrechts : Tagungsbericht der AIDN/INLA Regionaltagung am 2. und 3. September 2004 in Celle*, Baden-Baden, 2005, pp. 197-206,

- Andrew J. WAITE, “Deconstructing the Rule in *Rylands v. Fletcher*”, *JEL*, vol. 18, n° 3, 2006, p. 423-442,
- Alan WATSON, “Legal Transplants and European Private Law, Jan SMITS (ed.), *The Contribution of Legal Systems to European Private Law*, Intersentia, Antwerp, 2001,
- “Legal Transplants and Law Reform”, *Law Quarterly Review*, núm. 92, 1976, pp. 79-84,
 - *Legal Transplants*, 2^a ed., University of Georgia Press, Athens, 1993,
- Adolph Dietrich WEBER, *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess*, Frankfurter Verlagsanstalt, Frankfurt am Mein, 1970, (1^a ed. de 1805),
- Ernest WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge Masseurchuset, 1995,
- Rudolf WELSER, *Produkthaftungsgesetz: Kurzkomentar*, Orac, Vienna, 1988,
- Franz WERRO, “Le droit privé”, en Franz WERRO/J.-B. ZUFFEREY, *Les immissions de la construction, en Journées pour le droit Suisse et international de la construction*, vol. I, 1997, pp. 58-102,
- *La responsabilité civile*, Stämpfli, Bern, 2005,
- Franz WERRO/Vero Valentine PALMER, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, Bruylant SA Bruxelles, Staempfli Publishers Ltd, Durham, Bern, Bruxells, 2004,
- Franz WERRO/Vernon PALMER/Anne-Catherine HAHN, “Strict Liability in European tort law: an introduction”, en *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law. The Common Core of European Private Law*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, pp. 3-35,
- Edward WHITE, *Tort Law in America: an intellectual history*, Oxford University Press, New York, 1980,
- “The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence”, *Law & Hist. Rev.*, n° 15, p. 1- 47,
- Pierre WIDMER, *La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens*, disponible en http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268675_pwidmer.pdf, (fc: 01.02.2014), pp. 1-22,
- “Switzerland”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard KOCH/Helmut KOZIOL (ed.), Kluwer Law International, The Hague, New York, 2002, pp. 323-350,

- “Fonction et évolution de la responsabilité pour risque”, *ZSR/RSD* 96 I, 1997, pág. 417- 439,
- “Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse”, en Olivier GUILLOD (ed.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Colloque Genève 1990, 1991, pp. 7-57.
- „Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts- Brennpunkte eines Projekts“, *ZBJV*, 1994, pp. 385-410,

Pierre WIDMER/Pierre WESSNER, *Revision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, Office Fédéral de Justice, Berne, 1999,

Franz WIEACKER/Edgar BODENHEIMER, “Foundation of European Legal Culture”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pp. 1-29,

David WILKINSON, “Cambridge Water Company v. Eastern Counties plc: Diluting Liability for Continuing Escapes”, *Mod.L.Rev.* núm 57, 1994, pp. 799-811,

David W. WILLIAMS, “Non –Natural Use of the Land”, *CLJ* vol. 32, 1973, pp. 310-322,

Percy Henry WINFIELD, “The History of Negligence in the Law of Torts”, *LQR* nr 42, 1926, p. 184- 201,

- “Nuisance as a Tort”, *CLJ*, vol. 4, núm. 2, (1930-1932), p. 189- 206,

Bénédict WINIGER/Karola KRELL, “Switzerland 2/4”, *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation. Vol. I*, Springer, Wien, New York, pp. 109-112,

Christian WITTING, “Physical Damage in Negligence”, *CLJ* nº 61 (1), March 2002, pp. 189-208,

Meister WOLF/ Ludwig RAISER, *Derecho de Cosas*, vol.I, traducción española y anotaciones por Blas PÉREZ GONZÁLEZ/ José ALGUER, el cuidado de José PUIG BRUTAU de la décima edición revisada por Bosch, Barcelona, 1971,

Werner WUSSOW, *Unfallhaftpflichtrecht*, 15ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000,

Mariano YZQUEIRDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001,

- “Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan) leyes defectuosas y sentencias defectuosas”, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, núm. 7, 2003 (www.asociacionabogadosrcs.org),

- "Apuntes en torno al Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero", *RdP* 7, 2001-2, pp. 89-110,
- "La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código Penal", *RRCCS*, junio 1997, pp. 333-348,
- "Comentario a la STS de 31 de enero de 1990" (la designación de la sentencia es errónea, porque en realidad se trata con la STS de 12 de febrero de 1990), *CCJC*, núm. 22, 1990, pp. 279- 290,

Bernhard ZIMMERMANN, "Common Law' und 'Civil Law', Amerika und Europa- zu diesem Band, Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Amerikanische Rechts Kultur und europäisches Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 1995, pp. 1-11,

Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996,

- "Comparative Conclusions 2/29", *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*. Vol I, Springer, Wien, New York, pp. 165-166,
- "Comparative Law and the Europeization of Private Law, en Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 539-578,

Reinhard ZIMMERMANN/Jens KLEINSCHMIDT „Germany 2/2“, *Digest of European Tort Law*, vol.I, *Cases on Natural Causation*, Springer, Wien New York, 2007,

Wolfgang ZÖLLNER, „Gefährdungshaftung wohin?“, Erwin BERNAT/Elisabeth BÖHLER/Arthur WEILINGER, *Festschrift für Krejci*, Wien, 2001, pp. 1355-1369,

Konrad ZWEIGERT, "Praesumptio Similitudinis' als Grundsatzvermutung rechtvergleichender Methode“, en Mario ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, vol. II: *Buts et methods du droit compare*, Roma, 1973, pp. 735-758,

Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998,

- *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996,
- „Diskussionsbeitrag anlässlich der Kieler Tagung 1965“, *Die Haftung des Warenherstellers*, Werner LORENZ, Metzner, Frankfurt-Berlin, 1966,
- „Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode“, *RabelsZ* núm. 15, 1949/1950, pág. 5-21,

LEGISLACIÓN

I. TEXTOS INTERNACIONALES:

Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje de Bruselas de 23 de septiembre de 1910³³³⁹,

Convenio europeo relativo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos de motor³³⁴⁰,

Convenio Europeo relativo a la responsabilidad civil por daños causados por vehículos de motor de Estrasburgo de 1973³³⁴¹,

Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE- NEA)³³⁴²,

Revised text of the Exposé des Motifs of the Paris Convention, approved by the OECD Council on 16th November 1982³³⁴³,

Recommendation of the Steering Committee of the 20th April 1990 [NE/M (90)1] en París Convention: Decisions, Recommendations and Interpretations, ítem nr. 15, OECD-NEA, París 1990³³⁴⁴,

Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982³³⁴⁵,

Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, complementario del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear³³⁴⁶,

³³³⁹ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf (fc: 27.10.2012), pp. 131-135.

³³⁴⁰ Versión inglesa «<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/029.htm>» (fc: 25.10.2012).

³³⁴¹ Véase el texto en inglés en« <http://www.worldlii.org/int/other/treaties/COETS/1973/1.html>» (fc: 25.10.2012).

³³⁴² «http://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html» (fc: 26.07.2011).

³³⁴³ « http://www.oecd-nea.org/law/nlparis_motif.html» (fc: 23.07.2011).

³³⁴⁴ «<http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-dec-rec-int.pdf> » (fc: 24.08.2011).

³³⁴⁵ «http://www.oecd-nea.org/law/paris_convention.pdf» (fc: 24.08.2011).

³³⁴⁶ « <http://www.oecd-nea.org/law/nlbrussels.html>» (fc: 23.07.2011).

Protocolo de 12 de febrero de 2004 que modifica al Convenio de 31 de enero de 1963 de Bruselas, complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982³³⁴⁷,

Convenio de Viena sobre la responsabilidad civil por los daños nucleares, bajo los auspicios del organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) firmado en mayo de 1963³³⁴⁸,

Convenio de Seguridad Nuclear de 1994³³⁴⁹,

Convenio sobre Indemnización Suplementaria para la armonización de la responsabilidad civil por daños nucleares en todos los países con plantas nucleares, adoptado el 12 de septiembre de 1997 y abierto para la firma el 29 de septiembre de 1997³³⁵⁰,

Convenio sobre Compensación de Daños Causados por la Aeronave a Terceros (el llamado Convenio sobre Riesgos Generales)³³⁵¹,

Convenio sobre Compensación por Daños Causados por la Aeronave a Terceros en Caso de una Interferencia Ilícita (el llamado Convenio sobre Terrorismo)³³⁵².

Protocolo Conjunto relativo a la aplicación del Convenio de Viena y el de París, de 21 de septiembre de 1998³³⁵³,

Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, Brussels 1962³³⁵⁴,

Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, as amended by the Protocol of 1976, by the Protocol of the 1984 and by the Protocol of the 1992³³⁵⁵,

Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels³³⁵⁶,

³³⁴⁷ « http://www.oecd-nea.org/law/brussels_supplementary_convention.pdf » (fc: 24.08.2011).

³³⁴⁸ « http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcirc/1996/Spanish/infcirc500_sp.pdf » (fc: 23.07.2011).

³³⁴⁹ « <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcirc/Others/inf449a1.shtml> » (fc: 26.07.2011).

³³⁵⁰ « <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/supcomp.html> » (fc: 26.07.2011).

³³⁵¹ Consultese la versión en inglés en las páginas <http://cil.nus.edu.sg/2009/2009-convention-on-compensation-for-damage-caused-by-aircraft-to-third-parties> (fc: 21.06.2014).

³³⁵² Véase la versión española disponible en http://www.icao.int/secretariat/legal/DCCD2009/doc/DCCD_doc_43_es.pdf (fc: 21.06.2014).

³³⁵³ « http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcirc/Others/Spanish/infcirc402_sp.pdf » (fc: 23.07.2011).

³³⁵⁴ « <http://www.dipublico.com.ar/english/treaties/brussels-convention-on-the-liability-of-operators-of-nuclear-ships/> » (fc: 18.08.2011).

³³⁵⁵ « <http://www.iopcfund.org/npdf/Conventions%20English.pdf> » (fc: 23.08.2011), para la versión española véase « <http://www.miliarium.com/legislacion/aguas/internacional/Conv-bruselas69.asp> » (fc: 18.08.2011).

Act to Amend the Atomic Energy Act of 1954 (Price- Anderson), Pub. L.No.85-256, 71 Stat. 576 (1957),
H.R. Rep. No. 94-648, (1975),
Energy Independence and Security Act of 2007, Pub. L. No. 110-140, 121 Stat. 1492, (2007),
152 CONG. REC. S10798-S10802,
153 CONG. REC. S8206, S8212-14, (diario ed. June 21, 2007); Library of Congress: Thomas, H.R. 6, All Actions³³⁵⁷, disponible en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:HR00006:@@S> (fc: 03.10.2011).
Libro Verde de 1999 sobre la Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos³³⁵⁸,
Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad derivada de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, de 27 de enero de 1977³³⁵⁹,
Primer Proyecto de la Directiva 85/374, de 9 de septiembre de 1976³³⁶⁰,
Directiva 2001/95/CE de 3 de diciembre, relativa a la Seguridad General de los Productos³³⁶¹,
Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estado miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos³³⁶²,
Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en la materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos³³⁶³,
Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de casación en materia de protección de los intereses de los consumidores,

³³⁵⁶ <<http://www.transportrecht.org/dokumente/CRTDengl.pdf>> (fc: 18.08.2011).

³³⁵⁷ <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:HR00006:@@S>> (fc: 03.10.2011).

³³⁵⁸ <http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com1999-396_es.pdf> (fc: 14.11.2012).

³³⁵⁹ Véase versión en inglés en <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/091.htm>> (fc: 27.11.2012).

³³⁶⁰ DOCE núm. C241, de 14.10.1976.

³³⁶¹ <http://igc.xunta.es/pls/portal/docs/PAGE/IGC/004_INFORMACIONAOCONSUMIDOR_MENU/001_NORMATIVA_MENU/NORMATIVA%20EUROPEA/DIR%202001%2095%20SEG%20XERAL%20PRODUCTOS_0.PDF> (fc: 03.12.2012).

³³⁶² <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:es:HTML>> (fc: 15.12.2012).

³³⁶³ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0034:ES:HTML>> (fc: 15.12.2012).

Reglamento (CE) no 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos³³⁶⁴,

Reglamento (CEE) no 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias de compañías aéreas³³⁶⁵,

Reglamento (CE) no 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre a responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente³³⁶⁶,

Reglamento (CE) no 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre los requisitos de seguro de la compañías aereas y operadores aereos³³⁶⁷,

2. Legislación española:

Ley 122/1962, de 24 de diciembre sobre uso y circulación de vehículos de motor,

Decreto 3787/1964 que regula el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor,

Decreto 1199/1965 que adapta la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor y el Reglamento del Seguro Obligatorio al Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo³³⁶⁸,

Orden Ministerial de 26 de mayo de 1965³³⁶⁹,

Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor³³⁷⁰,

Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio³³⁷¹,

Ley 122/1962, de 24 de diciembre, aprobada por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo³³⁷²,

Decreto-Ley4/1965, de 22 de marzo, por el que se estableció la aplicación gradual de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre,

³³⁶⁴ « lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:138:0001:0006:ES:PDF» (fc: 09.08.2012).

³³⁶⁵ «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992R2407:ES:HTML>» (fc: 09.08.2012).

³³⁶⁶ «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R2027:ES:HTML>» (fc: 09.08.2012).

³³⁶⁷ « lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:138:0001:0006:ES:PDF» (fc: 09.08.2012).

³³⁶⁸ «<http://www.boe.es/boe/dias/1965/05/11/pdfs/A06726-06727.pdf>» (fc: 03.10.2012).

³³⁶⁹ «http://www.valenciaseguros.com/documental/legislacion/automoviles/650526_auto.pdf» (fc:03.10.2012).

³³⁷⁰ «<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454>» (fc: 03.10.2012).

³³⁷¹ «<http://www.judicatura.com/Legislacion/0411.pdf>» (fc: 03.10.2012).

³³⁷² «<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-454>» (fc: 03.10.2012).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio³³⁷³,
Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las personas y los bienes, Aprobado por
el Real Decreto 2022/1986, de 29 de agosto (BOE nº 235, de 1 de octubre de
1986), desarrollado por la Orden Ministerial de 28 de noviembre de 1986 (BOE nº
298, de 13 de diciembre de 1986), y modificado, en sus artículos 7º y 9º por el
Real Decreto 354/1988, de 19 de abril (BOE nº 98, de 23 de abril de 1988)³³⁷⁴,
Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre Régimen jurídico de la tenencia de animales
potencialmente peligrosos³³⁷⁵, BOE núm. 307 de 24-12-1999, pp.45306-
45310³³⁷⁶
Reglamento de Baja Tensión aprobado por Orden de 31 octubre 1973 (RCL 1973, 2391)
derogado por el actual Reglamento 842/2002 de 2 de agosto (RCL 2002, 2319),
Circular de 10 de abril de 1980 (RCL 1980, 1021) de la Dirección General de Empresas
y Actividades Turísticas;
El Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre (RCL 1985\2920 y ApNDL 1975-85,
589), por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y
Manutención,
Reglamento de Viajeros del Ferrocarril Metropolitano de Madrid (Decreto 49/87, de 8
de mayo),
Ley 8/1993 de 22 de junio, de Promoción de Accesibilidad y Supresión de Barreras
Arquitectónicas;
Real Decreto 381/1984, de 25 enero (RCL 1984\571, 1118 y ApNDL 2447) por el que
se aprobó la Reglamentación Técnico- Sanitaria del Comercio Minorista de
Alimentación;
Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto, por el que se aprobó el nuevo Reglamento
General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas (RCL 1982/2960,
3195; RCL 1983/2125 y ApNDL 4986) ;
Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y

³³⁷³ BOE núm. 134, de 05.06.1981, disponible también en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-1981.html (fc: 20.12.2013).

³³⁷⁴ « <http://www.agpericial.es/informacion/ReglamentoCCS.htm> » (fc: 07.11.2012).

³³⁷⁵, BOE núm. 307 de 24-12-1999, pp.45306- 45310 disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/24/pdfs/A45306-45310.pdf>, desarrollado reglamentariamente por el RD 287/2002, de 22 de marzo

³³⁷⁶ disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/24/pdfs/A45306-45310.pdf> (fc: 20.04.2012), desarrollado reglamentariamente por el RD 287/2002, de 22 de marzo, BOE núm. 74 de 27-03-2002 pp. 12290- 12292, disponible también en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/03/27/pdfs/A12290-12292.pdf> (fc: 20.04.2012)

Usuarios³³⁷⁷,
Código Civil,
Código de Comercio,
Constitución Española de 1978,
Ley de Enjuiciamiento Civi 1/2000,
Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo³³⁷⁸,
Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque de los buques mercantiles,
Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645),
Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen,
Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal,
Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro,
Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad,
Real Decreto Legislativo 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,
Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³³⁷⁹,
Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea (LNA), BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960, pp. 1291-1299,
Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947 para un código de navegación aérea³³⁸⁰, BOE núm. 1, de 1 de enero de 1948,
Ley 53/1968, de 27 de julio, BOE, núm. 181, de 29 de julio de 1968, pág. 1178,
Ley 113/1969, de 20 de diciembre, BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1969, pág. 20465;
Ley Orgánica 1/1968, de 8 de enero, BOE núm. 12, de 14 de enero de 1968,

³³⁷⁷ « http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1984-16737 (fc: 02-06-2011)»

³³⁷⁸ «http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/527134-ley-6-2014-de-7-abr-modificacion-del-texto-articulado-de-la-ley-sobre-trafico.html#au » (fc: 12.02.2015).

³³⁷⁹ « http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/129-1994.html » (fc: 28.05.2012).

³³⁸⁰ «<http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/1F929313-8B91-4031-9E78-7C91E3BFB8D9/78085/LEY27121947.pdf>» (fc: 22.06.2012)

Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999, pp. 46095-46149,

Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE, núm. 313 de 31 de diciembre de 2002, pp. 46086-46191,

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE, núm. 164 de 10 de julio de 2003 pp. 26905-26965,

Ley de seguridad aérea (LSA), de 7 de julio de 2003, BOE núm. 162 de 8 de julio de 2003, pp. 26368-26387,

Real Decreto- Ley 6/1999, de 10 de abril, BOE, núm. 92, de 17 de abril de 1999, pp. 14350-14356,

Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea- que deroga al Real Decreto 2333/1983, BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001, pp. 4100 – 4101,

Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños;

Constitución Española, Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978³³⁸¹,

Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo³³⁸²,

Ley de Caza de Extremadura, Ley núm. 8/1990, de 21 de diciembre (D.O. E, extraordinario núm. 2, de 14 de enero de 1991) modificada por: Ley 19/2001, de 14 de diciembre y por Ley 21/2002, de Presupuestos Generales de Extremadura (Diario Oficial de Extremadura, nº 8, de 19-01-2002 y extr.nº1 de 30 -12-2002)³³⁸³,

Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla La Mancha (modificada por la Ley 3/2006, de 15 de octubre), BOE núm. 262 de 2/11/1993, pp. 30647- 30662³³⁸⁴,

³³⁸¹ «<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> » (fc: 27.03.2012)

³³⁸² «http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg339-1990.html» (fc: 13.04.2012).

³³⁸³ « <http://www.asociacionrehalas.com/images/Ley8-90-CAZA-EXTREMADURA.pdf>» (fc: 29.03.2012).

³³⁸⁴ «http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1993-26323»(fc: 13.04.2012).

Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, BOE núm. 157 de 3/7/1989, pp. 20857-20861, BOE núm.122 de 23-05-2003, pp. 19307-19333³³⁸⁵.

Ley 4/1997, de 25 de junio, de Caza de Galicia.la modificada por la Ley 6/2006, de 23 de octubre, BOE núm. 192 de 12/08/1997, pp. 24389- 24408³³⁸⁶,

Ley 6/2006, de 12 de abril, de caza y pesca de las Islas Baleares³³⁸⁷,

Ley 8/1990, de caza de Extremadura, modificada por la Ley 19/2001, de 14 de diciembre, BOE núm. 87 del 11-04-1991³³⁸⁸,

Ley 7/1998, de 6 de julio, de caza de Canarias, BOE núm. 182 de 31/7/1998, pp. 26036-26048³³⁸⁹,

Ley 12/2006, de 17 de julio, de Cantabria, BOE núm. 205 de 28-08-2006, pp. 31255-31274³³⁹⁰,

Ley 17/2005, de 22 de diciembre, de caza y pesca de Navarra, BOE núm. 155 de 28-12-2005³³⁹¹,

Ley de caza de Aragón 5/2002, de 4 de abril, modificada por las Leyes 26/2003, de 30 de diciembre y 15/2006, de 28 de diciembre, BOE núm. 115 de 14-05-2002, pp. 17387- 17407³³⁹²,

Ley8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturaleza de Extremadura, BOE núm.24 de 27-01-2007, pp. 3928- 3936³³⁹³,

Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la [Ley de Caza](#) de 4 de abril de 1970. BOE núm. 76/1971, de 31 de marzo y BOE núm. 77/1971 de 1 de abril³³⁹⁴,

Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, BOE núm. 82 de 5/4/1990, pp. 9468 -9471³³⁹⁵,

Resolución de 17 de Enero de 2006, de la Dirección General para la Biodiversidad en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Diciembre de 2005, por el que se autoriza la inclusión en la lista del Convenio

³³⁸⁵ «http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1989-15374» (fc: 13.04.2012).

³³⁸⁶ «<http://www.boe.es/boe/dias/1997/08/12/pdfs/A24389-24405.pdf>». (fc: 13.04.2012).

³³⁸⁷ «<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/23/pdfs/A19307-19333.pdf>» (fc: 13.04.2012).

³³⁸⁸ «<http://boe.vlex.es/vid/ley-diciembre-caza-extremadura-18146296>» (fc: 13.04.2012).

³³⁸⁹ «<http://www.boe.es/boe/dias/2007/01/27/pdfs/A03928-03936.pdf>» (fc: 13.04.2012).

³³⁹⁰ «<http://www.boe.es/boe/dias/2006/08/28/pdfs/A31255-31274.pdf>» (fc: 13.04.2012).

³³⁹¹ «<http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=4620>» (fc: 13.04.2012).

³³⁹² «<http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/14/pdfs/A17387-17407.pdf>» (fc: 13.04.2012).

³³⁹³ «<http://www.boe.es/boe/dias/2007/01/27/pdfs/A03928-03936.pdf>» (fc: 13.04.2012).

³³⁹⁴ «http://www.mediterranea.org/cae/decreto_506_71_reglamento_caza.htm» (fc: 28.03.2012),

³³⁹⁵ «http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1990-8432» (fc: 27.03.2012).

Ramsar, de 2/Febrero/1971, relativo a humedades de importancia internacional especialmente como hábitat de especies acuáticas, de determinadas zonas húmedas españolas, BOE 24 de febrero de 2006, núm. 47/3286, pp. 7619-7638³³⁹⁶, , rectificado en BOE de 23 de octubre de 2006, núm. 253/18437, pp. 36958-36959³³⁹⁷,

Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, BOE núm. 74 de 28 de marzo de 1989, pp. 8262 -8269³³⁹⁸,

Orden Foral 110/2007 de 5 de marzo [LNA 2007, 170] de Navarra³³⁹⁹,

Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre la energía nuclear³⁴⁰⁰,

Decreto 2177/1967, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Cobertura de Riesgos Nucleares³⁴⁰¹,

Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación de sistema eléctrico³⁴⁰²,

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico³⁴⁰³,

Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos³⁴⁰⁴,

Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europea y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad³⁴⁰⁵,

Ley 22/1992, de 6 de julio de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos³⁴⁰⁶,

Real Decreto Legislativo 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 complementarias³⁴⁰⁷,

³³⁹⁶ «<http://www.boe.es/boe/dias/2006/02/24/pdfs/A07619-07638.pdf>» (fc: 28.03.2012),

³³⁹⁷ «<http://www.boe.es/boe/dias/2006/10/23/pdfs/A36958-36959.pdf> » (fc: 28.03.2012),

³³⁹⁸ «http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1989-6881» (fc: 27.03.2012).

³³⁹⁹ « http://www.ideasapiens.com/Oposiciones/Pdf.asp?cd_opo=2202» (fc: 13.04.2012).

³⁴⁰⁰ « http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/125-1964.html» (fc: 23.07.2011).

³⁴⁰¹ « <https://www.sgamedianet.com/documentacion/legislacion/d2177-1967.htm>» (fc: 23.07.2011)

³⁴⁰² « http://www.ugtaragon.es/medioambiente/Normativa/pdf/generales/gen_es_L40-94.pdf» (fc:23.07.2011)

³⁴⁰³ « http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/154-1997.html#» (fc: 23.07.2011)

³⁴⁰⁴ « http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2011-9279» (fc: 23.07.2011).

³⁴⁰⁵ « http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/117-2007.html#»

³⁴⁰⁶ « <http://legislacion.derecho.com/ley-22-1994-de-responsabilidad-civil-por-los-danos-causados-por-productos-defectuosos> » (fc: 15.12.2012).

³⁴⁰⁷ « <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf> » (fc: 15.12.2012).

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, BOE núm. 255 de 24.10.2007 pp. 43229- 43250,

Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo,

Alemania

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) von 18.08.1896³⁴⁰⁸,

Zivilprozessordnung (ZPO) von 01.10.1879; Ordenanza Procesal Civil alemana³⁴⁰⁹

Segunda Ley alemana de modificación de las disposiciones de Derecho de daños (*Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*³⁴¹⁰) de 19 de julio de 2002, BGBl núm. 50, pp. 2674- 2680³⁴¹¹,

Entwurf einer objektiven Kraftfahrzeughaftung für das Deutsche Reich von 1906 publicado en Fritz MÜLLER, *Straßenverkehrsrecht*, Werner FULL/Wolfgang MÖHL/Karl RÜTH, Band I, 22^a ed., Berlin, 1969, §7 StVG, nr. 16,

Luftverkehrsgesetz (LuftVG) von 01.08.1922³⁴¹²,

Austria

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) von 01.06.1811³⁴¹³,

Luftfahrtgesetz (LuftFG) vom 2. Dezember 1957³⁴¹⁴,

Bélgica

*Loi du 21 novembre 1989 relative a l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs*³⁴¹⁵,

³⁴⁰⁸ « <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> » (fc: 07.05.2014).

³⁴⁰⁹ « www.zivilprozessordnung.de » (fc:10.01.2009).

³⁴¹⁰ « http://www.rechtliches.de/info/Zweites_Gesetz_zur_Aenderung_schadenersatzrechtlicher_Vorschriften.html » (fc: 04.11.2012).

³⁴¹¹ « <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XBCBGI0250.pdf> » (fc: 16.03.2014).

³⁴¹² « <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/luftvg/gesamt.pdf> » (fc: 07.05.2014).

³⁴¹³ « http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html » (fc: 07.05.2014)

³⁴¹⁴

« <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011306> » (fc: 07.05.2014).

³⁴¹⁵ « <http://www.code-de-la-route.be/textes-legaux/sections/lois/w211189> » (fc: 14.04.2014).

Dinamarca

Færdselsloven, in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.1.2007, Lovtidende A 2007, Nr. 1276, Deutsche Übersetzung der unverändert gültigen §§ 101-104 en Jørgen NØRGARD/Hans VAGNER, „Bericht zur Rechtslage in Denmark“, *Deliktsrecht in Europa*, Christian VON BAR (ED.), Köln, 1994, pág. 45 y ss.

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, la llamada *Loi Badinter*³⁴¹⁶,

Holanda

Wet van 21.04.1994 “houdende vervanging van de Wegenverkeerswet“, StB. 1994, pág. 919 (Wegenverkeerswet 1994),

Italia

Codice Civile italiano, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262³⁴¹⁷,
*Code de l'aviation civile. Version consolidée au 1 juillet 2012*³⁴¹⁸,
*Codice della navigazione (Approvato con R.D. 30 marzo 1942, n. 327)*³⁴¹⁹,

Portugal

Decreto Lei n.º 321/89³⁴²⁰,

Reino Unido

*Occupiers Liability Act 1957*³⁴²¹,
*Civil Aviation Act 1982*³⁴²²,

³⁴¹⁶ <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902&dateTexte=20100114>> (fc: 14.04.2014).

³⁴¹⁷ <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>,» (fc: 25.06.2009).

³⁴¹⁸ <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074234>> (fc: 09.08.2012).

³⁴¹⁹ <<http://www.fog.it/legislaz/cn-indice.htm>> (fc: 09.08.2012).

³⁴²⁰ <<http://www.dre.pt/pdf1s%5C1989%5C09%5C22100%5C42644268.pdf> > (fc:07.05.2014)

³⁴²¹ < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31>> (fc: 04.05.2011)

Suiza

Obligationenrecht, 30.03.1911, AS 27 317 (1912)³⁴²³,

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

I. ESPAÑA

Tribunal Supremo:

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 187/2012 de 29 marzo. RJ 2012\4063, Ponente:

Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 385/2011 de 31 mayo. RJ 2011\4005, Ponente:

Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 545/2010 de 9 diciembre RJ 2011\1408,

Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 519/2010 de 29 julio. RJ 2010\6946, Ponente:

Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 44/2010 de 18 febrero. RJ 2010\1286, Ponente:

Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 5/2010 de 22 de enero, RJ\ 2010\

160, Ponente: Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 98/2009 de 17 de febrero,

RJ/2009/1494, Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 814/2009 de 17 de diciembre,

RJ/2010/862, Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

³⁴²² «<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/16>» (fc: 07.05.2014)

³⁴²³ «<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html>» (fc: 13.05.2014).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 842/2009 de 5 de enero, RJ/2010/6,
Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1200/2008 de 16 diciembre. RJ 2009\529,
Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1087/2008 de 21 noviembre RJ 2009\144,
Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1071/2008 de 7 noviembre RJ 2009\137,
Ponente: Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 843/2008 de 17 septiembre. RJ 2008\5517,
Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 490/280 de 5 de junio RJ/2008/3209,
Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 332/2008 de 30 abril RJ 2008\2686,
Ponente: Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1395/2008 de 15 enero. RJ 2008\1394, Ponente:
Excma. Sra. Encarnación Roca Trías,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1384/2007 de 20 diciembre, RJ 2007\9054,
Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1384/2007 de 20 de diciembre RJ 2007/9054,
Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1363/2007 de 17 de diciembre,
RJ/2007/8934, Ponente: Excmo Sr José Almagro Nosete,,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1243/2007 de 4 diciembre RJ 2008\39,
Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1216/2007 de 28 noviembre. RJ 2007\8427,
Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1266/2007 de 23 noviembre RJ 2007\8122,
Ponente: Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1217/2007 de 14 noviembre. RJ 2008\14,
Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1363/2007 de 17 diciembre. RJ 2007\8934,
Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 943/2007 de 25 septiembre RJ 2007\8615,
Ponente: Excmo Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 831/2007 de 17 de julio, RJ/2007/4895, Ponente: Excmo Sr Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 80/2007 de 26 de junio, (RJ\2007\1873), Ponente: Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 629/2007 de 8 junio. RJ 2007\3650, Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 589/2007 de 31 mayo RJ 2007\3431, Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 645/2007 de 30 de mayo, RJ/2007/4338, RJ/2007/4338, Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quinatna,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 581/2007 de 28 mayo RJ 2007\3131. Ponente: Encarnación Roca Trías,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 149/2007 de 22 de febrero, RJ/2007/1520, Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 183/2007 de 19 febrero RJ 2007\1895, Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 28/2007 de 25 de enero, RJ/2007/1699, Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1377/2007 de 5 enero. RJ 2007\552, Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1337/2006 de 22 diciembre RJ 2007\608, Ponente: Excmo Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1228/2006 de 29 de noviembre, RJ/2007/271, Ponente: Excmo Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1122/2006 de 15 noviembre. RJ 2006\8058, Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1100/2006 de 31 de octubre, RJ/2006/8882, Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 859/2006 de 11 septiembre, RJ/2006/8541, Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 20 julio 2006. RJ 2006\5858, Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 270/2006 de 9 marzo. RJ 2006\1882, Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 194/2006 de 2 marzo RJ\2006\5508,
Ponente: Excmo Sr Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 174/2006 de 2 marzo. RJ 2006\919, Ponente:
Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 58/2006 de 10 febrero RJ 2006\674,
Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 196/2005 de 14 marzo RJ 2005\2236, Ponente:
Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1054/2006 de 5 enero. RJ 2006\131, Ponente:
Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1271/2004 de 27 diciembre. RJ 2005\1240,
Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1140/2004 de 24 noviembre, RJ 2004\7248,
Ponente: Excmo Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 944/2004 de 7 octubre. RJ 2004\6692, Ponente:
Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 412/2004 de 26 mayo,
RJ\2004\4262, Ponente: Excmo Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 383/2004 de 17 mayo. RJ 2004\3067, Ponente:
Excmo. Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 213/2004 de 26 marzo. RJ 2004\1716, Ponente:
Excmo. Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 197/2004 de 11 marzo. RJ 2004\901, Ponente:
Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 31/2004 de 28 enero RJ 2004\153, Ponente:
Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 752/2003 de 17 julio. RJ 2003\6575, Ponente:
Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 414/2003 de 24 abril. RJ 2003\3532, Ponente:
Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 431/2003 de 29 abril. RJ 2003\3041, Ponente:
Excmo. Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 279/2003 de 17 marzo. RJ 2003\2750, Ponente:
Excmo. Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 23/2003 de 24 enero. RJ 2003\612, Ponente:
Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 830/2003 de 15 septiembre. RJ 2003\6418,
Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 769/2003 de 17 julio, RJ\2003\4783,
Ponente: Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 753/2003 de 14 julio RJ 2003\5837,
Ponente: Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil, Sección Única).Sentencia núm. 597/2003 de 20 junio,
RJ\2003\4250, Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil, Sección Única).Sentencia núm. 624/2003 de 17 junio,
RJ\2003\5646, Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 431/2003 de 29 abril RJ 2003\3041, Ponente:
Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 431/2003 de 29 abril RJ 2003\3041, Ponente:
Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 334/2003 de 31 marzo, RJ\2003\2839, Ponente:
Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 112/2003 de 12 de febrero, RJ/2003/1010,
Ponente: Excmo Sr. Teófilo Ortega Torres,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 69/2003 de 6 de febrero, RJ/2003/1075, Ponente:
Excmo Sr. Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 1176/2002 de 10 diciembre, RJ\2002\10435,
Ponente: Excmo Sr. José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1048/2002 de 12 noviembre. RJ 2002\9754,
Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1063/2002 de 6 noviembre. RJ 2002\9637,
Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 933/2002 de 16 octubre. RJ 2002\8897, Ponente:
Excmo. Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 937/2002 de 10 octubre, RJ 2002\9978, Ponente:
José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 806/2002 de 25 julio, RJ\2002\7864, Ponente:
Excmo Sr. Antonio Romero Lorenzo,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 738/2002 de 18 julio RJ 2002\6254, Ponente:
Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 587/2002 de 6 junio, RJ\2002\4979, Ponente:
Excmo Sr. Clemente Auger Liñán,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 221/2002 de 13 marzo, RJ\2002\1890, Ponente:
Excmo Sr. Ignacio Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 149/2007 de 22 febrero. RJ 2007\1520, Ponente:
Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 993/2001 de 25 octubre, RJ\2001\8670, Ponente:
Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 812/2001 de 26 julio, RJ\2001\8426, Ponente:
Excmo Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 676/2001 de 29 junio, RJ\2002\1470, Ponente:
Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 642/2001 de 19 junio RJ 2001\4974, Ponente:
Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 493/2001 de 22 mayo. RJ 2001\6467, Ponente:
Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 526/2001 de 21 mayo RJ 2001\6464,
Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 433/2001 de 8 de mayo, RJ\ 2001\7379, Ponente:
Excmo Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 469/2001 de 17 mayo, RJ 2001\6222, Ponente:
Excmo Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de lo Civil).Sentencia núm. 431/2001 de 7 mayo, RJ\2001\7376, Ponente:
Excmo Sr. Román García Varela,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 334/2001 de 6 abril, RJ 2001\3636,
Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1210/2000 de 22 diciembre. RJ 2000\10137,
Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández,

STS (Sala de Conflictos de Competencia). Auto núm. 37/2000 de 21 diciembre. RJ
2002\2105, Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1003/2000 de 30 octubre, RJ 2000\8489,
Ponente: Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 648/2000 de 25 junio. RJ 2000\5305, Ponente:
Excmo. Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 619/2000 de 22 junio, RJ 2000\4430, Ponente:
Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 397/2000 de 12 abril, RJ 2000\2972, Ponente:
Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 346/2000 de 6 abril, RJ\2000\2508, Ponente:
Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 314/2000 de 28 marzo, RJ\2000\2110, Ponente:
Excmo Sr. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 272/2000 de 16 marzo. RJ 2000\2105, Ponente:
Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 218/2000 de 9 marzo, RJ 2000\1350, Ponente:
Excmo Sr. Francisco Marín Castán,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 186/2000 de 2 marzo, RJ\2000\1304, Ponente:
Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1136/1999 de 30 diciembre RJ 1999\9496,
Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm.1168/1999 de 23 diciembre, RJ 1999\9373,
Ponente: Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1004/1999 de 23 noviembre. RJ 1999\9049,
Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 787/1999 de 25 septiembre, RJ\1999\7275,
Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 marzo 1999, RJ 1999\1860, Ponente: Excmo Sr.
Luis Martínez-Calcerrada,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1068/1998 de 21 noviembre, RJ 1998\8751,
Ponente: Excmo Sr. Pedro,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1635/1994 de 16 de octubre de 1998, RJ
1998\8070, Ponente: Excmo Sr. Antonio Gullón Ballesteros,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 13 octubre 1998, RJ 1998\8253, Ponente: Excmo
Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 20 julio 1998, RJ 1998\6191, Ponente: Excmo Sr.
José Almagro,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 mayo 1998, RJ 1998\4075, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 191/1998 de 6 marzo, RJ 1998\1496, Ponente: Excmo Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1181/1997 de 29 diciembre, RJ\1997\9602, Ponente: Excmo Sr. Ignacio Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1163/1997 de 23 diciembre RJ 1997\9343, Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 21 noviembre 1997, RJ 1997\8093, Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 21 de noviembre, RJ/1997/8093, Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 857/1997 de 2 de octubre 1997, RJ/1997/6964, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 28 julio 1997, RJ 1997\5954, Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 604/1997 de 1 julio RJ 1997\5471, Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 356/1997 de 3 mayo. RJ 1997\3668. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 431/1997 de 24 mayo RJ 1997\4323, Ponente: Excmo Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 378/1997 de 28 de abril, RJ/1997/3408, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 281/1997 de 7 abril RJ 1997\2743, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 281/1997 de 7 abril RJ 1997\2743, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 255/1997 de 1 abril RJ 1997\2724, Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 280/1997 de 26 marzo RJ 1997\1864, Ponente: Excmo Sr. José Luis Albácar López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 21 febrero 1997, RJ 1997\1906, Ponente: Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 70/1997 de 4 febrero. RJ 1997\677, Ponente:
Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 36/1997 de 31 enero RJ 1997\253,
Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1022/1996 de 2 diciembre. RJ 1996\8938,
Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 741/1996 de 25 de septiembre, RJ/1996/6655,
Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 618/1996 de 17 julio RJ 1996\5676,
Ponente: Excmo Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 528/1996 de 17 junio RJ 1996\5070,
Ponente: Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 20 de marzo, RJ/1996/2244, Ponente: Excmo Sr.
Antonio Gullón Ballesteros,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 08 marzo 1996, RJ 1996\1936, Ponente: Excmo Sr.
Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 20 febrero 1996, RJ 1996\1414, Ponente: Excmo
Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1110/1995 de 18 diciembre RJ 1995\9145,
Ponente: Excmo Sr. José Luis Albácar López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1011/1995 de 27 noviembre RJ 1995\9803,
Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1007/1995 de 21 noviembre RJ 1995\8896,
Ponente: Excmo Sr. José Almagro Nosete,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 31 octubre 1995, RJ 1995\7783, Ponente: Excmo
Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 720/1995 de 10 julio, RJ 1995\5556, Ponente:
Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 14 junio 1995 RJ 1997\2888, Ponente: Excmo Sr.
Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 29 mayo 1995, RJ 1995\4136, Ponente: Excmo Sr.
Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 368/1995 de 22 abril RJ 1995\3492,
Ponente: Excmo Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 223/1995 de 9 marzo RJ 1995\1848,
Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 817/1994 de 17 de julio, RJ/1995/6827,
Ponente: Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 700/1994 de 12 de julio, RJ/1994/6390, Ponente:
Excmo Sr. Antonio Gullón Ballesteros,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 677/1994 de 9 julio RJ 1994\6302, Ponente:
Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 418/1994 de 6 mayo RJ 1994\3888, Ponente:
Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 374/1994 de 29 abril, RJ 1994\2983,
Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 285/1994 de 28 marzo RJ 1994\2526, Ponente:
Excmo Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 26 marzo 1994, RJ 1994\2537, Ponente: Excmo Sr.
Teófilo Ortega Torres,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 28 enero 1994, RJ 1994\574, Ponente: Excmo Sr.
Rafael Casares Córdoba,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 12 de noviembre, RJ/1993/8760, Ponente: Excmo
Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 706/1993 de 5 julio, RJ 1993\5795,
Ponente: Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 655/1993 de 26 junio, RJ 1993\5383,
Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 24 mayo 1993 RJ 1993\3727, Ponente: Excmo Sr.
Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 26 abril 1993, RJ 1993\2947, Ponente: Excmo Sr.
Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala do le Civil). Sentencia núm. 384/1993 de 20 abril, RJ 1993\3103,
Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 751/1993 de 1 abril RJ 1993\9165, Ponente:
Excmo Sr. Francisco Soto Nieto,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 260/1993 de 23 marzo. RJ 1993\2545, Ponente:
Excmo. Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 15 marzo 1993 RJ 1993\2284, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 86/1993 de 13 febrero, RJ 1993\768, Ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1219/1992 de 30 de diciembre, RJ 1992/10559, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 22 diciembre 1992 RJ 1992\10639, Ponente: Excmo Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 22 octubre 1992. RJ 1992\8399, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba,

STS (Sala de lo Civil). Senetncia de 26 marzo 1992, RJ 1992\2329, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 8 febrero 1992 RJ 1992\1198, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 31 enero 1992. RJ 1992\540, Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 20 enero 1992. RJ 1992\192, Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 23 octubre 1991, RJ 1991\7861, Ponente: Excmo Sr. Teófilo Ortega Torres,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 18 julio 1991, RJ 1991\5398, Ponente: Excmo Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 27 de junio, RJ 1991/4633, Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 28 de mayo, RJ 1991/3940, Ponente: Excmo Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 23 mayo 1991. RJ 1991\3784, Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 abril 1991 RJ 1991\3110, Ponente: Excmo Sr. Rafael Casares Córdoba,

STS (Sala de lo Civil) Sentencia de 08 marzo 1991, RJ 1991\2200, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 17 diciembre 1990 RJ 1990\10282, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 28 mayo 1990 RJ 1990\4089, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 18 abril 1990 RJ 1990\2726, Ponente: Excmo Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 26 marzo 1990. RJ 1990\1731, Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 13 diciembre 1989, RJ 1989\8828, Ponente: Excmo Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 noviembre 1989 RJ 1989\7889, Ponente: Excmo Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 27 octubre 1989 RJ 1989\6968, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 16 octubre 1989 RJ 1989\6923, Ponente: Excmo Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa;

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 21 julio 1989 RJ 1989\5772, Ponente: Excmo Sr. Adolfo Carretero Pérez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 5 julio 1989 RJ 1989\5297, Ponente: Excmo Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez,

STS (Sala de lo Civil), de 6 de marzo, RJ 1989/1996, Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 16 enero 1989 RJ 1989\101, Ponente: Excmo Sr. Manuel González Alegre y Bernardo,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 diciembre 1988, RJ 1988\9476, Ponente: Excmo Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 octubre 1988 RJ 1988\7588, Ponente: Excmo Sr. Francisco Morales Morales,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 23 septiembre 1988 RJ 1988\6853, Ponente: Excmo Sr. Matías Malpica González-Elipe,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 18 mayo 1988, RJ 1988\4314, Ponente: Excmo Sr. Adolfo Carretero,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 16 febrero 1988. RJ 1988\1994, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 29 octubre 1987 RJ 1987\7483, Ponente: Excmo Sr. Cecilio Serena Velloso,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 24 octubre 1987, RJ 1987\7471, Ponente: Excmo Sr. Cecilio Serena Velloso,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 julio 1987 RJ 1987\9974, Ponente: Excmo Sr. Ramón López Vilas,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 9 julio 1987 RJ 1987\5213, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 febrero 1987 RJ 1987\719, Ponente: Excmo Sr. Rafael Casares Córdoba,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 6 febrero 1987 RJ 1987\687, Ponente: Excmo Sr. Antonio Sánchez Jáuregui,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 22 diciembre 1986 RJ 1986\7796, Ponente: Excmo Sr. José Luis Albácar López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 26 septiembre 1986, RJ 1986\4782, Ponente: Excmo Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 17 de julio 1986, RJ 1986/ 4571, Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 8 mayo 1986 RJ 1986\2669, Ponente: Excmo Sr. Antonio Fernández Rodríguez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 31 enero 1986 RJ 1986\444, Ponente: Excmo Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 28 enero 1986, RJ 1986\336, Ponente: Excmo Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 13 diciembre 1985 RJ 1985\6527, Ponente: Excmo Sr. José María Gómez de la Bárcena y López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 27 mayo 1985 RJ 1985\2815, Ponente: Excmo Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 14 noviembre 1984. RJ 1984\5554, Ponente: Excmo. Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 6 junio 1984. RJ 1984\3216, Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 abril 1984, RJ 1984\1974, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 12 abril 1984 RJ 1984\1958, Ponente: Excmo Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 27 octubre 1983. RJ 1983\5346, Ponente: Excmo. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 septiembre 1983, RJ 1983\4688, Ponente: Excmo Sr. José María Gómez de la Bárcena y López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 28 abril 1983, RJ 1983\2195, Ponente: Excmo Sr. Carlos de la Vega Benayas,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 29 marzo 1983. RJ 1983\1649, Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 22 diciembre 1982 RJ 1982\7706, Ponente: Excmo Sr. José Luis Albácar López,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 14 julio 1982 RJ 1982\4235, Ponente: Excmo Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil), Sentencia de 28 mayo 1982 RJ 1982\2606, Ponente: Excmo Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 15 marzo 1982, RJ 1982\1379, Ponente: Excmo Sr. Rafael Casares Córdoba,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 octubre 1981, RJ 1981\3740, Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Martínez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 17 marzo 1981 RJ 1981\1009, Ponente: Excmo Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 12 febrero 1981. RJ 1981\530, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 12 diciembre 1980 RJ 1980\4747, Ponente: Excmo Sr. Jaime De Castro García,

STS (Sala de lo Civil). Sentencia de 30 diciembre 1980. RJ 1980\4815, Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz,

STS (Sala de lo Civil) de 14.05. 1963 (RAJ, vol. XXX, 1963, núm. 2699),

STS (Sala de lo Civil) de 30.10.1963 (RAJ, vol. XXX, 1963, núm. 4231),

STS (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1959, *JC*, 1959, núm. 75, pp. 916 y ss.,

STS de 20.03.1945, “Comentario de Leonardo PRIETO-CASTRO a la STS de 20 de marzo de 1945”, en *Rev. Leg.*, núm. 2, 1945,

STS de 03.07.1935 Ponente: Excmo Sr. José Castán Tobeñas en CGPJ, *Las Sentencias civiles de Don José Castán Tobeñas*, CGPJ, Madrid, 1990, pp. 96-98.

STS (Sala de lo Civil) de 29 de junio de 1932. *Col. Leg.*, t. 204, Mayo y Junio, 1932, pp. 681-697,

Tribunal Constitucional:

STC (Pleno). Sentencia núm. 119/2001 de 29 mayo RTC 2001\119, Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera,

STC. Sentencia núm. 95/1999 de 31 mayo. RTC 1999\95, Ponente: Don Tomás S. Vives Antón,

STC (Sala Primera). Sentencia núm. 7/1994 de 17 enero. RTC 1994\7, Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer ,

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ (Sala de lo Civil y lo Penal). Sentencia núm. 3/2002 de 6 febrero RJ 2002\5020, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui,

STSJ de Cataluña. Sentencia núm. 22/1994 de 21 diciembre RJ 1995\1498, Ponente: Ilmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol,

STSJ de Cataluña. Sentencia núm. 11/2001 de 19 marzo RJ 2002\1399, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu i Llansa,

STXG (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia núm. 9/2003 de 13 marzo RJ 2003\4488, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez,

STSJ Andalucía, Málaga. Sentencia núm. 1069/2005 de 28 abril JUR 2005\142999, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Martín Hernández-Carrillo,

SJPI Asturias. Sentencia de 31 julio 2000. AC 2000\1661, Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas,

SJPI Asturias. Sentencia de 24 enero 2000. AC 1999\2608, Ponente: Ilma. Sra. Piedad Liébana Rodríguez,

STSJ de Cataluña. Sentencia núm. 22/1994 de 21 diciembre RJ 1995\1498, Ponente: Ilmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol,

STSJ de Cataluña. Sentencia núm. 11/2001 de 19 marzo RJ 2002\1399, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu i Llansa,

SJ Mercantil Málaga. Sentencia de 20 abril 2007. AC 2007\747, Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz,

SJ Mercantil Vizcaya. Sentencia núm. 471/2005 de 7 diciembre. AC 2005\2275,

Ponente: Ilmo. Sr. D Edmundo Rodríguez Achutegui,

SJ Mercantil Vizcaya. Sentencia núm. 162/2007 de 26 marzo. AC 2007\493, Ponente:

Ilmo. Sr. D Edmundo Rodríguez Achutegui,

Audiencias Provinciales:

SAP de Álava. Sentencia de 22 septiembre 1993 AC 1993\1739, Ponente: Ilmo. Sr. D.

Iñigo Madaria Azcoitia,

SAP de Álava. Sentencia núm. 523/1994 de 28 de diciembre de 1994, AC 1994\2268,

Ponente: Ilma. Sra. Silvia Víñez Argüeso,

SAP de Álava (Sección 1ª), Sentencia núm. 346/1998 de 21 diciembre, AC\1998\2563,

Ponente: Ilmo. Sr. D. Iñigo Madaria Azcoitia,

SAP de Álava. Sentencia núm. 156/2005 de 11 julio. JUR 2005\244238, Ponente: Ilmo.

Sr. D Iñigo Elizburu Aguirre,

SAP de Albacete. Sentencia núm. 143/2008 de 8 julio JUR 2008\354304, Ponente: M^a

Angeles Montalvá Sempere,

SAP de Alicante. Sentencia núm. 55/1999 de 15 enero. AC 1999\2995, Ponente: Ilmo.

Sr. D José Luis Lozano Fernández,

SAP de Alicante. Sentencia núm. 303/2002 de 15 mayo JUR 2002\188810,

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera,

SAP de Alicante. Sentencia núm. 150/2006 de 29 marzo JUR 2006\254742,

Ponente: Ilma. Sra. Visitación Pérez Serra,

SAP de Alicante (Sección 6ª), Sentencia núm. 146/2008 de 8 abril, AC\2008\1355,

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano,

SAP de Alicante (Sección 4ª), Sentencia núm. 136/2008 de 21 de abril, AC/2008/1394,

Ponente: Ilma. Sra. María Amor Martínez Atienza,

SAP de Almería. Sentencia núm. 4/1998 de 23 enero AC 1998\219, Ponente: Ilma. Sra.

Soledad Jiménez de Cisneros Cid,

SAP de Almería. Sentencia núm. 108/2000 de 31 marzo AC 2000\2862, Ponente: Ilmo.

Sr. D. Benito Gálvez Acosta,

SAP de Almería. Sentencia núm. 59/2001 de 27 febrero. AC 2001\1142, Ponente:

Ilmo. Sr. D Rafael García Laraña,

SAP de Almería. Sentencia núm. 6/2003 de 10 enero JUR 2003\44564, Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Poveda Peñas,

SAP de Almería. Sentencia núm. 55/2003 de 24 febrero AC 2003\591, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Espinosa Labella,

SAP de Almería. Sentencia núm. 120/2004 de 17 mayo JUR 2004\193357, Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio,

SAP de Almería. Sentencia núm. 128/2005 de 31 mayo JUR 2005\225345, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael García Laraña,

SAP de Almería. Sentencia núm. 171/2005 de 8 julio JUR 2005\224737, Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta,

SAP de Almería. Sentencia núm. 238/2005 de 2 noviembre JUR 2006\129937, Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta,

SAP de Almería. Sentencia núm. 82/2006 de 8 mayo JUR 2006\271953, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad,

SAP de Almería. Sentencia núm. 218/2006 de 10 noviembre JUR 2007\182425, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón,

SAP de Asturias, Sentencia de 4 de noviembre 1993, AC\1993\2309, Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa,

SAP de Asturias, Sentencia núm. 329/1998 de 29 de junio, AC\1998\1202, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avelló Zapatero,

SAP de Asturias (Sección 1ª), Sentencia núm. 689/1998 de 22 de diciembre, AC/1998/8562, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 173/2001 de 26 marzo, AC 2001\641, Ponente: Julio Francisco Carbajo González,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 142/2001 de 21 marzo AC 2001\637, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 284/2001 de 25 mayo JUR 2001\214539, Ponente: Ilma. Sra. María José Pueyo Mateo,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 396/2001 de 18 julio JUR 2001\282032, Ponente: Ilma. Sra. María José Pueyo Mateo,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 481/2003 de 17 noviembre JUR 2003\277690, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 333/2003 de 31 julio JUR 2004\15503, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 39/2004 de 28 enero AC 2004\18, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avelló Zapatero,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 432/2005 de 13 diciembre AC 2005\2308, Ponente: Ilma. Sra. María Nuria Zamora Pérez,

SAP de Asturias. Sentencia núm. 279/2007 de 9 julio JUR 2007\342328, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz,

SAP de Ávila. Sentencia núm. 126/2001 de 20 abril JUR 2001\181388, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús García García,

SAP de Ávila. Sentencia núm. 109/2007 de 23 mayo JUR 2007\349982, Ponente: Ilma. Sra. María José Rodríguez Duplá,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 255/1998 de 21 mayo AC 1998\997, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado,

SAP de Badajoz (Sección 2ª), Sentencia núm. 322/1998 de 6 julio, AC\1998\1367, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Baliña Mediavilla,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 373/1998 de 10 septiembre AC 1998\1740, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Baliña Mediavilla,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 55/1999 de 5 febrero, AC 1999\3175, Ponente: Fernando Paumard Collado,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 19/2002 de 29 enero JUR 2002\74856, Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Madrigal Martínez Pereda,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 193/2002 de 13 julio AC 2003\303, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Rubio Sánchez,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 335/2004 de 10 noviembre JUR 2004\312751, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Herreros,

SAP de Badajoz. Sentencia núm. 96/2005 de 30 marzo JUR 2006\39181, Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Narváez Bermejo,

SAP de Baleares. Sentencia núm. 434/2005 de 13 octubre JUR 2005\278510, Ponente: Ilma. Sra. María Rosa Rigo Rosselló,

SAP de Baleares. Sentencia núm. 62/2006 de 9 febrero JUR 2006\84161, Ponente: Ilma. Sra. Catalina Mª Moragues Vidal,

SAP de Baleares. Sentencia núm. 75/2006 de 17 febrero JUR 2006\137788, Ponente: Ilma. Sra. María Rosa Rigo Rosselló,

SAP de Baleares. Sentencia núm. 555/2006 de 28 diciembre AC 2007\155, Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló,

SAP de Baleares. Sentencia núm. 294/2007 de 17 julio JUR 2007\317144,
Ponente: Illma. Sra. María Rosa Rigo Rosselló,

SAP de Barcelona. Sentencia de 23 abril 1997 AC 1997\851, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Agustín Ferrer Barriendos,

SAP de Barcelona. Sentencia de 6 abril 1998 AC 1998\4552, Ponente: Illma. Sra. María
Dolors Montolió Serra,

SAP de Barcelona. Sentencia de 28 abril 1998 AC 1998\4546, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Jordi Seguí Puntas,

SAP de Castellón. Sentencia núm. 230/1998 de 4 mayo AC 1998\960, Ponente: Ilmo.
Sr. D. José Alberto Maderuelo García,

SAP de Barcelona. Sentencia de 7 septiembre 1998 AC 1998\1853, Ponente: Illma. Sra.
María Nuria Zamora Pérez,

SAP de Barcelona. Sentencia de 4 noviembre 1999 AC 1999\8587, Ponente: Illma. Sra.
Laura Pérez de Lazarraga Villanueva,

SAP de Barcelona. Sentencia de 29 septiembre 2000 JUR 2001\41557, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Joan Cremadés Morant,

SAP de Barcelona (Sección 16ª), Sentencia de 29 de mayo 2001, AC/2001/1363,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino,

SAP de Barcelona. Sentencia de 17 diciembre 2001 JUR 2002\84388, Ponente: Illma.
Sra. Amelia Mateo Marco,

SAP de Barcelona. Sentencia de 9 mayo 2002 JUR 2002\269162, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Francisco Herrando Millán,

SAP de Barcelona. Sentencia de 15 mayo 2002 JUR 2002\269210, Ponente: Ilmo. Sr.
D. José Antonio Ballester Llopis,

SAP de Barcelona. Sentencia de 30 mayo 2002 AC 2002\1211, Ponente: Illma. Sra.
Inmaculada Zapata Camacho,

SAP de Barcelona. Sentencia de 21 octubre 2002. JUR 2003\105284,

SAP de Barcelona. Sentencia de 3 marzo 2004 JUR 2004\119162, Ponente: Illma. Sra.
Carmen Muñoz Juncosa,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 856/2004 de 29 noviembre AC 2004\2017,
Ponente: Illma. Sra. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 10/2005 de 26 enero JUR 2005\60104. Ponente:
Illma. Sra. Mª Asunción Claret Castany,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 246/2005 de 21 abril JUR 2005\122401,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Josep Llobet Aguado,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 351/2005 de 27 junio JUR 2005\180540, Ponente:
Ilma. Sra. Myriam Sambola Cabrer,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 604/2005 de 24 noviembre JUR 2006\24757,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Desconocido,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 725/2005 de 20 diciembre JUR 2006\85658,
Ponente: Ilma. Sra. Rosa M^a Agulló Berenguer,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 209/2006 de 30 marzo JUR 2006\254702,
Ponente: Ilma. Sra. Isabel Carriedo Mompín,

SAP de Barcelona. Sentencia de 27 septiembre 2006 AC 2006\1724, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Marta del Valle García,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 164/2007 de 13 marzo JUR 2007\244380,
Ponente: Ilma. Sra. Amelia Mateo Marco,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 162/2007 de 29 marzo JUR 2007\243752, Ponente:
Ilmo. Sr. D. Fernando Utrillas Carbonell,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 546/2007 de 12 noviembre. JUR 2008\31017,
Ponente: Ilmo. Sr. D José Luis Valdivieso Polaino,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 88/2008 de 20 febrero JUR 2008\130314,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau,

SAP de Barcelona. Sentencia núm. 422/2008 de 28 julio JUR 2008\314081,
Ponente: Ilma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho,

SAP de Barcelona (Sección 19^a), Sentencia núm. 19/2009 de 9 de enero, AC/2009/549,
Ponente: Ilma. Sra. Thea Espinosa Goedert,

SAP de Barcelona (Sección 11^a), Sentencia núm. 171/2009/394853, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Ramón Foncillas Sopena,

SAP de Barcelona (Sección 14^a), Sentencia núm. 678/2009 de 15 de octubre,
JUR/2009/489574, Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Vidal Martínez,

SAP de Burgos. Sentencia núm. 98/2003 de 13 febrero JUR 2003\122404,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildfonso Barcalá Fernández de Palencia,

SAP de Burgos. Sentencia núm. 359/2004 de 22 julio JUR 2004\265948,
Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina,

SAP de Burgos. Sentencia núm. 288/2007 de 5 julio JUR 2007\308325, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Juan Sancho Fraile,

SAP de Burgos. Sentencia núm. 300/2007 de 18 julio JUR 2007\317019, Ponente:Ilmo.
Sr. D. Juan Sancho Fraile,

SAP de Cáceres. Sentencia núm. 145/1997 de 26 junio AC 1997\1356, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Pedro Vicente Cano Maillo Rey,

SAP de Cáceres. Sentencia núm. 193/1999 de 22 junio. AC 1999\7724, Ponente: Ilmo.
Sr. D Salvador Castañeda Bocanegra,

SAP de Cáceres. Sentencia núm. 91/2002 de 18 abril AC 2002\1330, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Juan Francisco Bote Saavedra,

SAP de Cáceres. Sentencia de 21 junio 2002 JUR 2002\226109, Ponente: Ilmo. Sr. D.
César Tolosa Tribiño,

SAP de Cádiz. Sentencia núm. 297/2000 de 10 noviembre. JUR 2001\48567, Ponente:
Ilmo. Sr. D Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil,

SAP de Cádiz. Sentencia núm. 33/2006 de 15 marzo JUR 2006\231739, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Manuel Estrella Ruiz,

SAP de Cádiz. Sentencia núm. 233/2006 de 29 diciembre JUR 2007\161328,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Marín Fernández,

SAP de Cádiz (Sección 2ª), Sentencia núm. 241/2007 de 17 de septiembre,
JUR/2008/209258, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Marín Fernández,

SAP de Cádiz. Sentencia núm. 163/2008 de 28 abril JUR 2008\233850, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Antonio Marín Fernández,

SAP de Cantabria. Sentencia de 5 noviembre 1993, AC 1993\2307, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Francisco Martínez Cimiano,

SAP de Cantabria. Sentencia de 29 julio 1994. AC 1994\1187, Ponente: Ilmo. Sr. D
Julio Sáez Vélez,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 658/1997 de 24 diciembre AC 1997\2410, Ponente:
Ilmo. Sr. D. José Luis López del Moral Echeverría,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 77/1999 de 11 febrero AC 1999\3324, Ponente:
Javier de la Hoz de la Escalera,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 203/2000 de 7 abril JUR 2000\190759, Ponente:
Ilmo. Sr. D. Javier Talma Charles,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 173/2001 de 8 marzo, JUR 2001\185119, Ponente:
María José Arroyo García,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 379/2001 de 29 junio. JUR 2002\121708, Ponente:
Ilmo. Sr. D Julio Sáez Vélez,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 80/2002 de 8 febrero JUR 2002\135396, Ponente:
Ilmo. Sr. D. Julio Sáez Vélez,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 294/2002 de 19 junio JUR 2002\212110,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Finez Ratón,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 124/2004 de 19 marzo, JUR 2004\121177, Ponente:
José Luis López del Moral Echeverría,

SAP de Cantabria. Sentencia núm. 225/2005 de 20 junio JUR 2005\176100,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros,

SAP de Castellón, Sentencia de 13 julio 1993, AC\1993\1464, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Fernando Tintoré Loscos,

SAP de Castellón. Sentencia núm. 268/1999 de 1 julio AC 1999\1552, Ponente: Ilma.
Sra. Aurora de Diego González,

SAP de Castellón. Auto núm. 81/2004 de 4 marzo AC 2004\842, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Esteban Solaz Solaz,

SAP de Castellón. Sentencia núm. 160/2008 de 4 abril AC 2008\1344, Ponente: Ilmo.
Sr. D. José Manuel Marco Cos,

SAP de la Ciudad Real. Sentencia núm. 394/2001 de 26 noviembre JUR 2002\32632,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla,

SAP de Ciudad Real. Sentencia núm. 131/2002 de 19 abril JUR 2002\166717, Ponente:
Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 230/1997 de 2 julio AC 1997\1618, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 95/1998 de 26 marzo AC 1998\537, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Eduardo Baena Ruiz,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 201/1998 de 6 julio AC 1998\1588, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 29/2003 de 21 febrero AC 2003\808, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Eduardo Baena Ruiz,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 171/2005 de 26 julio AC 2005\1650, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Felipe Moreno Gómez,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 261/2005 de 14 diciembre JUR 2006\129509,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Martín Luna,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 26/2006 de 10 febrero JUR 2006\185672,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 510/2006 de 11 diciembre JUR 2007\344870,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Magaña Calle,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 12/2007 de 11 enero JUR 2008\140551,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 42/2007 de 21 febrero JUR 2007\174786,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Puebla Povedano,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 329/2007 de 18 septiembre JUR 2008\42241,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz,

SAP de Córdoba. Sentencia núm. 10/2008 de 18 enero JUR 2008\218211,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Moreno Gómez,

SAP de La Coruña (Sección 6ª). Sentencia núm. 371/2009 de 14 julio
JUR\2009\351402, Ponente: Ilma. Sra. Leonor Castro Calvo,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 624/1997 de 5 diciembre AC 1997\2550,
Ponente: Ilma. Sra. Mª del Carmen Vilariño López,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 513/2000 de 15 noviembre JUR 2001\69788,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Sánchez Jiménez,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 189/2004 de 29 julio JUR 2005\32723,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 356/2005 de 29 septiembre JUR 2006\13349,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Busto Lago,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 175/2006 de 25 abril JUR 2006\152372,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Sánchez Herrero,

SAP de la Coruña. Sentencia núm. 453/2006 de 29 diciembre JUR 2007\66737,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Gómez Rey,

SAP de la Coruña. Sentencia núm. 80/2007 de 16 marzo AC 2007\1077, Ponente: Ilmo.
Sr. D. José Ramón Sánchez Herrero,

SAP de La Coruña. Sentencia núm. 371/2009 de 14 julio. JUR 2009\351402, Ponente:
Ilma. Sra. Leonor Castro Calvo,

SAP de Cuenca. Sentencia núm. 97/1997 de 28 abril AC 1997\941, Ponente: Ilmo. Sr.
D. Mariano Muñoz Hernández,

SAP de Guadalajara. Sentencia núm. 60/1998 de 12 marzo AC 1998\3947,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez,

SAP de Girona. Sentencia núm. 419/2002 de 18 julio, AC 2002\1425, Ponente: Joaquim
Miquel Fernández Font,

SAP de Girona. Sentencia núm. 8/2004 de 14 enero JUR 2004\62936, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Masfarré Coll,

SAP de Girona (Sección 1ª), sentencia núm. 168/2009 de 2 de abril, JUR/2009/394946, Ponente: Ilma. Sra. Dª María Isabel Soler Navarro,

SAP de Granada. Sentencia núm. 150/2005 de 2 marzo, JUR 2005\135000, Ponente: José Requena Paredes,

SAP de Granada. Sentencia núm. 60/2007 de 9 febrero JUR 2007\175961. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt,

SAP de Granada (Sección 3ª), Sentencia núm. 334/2009 de 19 de julio, JUR/2009/479733, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes,

SAP de Guipúzcoa. Sentencia núm. 136/1998 de 3 abril AC 1998\6897, Ponente: Illma. Sra. Yolanda Domeño Nieto,

SAP de Guipúzcoa. Sentencia de 20 junio 2001. JUR 2001\305849, Ponente: Illma. Sra. Juana María Unanue Arratíbel,

SAP de Guipúzcoa. Sentencia núm. 2050/2005 de 3 febrero JUR 2005\97850, Ponente: Illma. Sra. Ane Maite Loyola Iriondo,

SAP de Guipúzcoa, Sentencia núm. 164/2005 de 13 mayo, JUR 2005\192314, Ponente: Illma. Sra. Begoña Argal Lara,

SAP de Guipúzcoa. Sentencia núm. 2279/2005 de 29 julio. JUR 2005\237254, Ponente: Illma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre,

SAP de Guipúzcoa. Sentencia núm. 2221/2007 de 29 junio JUR 2007\336961, Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy,

SAP de Huelva (Sección 1ª).Sentencia de 8 febrero 2002, AC\2002\866, Ponente: Ilma. Sra. Mercedes Izquierdo Beltrán,

SAP de Huelva. Sentencia núm. 159/2004 de 28 octubre, JUR 2005\58138, Ponente: Antonio Germán Ponton Praxedes,

SAP de Huelva. Sentencia núm. 200/2006 de 24 octubre JUR 2007\183284, Ponente: Ilmo. Sr. D. Florentino Gregorio Ruíz Yamuza,

SAP de Huelva. Sentencia núm. 205/2007 de 7 noviembre JUR 2008\94304, Ponente: Ilmo. Sr. D. Florentino Gregorio Ruíz Yamuza,

SAP de Huesca. Sentencia de 7 febrero 1994 AC 1994\225, Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma,

SAP de Huesca. Sentencia núm. 92/2005 de 31 marzo AC 2005\734, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Tomás García Castillo,

SAP de Huesca. Sentencia núm. 104/2008 de 12 mayo JUR 2008\339408,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig,

SAP de Islas Baleares, Sentencia de 4 mayo 1992, AC\1992\830, Ponente: Illma. Sra.
María Rosa Rigo Rosselló,

SAP de Islas Baleares, Sentencia núm. 96/2000 de 10 febrero AC 2001\2421, Ponente:
Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Cabrer Barbosa,

SAP de Islas Baleares. Sentencia núm. 130/2001 de 16 febrero JUR 2001\136930,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Cabrer Barbosa,

SAP de Islas Baleares (Sección 3ª), Sentencia núm. 341/2001 de 25 de junio,
JUR/2001/249565, Ponente: Ilma. Sr. Catalina Mª Moragues Vidal,

SAP de Islas Baleares. Sentencia núm. 69/2005 de 21 febrero JUR 2005\118262,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló,

SAP de Islas Baleares (Sección 3ª), Sentencia núm. 362/2008 de 4 noviembre,
JUR/2009/120457, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Munar Bernat,

SAP de Jaén. Sentencia núm. 84/1998 de 13 marzo AC 1998\663, Ponente: Illma. Sra.
María Lourdes Molina Romero,

SAP de Jaén (Sección 2ª), Sentencia núm. 73/2001 de 31 de enero, AC\2001\199,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez,

SAP de Jaén (Sección 1ª). Sentencia núm. 51/2001 de 2 febrero, AC\2001\1159,
Ponente: Ilma. Sra. María Lourdes Molina Romero,

SAP de Jaén (Sección 2ª), Sentencia núm. 522/2001 de 9 julio, JUR\2001\268756,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez,

SAP de León. Sentencia de 15 diciembre 1994 AC 1994\2131, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Juan Francisco García Sánchez,

SAP de León. Sentencia núm. 313/1998 de 22 octubre AC 1998\2023, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Juan Francisco García Sánchez,

SAP de León. Sentencia núm. 226/2005 de 21 septiembre, JUR 2005\223847, Ponente:
Antonio Muñoz Díez,

SAP de Lleida, Sentencia de 6 de abril, AC/1995/1125, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio
Angós Ullate,

SAP de Lleida (Sección 2ª), Sentencia núm. 142/1999 de 16 de marzo, AC/1999/574,
Ponente: Ilma. Sra. Mónica Cespedes Cano,

SAP de Lleida. Sentencia núm. 341/1999 de 9 junio, AC 1999\1078, Ponente: Miguel
Gil Martín,

SAP de Lleida. Sentencia núm. 353/1999 de 16 junio. AC 1999\1176, Ponente: Illmo. Sr. D Pedro Gómez Sánchez,

SAP de Lleida (Sección 2ª), Sentencia núm. 66/2001 de 8 de febrero, AC/2001/450, Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda,

SAP de Lleida. Sentencia núm. 502/2001 de 14 noviembre JUR 2002\20687, Ponente: Illma. Sra. Mª del Rocío Palá Laguna,

SAP de Lleida. Sentencia núm. 76/2003 de 10 febrero JUR 2003\76332, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antoni Vaquer Aloy,

SAP de Lleida. Sentencia núm. 266/2004 de 14 julio JUR 2004\293605, Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Pocino Moga,

SAP de Lugo. Sentencia de 9 noviembre 1994 AC 1994\2492, Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Neira Medin,

SAP de Lugo. Sentencia núm. 92/1996 de 13 febrero AC 1996\553, Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos,

SAP de Lugo Sentencia núm. 141/1998 de 25 febrero, AC 1998\3220, Ponente: Ilmo. Sr. D. Remigio Conde Salgado,

SAP de Lugo. Sentencia núm. 614/1998 de 11 septiembre AC 1998\1838, Ponente: Illma. Sra. Ana Díaz Pérez,

SAP de Madrid. Sentencia de 20 diciembre 1993 AC 1993\2509, Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Gil Sáez,

SAP de Madrid de 31-03-1998, Ar. C. 1998, 5137,

SAP de Madrid. Sentencia de 20 noviembre 2000 AC 2001\168, Ponente: Illma. Sra. Amparo Camazón Linacero,

SAP de Madrid. Sentencia de 23 junio 2001 JUR 2001\249462, Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Vicente Illescas Rus,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 148/2002 de 19 febrero JUR 2002\149033, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo,

SAP de Madrid. Sentencia de 29 abril 2002, AC 2003\126, Ponente: Amparo Camazón Linacero,

SAP de Madrid, Sentencia núm. 71/2003 de 23 octubre JUR 2004\252700, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 419/2004 de 17 marzo JUR 2004\229788. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 234/2004 de 15 abril AC 2004\1171, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Durán Berrocal,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 514/2004 de 5 julio JUR 2004\299416, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 69/2005 de 3 febrero. JUR 2005\110058, Ponente: Ilmo. Sr. D José Luis Zarco Olivo,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 115/2005 de 18 marzo JUR 2005\107586, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 139/2005 de 21 marzo JUR 2005\107495, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez,

SAP de Madrid (Sección 14ª).Sentencia núm. 254/2005 de 7 abril, JUR\2005\106656, Ponente: Ilmo. Sr. D. Amparo Camazón Linacero,

SAP Madrid, Sentencia núm. 461/2004 de 5 mayo. AC 2004\1834, Ponente: Illmo. Sr. D Pablo Quecedo Aracil,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 346/2005 de 20 junio JUR 2005\173118, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Alvarez Valdés,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 427/2005 de 13 septiembre JUR 2005\219880, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 82/2006 de 23 enero JUR 2006\120705, Ponente: Illma. Sra. Ana María Olalla Camarero,

SAP de Madrid (Sección 10ª), Sentencia núm. 397/2006 de 12 de junio, AC/2006/1996, Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 558/2006 de 29 septiembre JUR 2006\268468, Ponente: Illma. Sra. Ana María Olalla Camarero,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 641/2006 de 11 octubre AC 2007\53, Ponente: Illma. Sra. María Jesús Alía Ramos,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 268/2007 de 17 abril AC 2007\1131, Ponente: Illma. Sra. Paloma García de Ceca,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 315/2007 de 17 mayo AC 2007\1661, Ponente: Illma. Sra. María Jesús Alía Ramos,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 260/2007 de 25 mayo JUR 2007\260424, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés,

SAP de Madrid. Sentencia núm. 363/2007 de 3 julio JUR 2007\308798, Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Luis Sobrino Blanco,

SAP de Madrid (Sección 21ª), Sentencia núm. 499/2007 de 23 de octubre, AC/2007/2349, Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripoll Olazábal,

SAP de Madrid (Sección 20ª), Sentencia núm. 195/2009 de 20 de marzo. AC/2009/917, Ponente: Ilma. Sra. Purificación Martínez Montero de Espinosa,

SAP de Málaga de 07-03-1995, A.C. 1995, núm. 19, 1630,

SAP de Málaga. Sentencia núm. 580/1999 de 19 julio AC 1999\6965, Ponente: Illma. Sra. Soledad Jurado Rodríguez,

SAP de Málaga. Sentencia núm. 535/2006 de 25 octubre AC 2007\1042, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Torres Vela,

SAP de Málaga. Sentencia núm. 303/2011 de 1 junio JUR 2011\340455, Ponente: Ilmo. Sr. D. Alejandro Martín Delgado,

SAP de Murcia. Sentencia núm. 206/2002 de 19 septiembre. AC 2002\1577, Ponente: Illmo. Sr. D Juan Martínez Pérez,

SAP de Murcia. Sentencia núm. 13/2005 de 21 enero AC 2005\2191, Ponente: Illma. Sra. María Jover Carrión,

SAP de Murcia. Sentencia núm. 54/2005 de 23 febrero, JUR 2005\76527, Ponente: Carlos Moreno Millán,

SAP de Murcia. Sentencia núm. 33/2006 de 27 enero JUR 2006\89733, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán,

SAP de Navarra. Sentencia de 24 marzo 1995 AC 1995\430, Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Otero Pedrouzo,

SAP de Navarra. Sentencia núm. 155/2000 de 26 junio AC 2001\2585, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez,

SAP de Navarra. Sentencia núm. 223/2003 de 22 septiembre JUR 2004\112848, Ponente: Ilmo. Sr. D. Aurelio Vila Duplá,

SAP de Ourense. Sentencia de 28 septiembre 2006 AC 2007\433, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Cid Manzano,

SAP de Ourense. Sentencia de 29 mayo 2007 JUR 2007\268653, Ponente: Illma. Sra. Josefa Otero Seivane,

SAP de Ourense (Sección 1ª), Sentencia de 28 de junio 2007, AC/2007/1974, Ponente: Ilma. Sra. Josefa Otero Seivane,

SAP de Ourense. Sentencia de 10 octubre 2007 JUR 2008\79131, Ponente: Illma. Sra. Josefa Otero Seivane,

SAP de Ourense. Sentencia núm. 145/2008 de 24 abril AC 2008\1658, Ponente: Illma. Sra. Josefa Otero Seivane,

SAP de Palencia. Sentencia núm. 268/2005 de 2 noviembre AC 2006\105, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Muñiz Delgado,

SAP de Palencia, Sentencia núm. 253/2006 de 27 septiembre JUR 2006\286739, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Muñiz Delgado,

SAP de Palencia. Sentencia núm. 369/2006 de 28 diciembre JUR 2007\255446, Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José,

SAP de Palencia. Sentencia núm. 78/2007 de 29 marzo JUR 2007\282246, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gómez Tomillo,

SAP de Las Palmas. Sentencia núm. 351/2000 de 6 octubre JUR 2001\21443, Ponente: Illma. Sra. María Pilar Oliván Lacasta,

SAP de Las Palmas. Sentencia núm. 215/2001 de 22 marzo JUR 2001\170616, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana,

SAP de las Palmas. Sentencia núm. 749/2004 de 2 diciembre JUR 2005\45927. Ponente: Illma. Sra. Emma Galcerán Solsona,

SAP de Pontevedra. Sentencia de 21 julio 1994 AC 1994\1189, Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez,

SAP de Pontevedra, (Sección 5ª), Sentencia núm. 85/2000 de 7 de marzo, AC 2000, 728, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ferrer González,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 329/2000 de 2 octubre JUR 2001\20047, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ferrer González,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 23/2003 de 20 enero AC 2003\148, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 91/2003 de 13 marzo AC 2003\448, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 422/2006 de 13 julio JUR 2006\224934, Ponente: Illma. Sra. María Begoña Rodríguez González,

SAP de Pontevedra (Sección)3ª, Sentencia núm. 115/2008 de 12 marzo JUR/2008/164516, Ponente: Francisco Javier Romero Costas,

SAP de Pontevedra, (Sección 1ª), Sentencia núm. 266/2008 de 24 de abril, JUR/2008/323053, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez,

SAP de Pontevedra (Sección 6ª), Sentencia núm. 325/2009 de 18 de junio, JUR/2009/309756, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal,

SAP de Las Palmas. Sentencia núm. 229/2004 de 12 abril JUR 2004\153039,
Ponente: Illma. Sra. Carolina Mesa Marrero,

SAP de Las Palmas. Sentencia núm. 90/2006 de 24 febrero JUR 2006\137690,
Ponente: Illma. Sra. Rosalía Fernández Alaya,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 209/2007 de 17 abril JUR 2007\262516,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 264/2008 de 24 abril JUR 2008\287901,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 276/2008 de 30 abril JUR 2008\303720,
Ponente: Illma. Sra. María Begoña Rodríguez González,

SAP de Pontevedra. Sentencia núm. 302/2008 de 8 mayo JUR 2008\287766,
Ponente: Illma. Sra. María Begoña Rodríguez González,

SAP de La Rioja. Sentencia núm. 193/2006 de 13 junio AC 2006\1007, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Luis Miguel Rodríguez Fernández,

SAP de Salamanca. Sentencia núm. 164/2000 de 15 marzo AC 2000\1367,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Marino Borrego,

SAP de Salamanca. Sentencia núm. 283/2006 de 5 junio JUR 2006\270670, Ponente:
lmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo,

SAP de Salamanca. Sentencia núm. 228/2007 de 14 junio JUR 2007\268251,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Pérez Serna,

SAP de Salamanca. Sentencia núm. 170/2008 de 10 junio JUR 2008\338611,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Pérez Serna,

SAP de Santa Cruz de Tenerife. Sentencia núm. 704/2000 de 23 septiembre JUR
2001\18469, Ponente: Illma. Sra. Pilar Aragón Ramírez,

SAP de Santa Cruz de Tenerife. Sentencia núm. 175/2002 de 15 abril JUR
2002\183953, Ponente: Ilmo. Sr. D. Roberto Roldán Verdejo,

SAP de Santa Cruz de Tenerife. Sentencia núm. 276/2002 de 19 abril AC 2002\898,
Ponente: Illma. Sra. Macarena González Delgado,

SAP de Santa Cruz de Tenerife. Sentencia núm. 103/2006 de 15 marzo JUR
2006\153965, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres,

SAP de Santa Cruz de Tenerife. Sentencia núm. 411/2009 de 23 octubre, JUR
2010\79006, Ponente: Concepción Macarena González Delgado,

SAP de Segovia. Sentencia núm. 182/1993 de 18 de abril de 1994, AC 1994\579,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar,

SAP de Segovia. Sentencia núm. 291/2000 de 29 noviembre, JUR 2001\32727,
Ponente: M^a José Villalain Ruiz,

SAP de Segovia. Sentencia núm. 15/2003 de 28 febrero, AC 2003\337, Ponente: Andrés
Palomo del Arco,

SAP de Segovia. Sentencia núm. 106/2006 de 6 junio JUR 2006\226361, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Ignacio Pando Echevarría,

SAP de Sevilla de 26-02-1982, *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales*,
982, 273, pág. 167,

SAP de Sevilla, Sentencia de 21 de diciembre, AC/1994/2134, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Manuel Damián Álvarez García,

SAP de. Sevilla Sentencia de 4 julio 1995, AC 1995\1324, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro
Márquez Romero,

SAP de Sevilla (Sección 5^a), Sentencia de 9 de julio, AC/1997/1558, Ponente: Ilma. Sra.
María Paz Malpica Soto,

SAP de Sevilla. Sentencia de 5 octubre 2001 JUR 2002\79812, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Conrado Gallardo Correa,

SAP de Sevilla. Sentencia núm. 430/2003 de 11 julio JUR 2003\219316, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Víctor Nieto Matas,

SAP de Sevilla (Sección 5^a), Sentencia núm. 441/2005 de 29 septiembre, AC\2006\136,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua,

SAP de Sevilla. Sentencia núm. 107/2008 de 13 marzo JUR 2008\378579,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Carlos Ruíz de Velasco Linares,

SAP de Soria. Sentencia de 24 mayo 1995 AC 1995\930, Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel
Ángel de la Torre Aparicio,

SAP de Tarragona. Sentencia núm. 348/2004 de 13 octubre AC 2004\2009,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Sergio Nasarre Aznar,

SAP de Tarragona. Sentencia núm. 377/2004 de 8 noviembre JUR 2005\36334,
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Portugal Sainz,

SAP de Tarragona. Sentencia núm. 204/2005 de 26 enero AC 2005\846, Ponente: Ilmo.
Sr. D. Agustín Vigo Morancho,

SAP de Tarragona. Sentencia de 7 julio 2006 JUR 2007\64022, Ponente: Illma. Sra.
María de los Desamparados Cerdá Miralles,

SAP de Tarragona. Sentencia núm. 59/2008 de 28 febrero JUR 2008\144040,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Sergio Nasarre Aznar,

SAP de Tarragona. Sentencia núm. 57/2010 de 1 febrero AC 2010\381, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan,

SAP de Teruel. Sentencia de 4 febrero 1992, AC 1992\219, Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña,

SAP de Teruel. Sentencia de 4 octubre 1993 AC 1993\2020, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Hernández Alegre,

SAP de Teruel. Sentencia núm. 65/2000 de 15 abril AC 2000\832, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández,

SAP de Toledo. Sentencia de 21 septiembre 1992 AC 1992\1173, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Quesada Varea,

SAP de Toledo de 07-03-1995 A.C., 1995, núm. 15, 1257, pág. 1880,

SAP de Toledo. Sentencia núm. 244/1996 de 11 julio, AC 1996\1516, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Marín López,

SAP de Toledo. Sentencia de 24 de julio 1996. Rollo de Apelación núm. 46/1996. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luís Quesada Varea, *Ar. Civ.* 1529, pp. 1110-1114,

SAP de Toledo. Sentencia núm. 34/1998 de 9 febrero AC 1998\336, Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo,

SAP de Toledo. Sentencia núm. 100/2000 de 16 marzo AC 2000\959, Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo,

SAP de Toledo. Sentencia núm. 24/2003 de 27 enero. JUR 2003\45651, Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo,

SAP de Toledo. Sentencia núm. 211/2006 de 16 julio JUR 2006\205397, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 434/1999 de 30 abril. AC 1999\4929, Ponente: Ilma. Sra. M^a Angeles Belenguer Semper,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 537/2002 de 17 septiembre AC 2002\1658, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Martínez Fernández,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 731/2003 de 19 diciembre JUR 2004\164609, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 591/2004 de 2 noviembre JUR 2005\31112, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Lahoz Rodrigo,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 102/2007 de 26 febrero JUR 2007\274249, Ponente: Ilma. Sra. Carmen Brines Tarraso,

SAP de Valencia (Sección 7ª), Sentencia núm. 118/2008 de 29 febrero, JUR/2008/153496, Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga,

SAP de Valencia. Sentencia núm. 222/2008 de 23 abril JUR 2008\187567, Ponente: Ilmo. Sr. D. María Amparo Ivars Marín,

SAP de Valencia (Sección 8ª), Sentencia núm. 338/2008 de 3 junio, JUR\2008\274344, Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus,

SAP de Valencia (Sección 7ª), Sentencia núm. 156/2009 de 27 de marzo, AC/2009/985, Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 798/2000 de 20 noviembre JUR 2001\92787, Ponente: Ilmo. Sr. D. Desconocido,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 155/2001 de 9 febrero AC 2002\104, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Barbancho Tovillas,

SAP de Vizcaya (Sección 5ª), Sentencia núm. 186/2001 de 21 febrero, AC\2001\285, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Luis García Muñoz,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 155/2004 de 23 marzo AC 2004\1847, Ponente: Ilma. Sra. Leonor Angeles Cuenca García,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 77/2006 de 14 febrero JUR 2006\156805, Ponente: Ilma. Sra. Magdalena García Larragán,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 328/2006 de 10 mayo AC 2007\395, Ponente: Ilma. Sra. María Concepción Marco Cacho,

SAP de Vizcaya. Sentencia núm. 38/2007 de 25 enero JUR 2007\121707, Ponente: Ilma. Sra. Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez,

SAP de Vizcaya, núm. 128/2009 de 30 de marzo, JUR/2009/322003, Ponente: Ilma. Sra. Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez,

SAP de Vizcaya (Sección 4ª).Sentencia núm. 510/2009 de 2 julio, AC\2009\2188, Ponente: Ilma. Sra. Ana Belén Iracheta Undagoitia,

SAP de Valladolid. Sentencia de 15 noviembre 1994 AC 1994\2035, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal,

SAP de Valladolid. Sentencia núm. 323/2007 de 4 octubre JUR 2008\13739, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio San Millán Martín,

SAP de Zamora. Sentencia núm. 43/2007 de 27 febrero JUR 2007\238703, Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo,

SAP de Zamora. Sentencia núm. 104/2007 de 10 mayo JUR 2007\288927, Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo,

SAP de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia núm. 288/1998 de 4 mayo, AC\1998\5804,
Ponente: Ilmo. Sr D. Pedro Antonio Pérez García,
SAP de Zaragoza. Sentencia núm. 558/2001 de 24 septiembre. JUR 2001\291987,
Ponente: Illma. Sra. Sara Arriero Espes,
SAP de Zaragoza. Sentencia de 8 octubre 2001 JUR 2001\329663, Ponente: Ilmo. Sr. D.
Julián Carlos Arqué Bescós,
SAP de Zaragoza. Sentencia núm. 84/2004 de 10 febrero JUR 2004\92259,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver,
SAP de Zaragoza. Sentencia núm. 475/2004 de 16 septiembre JUR 2004\262357,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez,
SAP de Zaragoza. Sentencia núm. 542/2004 de 11 octubre JUR 2004\298313,
Ponente: Illma. Sra. Mª Elia Mata Albert,
SAP de Zaragoza (Sección 4ª), Sentencia núm. 40/2008 de 30 enero, JUR\2008\174645,
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez,

2. OTROS PAÍSES

Alemania

BGHZ 5, 378;

OLG Hamm. 26 Oct. 1981

OLG Munich 2 Feb. 1993, VersR 1994,

BGH NJW 1991, 921 (30.10.1990),

BGH NJW 1990, 905 (21.11.1990),

BGHZ 49, 350,

BGH [1965] NJW, 1757,

BGH [1959], VersR, 645,

BGHZ 33, 247,

BGH [1983] VersR, 891,

BGH NJW 1976, 712,

BGH, 25.01.1971, BGHZ 55, 229,

RG, 11.04.1935, RGZ 147, 353 con la nota de Weimar, JW 1935, 2198,

BGH 26.11.1968, BGHZ 51, 91,
RG, 14.03.1927, RGZ 116, 286,
BGH, 25.01.1971, BGHZ 55, 229,
BGH, 09.01.1959, BGHZ 29, 163,
BGH (1985) NJW 1950,
OLG Karlsruhe (1984) DAR 19,
OLG Köln (1980), *VersR*, 338,
OLG Hamm (1993), *VersR*, 711,

Austria

OGH 28 Mar. 1973, SZ 46/36,
OGH, 10.09.1947, 1 Ob 500/47, 21 SZ 46,
OGH, 16.08.1949, 2 Ob 155/49, 22 SZ 110,
OGH, 05.03.1958, 2 Ob 540/57, BKA/RIS,
OGH, 02.04.1952, 2 Ob 255/52, 25 SZ 84,
OGH, 18.03.1953, 2 Ob 944/52 en JBl 1953, 487 y 2 Ob 972/52 en SZ 26/75,
OGH, 04.04.1956, JBl 1956, 527= RiZ 1956, 125,
OGH 28.03.1973, ÖJZ 1973, 395, EvBl Nr. 175=JBl 1974, 199,
OGH, 06.05.1954, 1 Ob 27/54,
OGH, 24.10.1956, ÖJZ 1960, 547 EvBl Nr. 318=ZVR 1957, 169 Nr. 178,
OGH, 2 Ob 318/55,
OGH, 6 Ob 60/58,
OGH, 19.03.1952, SZ 25/68=ÖJZ 1952, 327 EvBl Nr. 211,
OGH, 04.04.1956, RiZ 1956, 125=JBl 1956, 527,
OGH, 13.01.1960, SZ 33/5=ÖJZ 1960, 152 EvBl Nr.83=JBl 1960, 300,
OGH, 14.04.1966, SZ 39/69=JBl 1966, 568= RiZ 1966, 184= ZVR 1967, 136 Nr. 130
con la nota crítica de PICHLER, ZVR 1969, 61,
OGH, 27.06.1968, SZ 41/84,

Francia

Cass. civ 2.11. 1911, D., 1913, 1, 249,
Cass. civ 1^{ère}, 27.02. 1951, *Branly, D. 1951*, 329,

Cass. civ. 2e, 23.12.1969, JCP 1970, IV, 242,
Cass. civ. 2e, 26.11.1980, D. 1981. IR. 276,
Cass. civ. 2e, 04.05.1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 261, obs. Chabas,
Cass. civ. 2e 18.01.1963, JCP 1963, II.13316, comm. Blaevoët,
Cass. civ. 2e 9.07.1975, D. 1975, IR. 215, JCP 1977. II. 18544, comm.. Mourgeon (1 re esp.),
Cour de Cass. 28.02.1990, D. 1991,
Cour de Cass. 08.05.1968, Sem. Jur. 1968 II, Nr. 15595,
Cour de Cass. 17.12.1974, 2, D., 1975, jur., pág. 441,
Cour de Cass. 17.12.1974, Bull. Civ., 1974 II, nr. 335,
Cour de Cass. 20.07.1988, Resp. Civ. et assur. 1988, pág. 49,

Holanda

HR de 28 de febrero de 1992, NJ (1993), 566, nota CJHB (IZA/Vrerink),
HR de 2 de Junio de 1995, NJ (1997), 700, nota CJHB (Marloes de Vos),
HR de 17 de noviembre de 2000, NJ (2001), 260, nota CJHB (FBTO/Delta Lloyd),
HR de 16 de febrero de 1996, NJ (1996), 393, VR (1996), 195 (Plomp/Ketelaar),
HR de 22 de mayo de 1992, NJ (1992), 527 (ABP/Winterthur),
HR de 24 de diciembre de 1982, NJ (1983), 443, VR (1983), 40 (Wijman/Corten),

Italia

Cass. 14 de oct. 1992, n.11207, *Giust. civ. Mass.*, 1992, n.11207,

Suiza

U.-L. v. SNG de 24 de abril de 1998, *Semaine Judiciaire (SemJud)*, 1999, 11,
BG 08.06.1976, BGE 102, II,

Reino Unido

Balfour v. Barty-King [1957] 1 ALL ER 156,
Bamford v. Turley (1862) 3 Best and Smith Reports (B&S) 62, 122 ER 25,
Bower v. Peate [1876], 1 Q.B.D. 321,
Brand v. Hammersmith and City Railway Co. (1867) LR 2 QB 223,
British Celanese v. Hunt [1969] 1 WLR 959,

Brook v. Bool [1928] 2 KB 578,
Byrne v. Boadle, (1863) 159 Eng. Rep. 299 (Exch.),
Cambridge Water Co. v. Eastern Leather plc [1994] 2 WLR 53,
Colour Quest Ltd and others v Total Downstream UK plc and others [2009] EWHC 540
(Comm),
Donoghue v. Stevenson 1932 SC(HL) 31,
E Hobbs (Farms) Limited v. The Baxenden Chemical Co Limited [1992] 1 LIL Rep 54,
Fisher v. Ruislip-Northwood Urban District Council and Middlesex Country Council
[1945] KB 584,
Fletcher v. Rylands, 1 L.R.-Ex. 265, (Ex.Ch.1866),
Flower v. Lanning [1959] 1 Q.B. 426,
García v. Estate of Norton 183 Cal.App.3d 413 (1986),
Goldman v. Hargrave [1967] AC 645 (PC),
Hale v. Jennings Bros [1938] 1 All ER 579,
Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd [1964] AC 465,
Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] AC 53,
Honeywill v. Larkin Bros [1934] 1 KB 191,
Hughes v. Lord Advocate [1963] 1 All ER 705,
Hunter v. Canary Wharf Ltd. [1997] AC 655,
Johnson v B J W Property [2002] 3 ALL ER 574,
Kelly v Metropolitan Rly Co. [1895] 1 QB 944,
Leakey v. National Trust for Places of Historic Interest or National Beauty [1980] 1 QB
485 (CA),
LMS International Ltd v. Styrene Packing and Insulation Ltd [2005] EWHC 2065,
Marcic v. Thames Water Utilities Limited [2002] EWCA Civ 64; [2003] UKHL 66,
Mason v Levy Auto Parts of England [1967] 2 QB 530,
Miles v. Forest Rock Granite (1918) 34 TLR 500 (CA),
Morrison v. Sheffield Corporation [1917] 2 KB 866,
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. V. Miller Steamship Co. Pty. (The Wagon Mound (No.2))
[1967] 1 A.C. 617,
Perry v. Kendricks Transport Ltd [1956] 1 All ER,
Read v. J. Lyons & Co. [1945] KB 216,
Read v. Lyons & Co., Ltd. [1947] A. C. 156,
Re-Source American International Ltd v. Platt Service Ltd [2003] EWHC 1142 (TCC),

Rickards v. Lothian [1913] AC 263,
Ross v. Fedden (1872) 26 LT 966,
Ryeford Homes v Sevenoaks District Council [1898] Con LR 75,
Rylands v. Fletcher, 3 L.R.-E. & I. App. 330, (H.L. 1868)³⁴²⁴,
Sheppard v. Glossop Corporation [1921] 3 KB 132,
Shiffman v. Order of St John [1936] 1 All ER 557,
Smith v Littlewoods [1987] AC 241,
Stovin v Wise [1996] 3 All ER 801,
Tenant v. Goldwin (1794) 2 Ld Raym 1089,
The Pass of Ballater [1942] P 112,
Transco plc v. Stockport Metropolitan Borough Council [2003] UKHL 671,
Ward v. Tesco [1976] 1 WLR 810,
Wheat v. Lacon [1966] 1 QB 355,
White v. Jones [1995] 2 AC 207,
Wright v. Lodge [1993] 4 All ER 299,

Estados Unidos

Ahrens v. Superior Ct., 243 Cal. Rptr. 420 (Ct. App. 1988),
Ainsworth v. Lakin, 62 N.E. 746 (Mass. 1902),
Albig v. Municipal Auth., 502 A.2d 658 (Pa. Super. Ct. 1985),
Amcast Ind. Corp. v. Detrex Corp., 779 F. Supp. 1519 (N.D. Ind. 1991), aff'd, 2 F.3d 746
(7th Cir. 1993),
Apodaca v. AAA Gas Co., 134 N.M. 77, 2003 -NMCA- 085, 73 P.3d 215 (Ct. App.
2003),
Arlington Forest Assoc. v. Exxon Corp., 774 F. Supp. 387 (E.D. Va. 1991),
Balding v. Stutsman, 54 Cal. Rptr. 717 (Ct. App. 1966),
Bella v. Aurora Air, Inc., 566 P.2d 489 (Or. 1977),
Bennett v. Larsen Co., 348 N.W.2d 540 (Wis. 1984),
Bennett v. Mallinckrodt, Inc., 698 S.W.2d 854 (Mo. Ct. App. 1985),
Biniek v. Exxon Mobil Corp., 358 N.J. Super. 587, 818 A.2d 330 (Law Div. 2002),

³⁴²⁴ See the reprint in Edwin Tyrrell HULSTON/ Francis Joseph COLTMAN, *English Reports, Full Reprint* (1220-1865), vol. 159- Exchequer, p. 737-748.

Bolivar v. R & H Oil & Gas Co., 789 F. Supp. 1374 (S.D. Miss. 1991),
Boroughs v. Joiner 337 So. 2d 340 de la Corte Suprema de Alabama,
Boyd v. White 276 P. 2d 92 (Cal. 1954),
Boyle v. United Technologies Corp. 487 U.S. 500 (1988),
Branch v. Western Petroleum, 657 P.2d 267 (Utah 1982),
Branch v. Western Petroleum, Inc., 657 P.2d 267, 273 (Utah 1982),
Brigham v. Moon Lake Elec. Ass'n, 470 P.2d 393 (Utah 1970),
Britton v. Harrison Constr. Co., 87 F. Supp. 405 (S.D.W.Va.1948) (federal law),
Brown v. Collins,(1873) 53 N.H. 442,
Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850),
Bunyak v. Clyde J. Yancy & Sons Dairy, Inc., 438 So. 2d 891 (Fla. Ct. App. 1983),
Burkett v. Freedom Arms, Inc., 704 P.2d 118 (Or. 1985),
Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co., 697 N.E.2d 802 (Ill. App. Ct. 1998),
Cahill v. Eastman, 18 Minn. 324 (1872),
Caveny v. Raven Arms Co., 665 F. Supp. 530 (S.D. Ohio 1987),
Cities Serv. Co. v. State, 312 So. 2d 799 (Fla. Ct. App. 1975),
City of Bloomington v. Westinghouse Elec. Corp., 891 F.2d 611 (7th Cir. 1989),
City of North Glenn v. Chevron U.S.A. Inc., 519 F. Supp. 515 (D. Colo. 1981),
Clark-Aiken Co. v. Cromwell-Wright Co., 323 N.E.2d 876 (Mass. 1975),
Clay v. Missouri Highway & Transp. Comm'n, 951 S.W.2d 617, 623 (Mo. Ct. App. 1997),
Continental Building Corp. v. Union Oil Co., 504 N.E.2d 787 (Ill. App. Ct. 1987),
Copier v. Smith & Wesson Corp., 138 F.3d 833 (10th Cir. 1998),
Cordova v. Parrett, 703 P.2d 1228 (Ariz. Ct. App. 1985),
Correa v. Curbey, 605 P.2d 458 (Ariz. Ct. App. 1979),
Crist v. Civil Air Patrol, 278 N.Y.S. 430 (Sup. Ct. Sp. T. 1967),
Crosby v. Cox Aircraft Co., 746 P.2d 1198 (Wash. 1987),
Curran v. Massachusetts Turnpike Auth., 1994 Mass. Super. LEXIS 546 (1994),
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc, 509 U.S. 579 (1993),
Davis Bros., Inc. v. Thornton Oil Co., 12 F. Supp. 2d 1333 (M.D. Ga. 1998),
Davis v. L&W. Constr. Co., 176 N.W. 2d 223, (Iowa 1970),
Davis v. Rich, 62 N.E. 375, 377 (Mass. 1902),
Diffenderfer v. Staner, 722 A.2d 1103 (Pa. Super. Ct. 1998),
Doe v. Johnson, 817 F. Supp. 1382 (W.D. Mich. 1993),

Dominick's Finer Foods, Inc. v. Amoco Oil Co., 1993 WL 524808 (M.D. Ill. 1993),
Donegal Mut. Ins. V. White Consol. Indus. 852 N.E. 2d 215,
Dow Chemical Co. v. Ebling, 723 N.E.2d 881 (Ind. Ct. App. 2000), IN RAP 58(A), 741
N.E.2d 1249 (Ind. 2000), 753 N.E.2d 633 (Ind. 2001),
Dudley v. Baltimore Gas & Elec. Co., 632 A.2d 492 (Md. Ct. Spec. App. 1993),
Dye v. Burdick, 553 S.W.2d 833 (Ark. 1977),
Escola v Coca Cola Bottling Co, of Fresno 150 P.2d 436 (Cal. 1944),
E.S. Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co., 912 F. Supp. 1476 (N.D. Ala. 1995),
Edwards v. Post Transp. Co., 279 Cal. Rptr. 231, (Ct. App. 1991),
Elwood v. Bolte, 403 A.2d 869 (N.H. 1979),
Erbrich Products Co., Inc. v. Wills, 509 N.E.2d 850 (Ind. Ct. App. 1st Dist. 1987),
Ergon Inc. v. Amoco Oil Co., 966 F. Supp. 577 (W.D. Tenn. 1997),
Evans v. Mutual Mining, 485 S.E.2d 695, 700 (W. Va. 1997),
Farm Fire & Cas. Co. v. Municipality of Anchorage, 788 P.2d 726 (Alaska 1990),
First National Bank v. Nor-Am Agric. Prod., Inc., 537 P.2d 682 (N.M. Ct. App. 1975),
Fleege v. Cimpl, 305 N.W.2d 409 (S.D. 1981),
Fortier v. Flambeau Plastics Co., 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991),
Foster v. City of Keyser, 501 S.E.2d 165 (W. Va. 1997),
Frye v. United States, 293 F. 1013 C.Cir. 1923,
Gaffiney's Estate, 23 A. 163 (Pa. 1892),
Garcia v. Estate of Norton, 228 Cal. Rptr. 108 (Ct. App. 1986),
German v. Federal Home Loan Mortgage Corp., 885 F. Supp. 537 (S.D.N.Y. 1995),
Gillespies v. Great Atl. & Pac. Tea Co. 187 S.E. 2d 441,
Goldhirsch v. Majewski, 87 F. Supp. 2d 272 (S.D.N.Y. 2000),
Goldhirsch v. Majewski, 87 F. Supp. 2d 272 (S.D.N.Y. 2000),
Green v. Ensign-Bickford Co., 25 Conn. App. 479, 595 A.2d 1383 (1991),
Greene v. Prod. Mfg. Corp., 842 F. Supp. 1321, 1326 (D. Kan. 1993),
Grube v. Daun, 570 N.W.2d 851 (Wis. 1997),
Hagen v. Texaco Ref. & Mktg., Inc., 526 N.W.2d 531 (Iowa 1995),
Hahn v. Chevron, U.S.A., Inc., 1995 WL 396213 (6th Cir. 1995),
Hamilton v. Accu-tek, 935 F. Supp. 1307 (E.D.N.Y. 1996),
Harper v. Regency Dev. Co., 399 So. 2d 248 (Ala. 1981),
Hartford Fire Ins. Co. v. Pub. Serv. Co., 676 P.2d 25 (Colo. Ct. App. 1983),
Hay v. Cohoes Co., 2N.Y. 159 (1849),

Heeg v. Licht, 80 N. y. 579 (1880),
Herbst v. Northern States Power Co., 432 N.W.2d 463 (Minn. Ct. App. 1988),
Hernandez v. George E. Failing Co., 624 P.2d 749 (Wash. Ct. App. 1981),
Hudson v. Peavey Oil Co., 566 P.2d 175 (Or. 1977),
In re Chicago Flood Litig., 680 N.E.2d 265 (Ill. 1997),
In re Tutu Wells Contamination Litig., 846 F. Supp. 1243 (D.V.I. 1993),
Indiana Harbor Belt R.R. v. American Cyanamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990),
Inland Steel v. Pequignot, 608 N.E.2d 1378 (Ind. Ct. App. 4th Dist. 1993),
Jackson v. Hearn Bros., Inc., 212 A.2d 726 (Del. 1965),
John T. Arnold Assoc., Inc. v. City of Wichita, 615 P.2d 814, (Kan. Ct. App. 1980),
Jones v. Willamette Indus., Inc., 463 S.E.2d 294 (N.C. Ct. App. 1995),
Jutte v. Hughes, 67 N.Y. 267 (1876),
Kent v. Gulf States Util. Co., 418 So. 2d 493, (La. 1982),
Kentucky Util. Co. v. Auto Crane Co., 674 S.W.2d 15 (Ky. Ct. App. 1983),
King v. United States, 53 F. Supp. 2d 1056 (D. Colo. 1999),
Klein v. Pyrodyne Corp., 810 P.2d 917 (Wash. 1991),
Koos v. Roth, 652 P.2d 1255 (Or. 1982),
Lamb v. Martin Marietta Energy Sys., Inc., 835 F. Supp. 959 (W.D. Ky. 1993),
Langan v. Valicopters, Inc., 567 P.2d 218 (Wash. 1977),
Little v. McGraw, 467 S.W.2d 163 (Ark. 1971),
Losee v. Buchanan 51 N.Y. 476 (1873),
Ludwikoski v. Kurotsu, 840 F. Supp. 826 (D. Kan. 1993),
Mahowald v. Minnesota Gas Co., 344 N.W.2d 856 (Minn. 1984),
Marshall v. Welwood, (1876) 38 N.J.L. 339,
Matomco Oil Co. v. Arctic Mech., Inc., 796 P.2d 1336 (Alaska 1990),
Matulevich v. Matulevich, 498 A.2d 939 (Pa. Super. Ct. 1985),
McCafferty v. Spuyten Duyvil & Port Morris R.R., 61 N.Y.178 (1874),
McLane v. Northwest Natural Gas Co., 467 P.2d 635 (Or. 1970),
Mid Continent Cabinetry, Inc. v. George Koch Sons, Inc., 1991 U.S. Dist. LEXIS 10644
(D. Kan. 1991),
Miller v. Civil Constructors, Inc., 651 N.E.2d 239 (Ill. App. Ct. 1995),
Moore v. Sharp Gas Inc., 1992 WL 147930 (D. Del. 1992),
New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co., 687 P.2d 212 (Wash.
1984),

Nicolai v. Day, 506 P.2d 483 (Or. 1973),
Noonan v. City of Albany, 79 N.Y. 470 (1880),
Old Country Road Realty Corp. v. Exxon Corp., 645 N.Y.S.2d 186 (App. Div. 1996),
Old Island Fumigation, Inc. v. Barbee, 604 So. 2d 1246 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1992),
Overbeck v. Overbeck, 25 A. 646 (Pa. 1893),
Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle, 491 P.2d 1037 (Wash. 1971),
Painter v. Pennsylvania Elec. Co., 534 A.2d 110 (Pa. Super. Ct. 1987),
Parks Hiway Enterprises, LLC v. CEM Leasing, Inc., 995 P.2d 657 (Alaska 2000),
Perez v. Southern Pac. Transp. Co., 883 P.2d 424 (Ariz. Ct. App. 1993),
Peters v. Amoco Oil Co., 57 F. Supp. 2d 1268 (M.D. Ala. 1999),
Pixley v. Clark, 35 N.Y. 520 (1866),
Ramada Inns, Inc. v. Salt River Valley Water Users' Ass'n, 523 P.2d 496 (Ariz. 1974),
Ramsey v. Marutamaya Ogatsu Fireworks Co., 140 Cal. Rptr. 247 (Ct. App. 1977),
Raymond v. Southern Pac. Co., 488 P.2d 460 (Or. 1971),
Ree's Estate, 92 A. 126, 127 (Pa. 1914),
Resteiner v. Sturm, Ruger & Co., 566 N.W.2d 53 (Mich. Ct. App. 1997),
Reter v. Talent Irrigation Dist., 482 P.2d 170 (Or. 1971),
Riordan v. International Armament Corp., 477 N.E.2d 1293 (Ill. App. Ct. 1985),
Rodgers v. City of Loving, 573 P.2d 240 (N.M. Ct. App. 1977),
Sachs v. Chait, 162 N.W.2d 243 (Minn. 1968),
Saiz v. Belen School Dist., 113 N.M. 387, 827 P.2d 102, 73 Ed. Law Rep. 834 (1992),
Sanchez v. General Urban Corp., 1997 WL 78176 (Conn. Super. Ct. 1997),
Schwartzman, Inc. v. General Elec. Co., 848 F. Supp. 942 (D.N.M. 1993),
Searle v. Suburban Propane Div. of Quantum Chemical Corp., 263 A.D.2d 335, 700 N.Y.S.2d 588 (3d Dep't 2000),
Seismograph Serv. Corp. v. Buchanan, 316 P.2d 185 (Okla. 1957),
Siegler v. Kuhlman, 502 P.2d 1181 (Wash. 1972),
Smith v. Lockheed Propulsion Co., 56 Cal. Rptr. 128 (Ct. App. 1967),
Smith v. Weaver, 665 A.2d 1215 (Pa. Super. Ct. 1995),
Splendorio v. Bilray Demolition Co., 682 A.2d 461 (R.I. 1996),
Sprankle v. Bower Ammonia & Chem. Co., 824 F.2d 409 (5th Cir. 1987),
St. Peter v. Denison, 58 N.Y. 416 (1874),
State Farm Fire & Cas. Co. v. Municipality of Anchorage, 788 P.2d 726 (Alaska 1990),

State v. Ventron Corp., 468 A.2d 150 (N.J. 1983),
State v. Ventron Corp., 468 A.2d 150 (N.J. 1983),
Steinhoff v. Woodward, 25 Conn. L. Rptr. 241 (Super. Ct. 1999),
Stockbridge Community Ass'n v. Star Enterprise, 1992 WL 884453 (Va. Ct. App. 1992),
Taylor v. Hesser, 991 P.2d 35 (Okla. Civ. App. 1998),
Thompson v. Mindis Metals, Inc., 692 So. 2d 805 (Ala. 1997),
Todd v. Mass Transit Admin., 816 A2d 930 (Md.2003),
Toledo v. Van Waters & Rogers, Inc., 92 F. Supp. 2d 44 (D.R.I. 2000),
Total Petroleum, Inc. v. United States, 12 Cl. Ct. 178 (1987),
Travelers Ins. Co. v. Chrysler Corp., 845 F. Supp. 1122 (M.D.N.C. 1994),
Tri-B Adv. Co. v. Thomas, 643 S.W.2d 547 (Ark. 1982),
Valentine v. Pioneer Chlor Alkali Co., 864 P.2d 295 (Nev. 1993),
Voelker v. Delmarva Power & Light Co., 727 F. Supp. 991(D. Md. 1989),
Walcott v. Total Petroleum, Inc., 964 P.2d 609 (Colo. Ct. App. 1998),
Walker Drug Co. v. La Sal Oil Co., 902 P.2d 1229 (Utah 1975),
Ward v. H.B. Zachry Constr. Co., 570 F.2d 892, 896 n.2 (10th Cir. 1978) (Okla. Law),
Warner v. Norfolk & W. Ry., 758 F. Supp. 370 (W.D. Va. 1991),
Wheatland Irrigation Dist. v. McGuire, 537 P.2d 1128, 1137 (Wyo. 1975),
Whitfield v. Heckler & Koch, Inc., 98 Cal. Rptr. 2d 820 (Ct. App. 2000),
Williams v. Amoco Prod. Co., 734 P.2d 1113 (Kan. 1987),
Wirth v. Mayrath Indus., Inc., 278 N.W.2d 789 (N.D. 1979),
Yommer v. McKenzie, 257 A.2d 138 (Md. Ct. App. 1969),
Yommer v. McKenzie, 257 A.2d 139 (Md. 1969),
Yslava v. Hughes Aircraft Co., 1998 U.S. Dist. LEXIS 17228 (D. Ariz. 1998),
Yukon Equip., Inc. v. Fireman's Fund Ins. Co., 585 P.2d 1206 (Alaska 1978),

3. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

STJCE de 29-05-1997 (TJCE 1997, 98),
 STJCE de 10-05-2001 (TJCE 2001, 133),
 STJCE de 25-04-2002 (TJCE 2001, 141),
 STJCE de 25-04-2002 (TJCE 2002, 139) (asunto C/52/00),
 STJCE de 10.01.2006 (TJCE 2006, 3) (asunto C-402/03),

4. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

STEDH. *Caso López Ostra c. Reino de España*. Sentencia de 9 diciembre 1994 TEDH 1994\3,

STEDH *Caso Morena Gómez c. Reino de España* Sentencia de 16 noviembre 2004 TEDH 2004\68,