

DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
THE LAW OF TORTS

PABLO SALVADOR CODERCH
ANTONI RUBÍ PUIG

Curso 2008-2009

Sumario

1-2. Jurisprudencia sobre daños producidos por impactos de pelotas de golf y cricket a personas u objetos / Case law on golf and cricket balls hitting people or objects.

3. Fuentes primarias / Primary Sources

3.1. Legislación / Statutes

3.2. Jurisprudencia / Case-law

4. Literatura secundaria / Secondary Sources

5. ¿Qué es responsabilidad civil? Distinciones básicas / What is a tort? Basic Distinctions

6. ABC de un pleito de daños

7. Panorama de la negligencia

8. Negligencia como incumplimiento de un deber. Concepto económico de culpa / Negligence as breach of duty. The Economic Concept of Negligence.

9. Causalidad y su construcción social. Ciencia y cultura / Cause in fact and the social construction of causation. Science and Culture.

10. Causalidad alternativa / Alternative Causation

11. Causalidad concurrente / Concurrent Causation

12. Causalidad sucesiva / Successive Causation

13. Causalidad probabilística / Probabilistic Causation

14. Negligencia como incremento irrazonable de riesgo / Negligence as non-reasonable increase of risk.

15. Negligencia *per se*. Infracción de normas legales. Presunciones / Negligence *per se*. Breach of statutory duty. Presumptions.

16. Preemption

17. Costumbre / Custom

18. *Lex artis ad hoc*

19. *Res ipsa loquitur*

20. Imputación objetiva / Proximate Causation; Scope of Liability

20.1. Foreseeability / Previsibilidad

20.2. Proximate Cause / Causalidad Adecuada / *Adäquanztheorie*

20.3. General Life Risks / Riesgos generales de la vida / *Erlaubte Risiken*

20.4. Remoteness / Prohibición de regreso y posición de garante / *Regressverbot und Garantenstellung*

20.5. Harm within the Risk / Ámbito de protección de la norma / *Schutzbereich der Norm*

20.6. Provocation / Provocación / *Herausforderung*

21. Negligencia bilateral / Bilateral Care

21.1. Negligencia contributiva / Contributory Negligence

21.2. The Last Clear Chance Doctrine

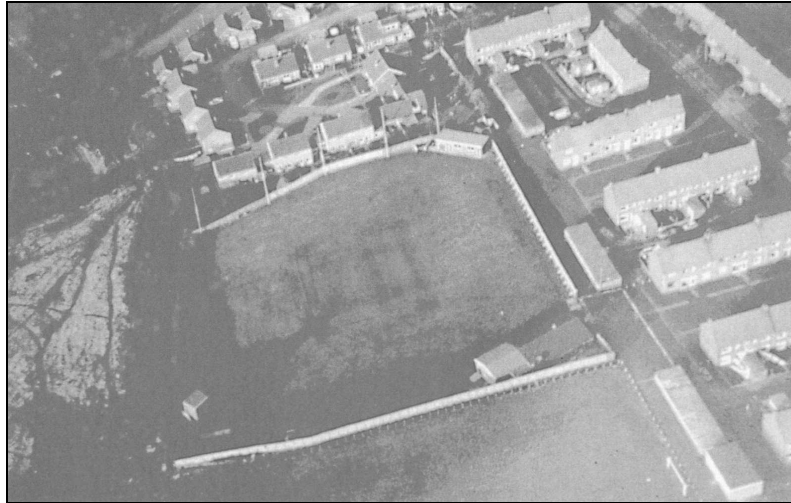
21.3. Negligencia comparativa o concurrencia de culpas / Comparative Negligence

22. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo / Victim's consent and assumption of risk

1-2. Jurisprudencia sobre daños producidos por impactos de pelotas de golf y cricket a personas u objetos / Case law on golf and cricket balls hitting people or objects.

1. – *Miller v. Jackson*

[1977] QB 966, [1977] 3 WLR 20, [1977] 3 All ER 338 [1977].



Lintz from the air in 1984, showing the cricket field and the adjoining football field. The Millers' house was the last semi-detached on the left along the top edge of the ground. They considered appealing

Fuente: <http://members.tripod.com/geordieboy/blast.htm>

2. – STS, 1ª, 9.3.2006 (Ar. 1882). MP: José Antonio Seijas Quintana. Accidente en práctica deportiva: fallecimiento de un jugador por el impacto de una pelota de golf.



Fuente: <http://www.golfterramar.com/>
Instrucciones: "El Campo" + "Recorrido Virtual"

3. Fuentes primarias / Primary Sources

3.1. Legislación / Statutes

- Artículos 1902 y ss. del Código civil de 1889
- Artículos 109-125 del Código Penal de 1995
- Artículos 139-146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Artículos 42-54 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

3.2. Jurisprudencia / Case-law

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo / Spanish Supreme Court's Case-law
- Jurisprudencia menor / Spanish Courts of Appeals' Case-law

Bases de datos de consulta:

- Westlaw Aranzadi (<http://www.upf.edu/bibtic/recursos/bd/bd-a.html>)
 - CGPJ - CENDOJ (<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>)
-
- Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Ignacio MARÍN GARCÍA, Rosa MILÀ RAFEL, Carlos Alb. RUIZ GARCÍA, Esther FARNÓS AMORÓS, Laura ALASCIO CARRASCO, Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "40 casos de Derecho de daños (2004-2007)", *InDret* 3/2008 (www.indret.com).

4. Literatura secundaria / Secondary Sources

- L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, 1a. ed. Madrid: Civitas, 1999.
- Pablo SALVADOR CODERCH et. al. (2006), “El derecho español de daños en 2005: Características diferenciales”, *Global Jurist*, Bepress, Vol. 6
(<http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=gj>)

5. ¿Qué es responsabilidad civil? Distinciones básicas / What is a tort? Basic Distinctions

- *Intentional Torts* (dolosos), penales en España. *Harmful and offensive battery. Assault. Trespass to land. Nuisance.*
- *Negligence* (infracción de deberes de cuidado o, lo que es lo mismo, incremento irrazonable del riesgo). *Negligence* es *breach of duty* más *harm* más *causation*.
- *Strict Liability*.
- *No Liability*.

6. ABC de un pleito de daños

Explicación al abogado de los hechos, averiguación y análisis para ver si hay caso (si hay *legal issue* razonablemente planteable ante un tribunal), luego posible *settlement*, demanda, contestación, audiencia previa, pruebas, conclusiones, sentencia, apelación...

– Documentos relativos a un pleito de responsabilidad civil por accidente laboral (disponibles en Aula Moodle):

- a) Escrito de demanda
- b) Escrito de contestación a la demanda
- c) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
- d) Sentencia de la Audiencia Provincial

7. Panorama de la negligencia

– Pablo SALVADOR/Carlos GÓMEZ, “El Derecho de Daños y la Minimización de los Costes de los Accidentes”, *InDret* 1/2005 (www.indret.com), págs. 3-6:

“El derecho de daños puede contribuir a reducir los costes de los accidentes por el procedimiento de establecer quién ha de cargar con sus consecuencias. Así, si se asume que el objetivo es minimizar los costes de los accidentes, ello resultará algo sencillo de conseguir en algunos casos, pero de dificultad variable y creciente en otros, como se muestra a continuación:

1. En un primer caso resuelto por la **STS, 1ª, de 26.9.1997 (Ar. 6458)**, un cirujano del Hospital Clínico Universitario de Zaragoza, dependiente del Instituto Nacional de Salud (INSALUD), intervino a principios de 1984 a la actora, una mujer mayor, para extirparle un quiste ovárico. Durante la intervención, un tornillo minúsculo (4x3 mm.), de uno de los retractores empleados para separar las paredes abdominales y abrir un campo quirúrgico suficiente para operar, que estaba muy flojo, se soltó y cayó en las entrañas de la paciente. Nadie, ni el cirujano, ni sus ayudantes se percataron de ello. Años después, la presencia del tornillo en el abdomen de la víctima fue detectada casualmente en unas radiografías practicadas con motivo de un accidente doméstico. En junio de 1987, otro cirujano del mismo hospital intervino a la actora para retirar el tornillo que, tras más de tres años en el interior de la víctima, se había adherido a las paredes del útero y, por ello, hubo que practicarle una histerectomía (extirpación total o parcial del útero). La víctima demandó a ambos cirujanos y al INSALUD y solicitó una indemnización de 60.000 euros. El JPI estimó en parte la demanda: condenó al INSALUD y absolvió a los facultativos. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo. La responsabilidad se imputa a quien hubiera podido evitarlo más fácilmente: “se exime de responsabilidad a los facultativos intervinientes, por haberse ajustado a la ‘lex artis ad hoc’ [...] se le imputa la responsabilidad al ente recurrente [INSALUD] por lo que respecta al material preciso para la intervención, que el mismo no había sido conservado con la exquisita atención o diligencia; cometido este, que incumbe al ente recurrente” (FD 2º).

Cinco años después, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en **STS, 1ª, 29.11.2002 (Ar. 10404)**, resolvió un caso muy similar. En esta ocasión, el cirujano demandado intervenía en noviembre de 1974 a un hombre de 34 años de edad para extirparle un tumor en la espina dorsal. Durante la operación, el facultativo dejó olvidada una gasa alrededor de la columna lumbar del paciente y, por ello, hubo de intervenirlo de nuevo tres meses más tarde. Con posterioridad a esta segunda operación, el paciente presentó unas secuelas irreversibles que dieron lugar a su incapacidad permanente absoluta. El actor demandó al cirujano y solicitó 240.404,84 euros. El JPI y la AP desestimaron la demanda al entender que no había prueba suficiente del nexo causal entre la gasa olvidada y la incapacidad. El Tribunal Supremo casó la

sentencia absolutoria de la Audiencia y dictó nueva sentencia en virtud de la cual aplicó la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica y condenó al cirujano a abonar una indemnización por daño moral de 120.000 euros. El Tribunal omite las razones para cuantificar la indemnización en la mitad de lo solicitado.

Ambos son casos claros de negligencia unilateral, es decir, supuestos en los cuales la víctima nada podía haber hecho para evitar el daño que finalmente sufrió, cuando, además, queda bien a las claras que los demandados podían haber adoptado más y mejores precauciones.

El caso siguiente plantea más dificultades tanto a la hora de identificar a los responsables de los daños sufridos por la víctima como a la de concretar las medidas que podrían haberse adoptado para evitarlos:

2. Una mañana del mes de marzo de 1992, la víctima esperaba la llegada del Metro en la estación de la calle Rocafort de Barcelona. El convoy llegó, abrió las puertas y la abigarrada muchedumbre que esperaba en el andén se abalanzó hacia el interior de los vagones. Empujada por el resto de viajeros, la víctima cayó al suelo y sufrió lesiones de gravedad por las que reclamó un total de 37.743,55 euros a la entidad "Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA" gestora del servicio público de transporte por metro en la ciudad de Barcelona cuando de produjo el accidente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la víctima contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la primera instancia y concedió una indemnización de 28.518,02 euros con cargo a la entidad demandada. La **STS, 1ª, 3.12.2001 (Ar. 9856)**, que puso fin al proceso, desoyó los argumentos de "Ferrocarril Metropolità" y convalidó la condena decidida por la Audiencia de Barcelona.

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

3. En la madrugada del 6 de mayo de 1990, la Sra. Ángela M.R. entró en una de las oficinas de la entidad bancaria demandada para retirar dinero de un cajero automático. En nuestro país, algunas oficinas de bancos y cajas disponen de cajeros a pie de calle, pero es más frecuente que tras la puerta de entrada de la oficina, haya un primer espacio en el que están instalados uno o varios cajeros automáticos, que pueden ser usados, por lo general, las 24 horas del día. La puerta de acceso a este local puede cerrarse con un pestillo. Durante las horas de oficina, los clientes pueden superar este espacio y entrar donde se encuentran los empleados que ofrecen los servicios bancarios de que se trate. En el asunto, el pestillo de la puerta estaba roto y un atracador, que estaba al acecho, entró en el local cuando la víctima ya había tecleado el número secreto de su tarjeta de crédito. Forcejearon, el atracador sacó una navaja con la que hirió a la actora en su mano izquierda y le

robó la cantidad retirada. La víctima reclamó 90.152 euros a la entidad bancaria titular del cajero automático. En primera instancia, su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo, en **STS, 1ª, 1.4.1997 (Ar. 2724)**, desestimó el recurso de la víctima: “[...] no puede afirmarse que las lesiones sufridas por la recurrente al ser asaltada por un desconocido, sean una consecuencia [...] del estado en que e encontraba el cerrojo instalado en la puerta de acceso al cajero automático y que impedía cerrar la puerta desde el interior, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida sobre la actora por el tercero desconocido que la atacó” (FD 2º).

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

4. La **STS, 1ª, 31.12.1997 (Ar. 9195)** condenó a la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) por la muerte de dos menores de edad quienes, durante las fiestas mayores del pueblo de Manzanares (Madrid), jugaban con sus compañeros a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado varias veces los hechos al Ayuntamiento de Manzanares que había ordenado vigilar la zona durante unas horas al día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el primero, cuando un Tren Expreso que circulaba a 130 km/h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron únicamente a RENFE y al Ayuntamiento a pagar 36.061 euros a cada uno de los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la compañía ferroviaria. La actividad de los jóvenes, en absoluto justificable, era conocida y debían haberse adoptado todas las medidas necesarias, incluso la detención del convoy a su paso por el pueblo, para evitar daños como el que sucedió.

5. El demandante en el proceso que resolvió la **STS, 1ª, 10.10.1998 (Ar. 8371)** era un trabajador de una empresa de productos congelados a quien una máquina termoselladora le amputó la mano derecha. Inmediatamente después del accidente, la enfermera de la empresa acudió al lugar de los hechos para atender al trabajador, cortó la hemorragia e instruyó a un compañero del trabajador para que envolviera la mano traumáticamente amputada en hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, el compañero de la víctima metió la mano amputada en una caja de *porexpan* llena de dióxido de carbono sólido, comúnmente conocido como hielo

seco, de las que utilizaban para el transporte de productos congelados, pues creía que procuraría una mejor conservación de la mano. Cuando la víctima fue ingresada en el centro sanitario los tejidos de la mano amputada estaban destruidos por congelación y no fue posible practicar el implante. El trabajador quedó manco de por vida y demanda a la empresa y a la enfermera de la misma por no haber comprobado cómo se trasladó la mano amputada al hospital. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la concesión de 120.202 € que el demandante reclama, pero el Tribunal Supremo condenó a la enfermera a pagar una indemnización de 9.015 euros. La enfermera no fue del todo diligente y debía responder por la pérdida de las expectativas de reimplantar el miembro amputado.

6. En el caso resuelto por la la **STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8639)**, un joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego al cruzar un desfiladero de especial dificultad, el "Paso del Embudo" en el término municipal de Murillo (Zaragoza), cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto. Poco después, el padre de la víctima demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales posteriormente archivadas. En el pleito civil, las sentencias de las instancias desestimaron la demanda. Igual suerte corrió el demandante en casación".

8. Negligencia como incumplimiento de un deber. Concepto económico de culpa / Negligence as breach of duty. The Economic Concept of Negligence.

- United States v. Carroll Towing Co.

159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)

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

L. HAND, J.

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

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

Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL. Applied to the situation at bar, the likelihood that a barge will break from her fasts and the damage she will do, vary with the place and time; for example, if a storm threatens, the danger is greater; so it is, if she is in a crowded harbor where moored barges are constantly being shifted about. On the other hand, the barge must not be the bargee's prison, even though he lives aboard; he must go ashore at times. We need not say whether, even in such crowded waters as New York Harbor a bargee must be aboard at night at all; it may be that the custom is otherwise... and that, if so, the situation is one where custom should control. We leave that question open; but we hold that it is not in all cases a sufficient answer to a bargee's absence without excuse, during working hours, that he has properly made fast his barge to a pier, when he leaves her. In the case at bar the bargee left at five o'clock in the afternoon

of January 3rd, and the flotilla broke away at about two o'clock in the afternoon of the following day, twenty-one hours afterwards. The bargee had been away all the time, and we hold that his fabricated story was affirmative evidence that he had no excuse for his absence. At the locus in quo- especially during the short January days and in the full tide of war activity- barges were being constantly 'drilled' in and out. Certainly it was not beyond reasonable expectation that, with the inevitable haste and bustle, the work might not be done with adequate care. In such circumstances we hold- and it is all that we do hold- that it was a fair requirement that the Connors Company should have a bargee aboard (unless he had some excuse for his absence), during the working hours of daylight.

9. Causalidad y su construcción social. Ciencia y cultura / Cause in fact and the social construction of causation. Science and Culture.

Causa, para los juristas, es *conditio sine qua non*, limitada normativamente por criterios de adecuación social. Es el "But-for Test".

Causalidad y construcción social

"Fallecimiento debido a hemorragia traumática masiva" puede querer decir "fusilamiento" (Barcelona, 1939): la causa está teñida de sentidos culturales.

Denuncia de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca* destinada al Juzgado de Instrucción Central de guardia, presentada el 14 de diciembre de 2006:

"[...] La investigación sobre el paradero y la suerte de las personas desaparecidas en Mallorca durante la Guerra civil se ha centrado en la información obtenida de fuentes orales, de archivos militares y de los libros de defunción de los Registros civiles. Esta última fuente permite confeccionar un censo no oficial de

- 1) Personas ejecutadas en virtud de una sentencia judicial militar
- 2) Personas identificadas muertas violentamente, inscrita la causa de defunción bajo términos repetidos sistemáticamente en las inscripciones de defunción como "a causa de la guerra", "*hemorragia cerebral*", "shock traumático", "disparos de bala", "infarto cerebral", "a causa de la pasada lucha nacional contra el marxismo", "a causa del desembarco de Portocristo"...
- 3) Personas muertas no identificadas que constan como "Desconocido". La descripción literal de estas personas (color de cabello, estatura, edad aproximada, vestimenta, cicatrices y otras señales) está siendo recopilada para que los familiares de los desaparecidos la puedan consultar y localizar a estas personas, que en su día no fueron identificadas.
- 4) Personas "desaparecidas" según consta en el Libro de Defunción de los Registros civiles, la mayoría en Manacor y en Palma. Cabe señalar que según las fuentes orales y los estudios históricos, en el antiguo cementerio de Manacor hubo tal cantidad de ejecuciones masivas que se decidió quemar los cadáveres [...]"

Fuente: <http://www.memoriadelesilles.org/public/documents/denunciadesapario14122006.pdf>

10. Causalidad alternativa / Alternative Causation

Remisión: pluralidad de causantes de un mismo daño indivisible y responsabilidad solidaria (*joint and several liability*).

- *Summers v. Tice*

33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (1948)

CARTER, J. Each of the two defendants appeals from a judgment against them in an action for personal injuries. Pursuant to stipulation the appeals have been consolidated.

Plaintiff's action was against both defendants for an injury to his right eye and face as the result of being struck by bird shot discharged from a shotgun. The case was tried by the court without a jury and the court found that on November 20, 1945, plaintiff and the two defendants were hunting quail on the open range. Each of the defendants was armed with a 12 gauge shotgun loaded with shells containing 7 1/2 size shot. Prior to going hunting plaintiff discussed the hunting procedure with defendants, indicating that they were to exercise care when shooting and to "keep in line." In the course of hunting plaintiff proceeded up a hill, thus placing the hunters at the points of a triangle. The view of defendants with reference to plaintiff was unobstructed and they knew his location.

Defendant Tice flushed a quail which rose in flight to a 10-foot elevation and flew between plaintiff and defendants. Both defendants shot at the quail, shooting in plaintiff's direction. At that time defendants were 75 yards from plaintiff. One shot struck plaintiff in his eye and another in his upper lip. Finally it was found by the court that as the direct result of the shooting by defendants the shots struck plaintiff as above mentioned and that defendants were negligent in so shooting and plaintiff was not contributorily negligent. [...]

The problem presented in this case is whether the judgment against both defendants may stand. It is argued by defendants that they are not joint tort feasons, and thus jointly and severally liable, as they were not acting in concert, and that there is not sufficient evidence to show which defendant was guilty of the negligence which caused the injuries -- the shooting by Tice or that by Simonson.

Considering [this argument], we believe it is clear that the court sufficiently found on the issue that defendants were jointly liable and that thus the negligence of both was the cause of the injury or to that legal effect. It thus determined that the negligence of both defendants was the legal cause of the injury -- or that both were responsible. Implicit in such finding is the assumption that the court was unable to ascertain whether the shots were from the gun of one defendant or the other or one

shot from each of them. The one shot that entered plaintiff's eye was the major factor in assessing damages and that shot could not have come from the gun of both defendants. It was from one or the other only. [...]

1. Dean Wigmore has this to say: "When two or more persons by their acts are possibly the sole cause of a harm, or when two or more acts of the same person are possibly the sole cause, and the plaintiff has introduced evidence that the one of the two persons, or the one of the same person's two acts, is culpable, then the defendant has the burden of proving that the other person, or his other act, was the sole cause of the harm. (b) . . . The real reason for the rule that each joint tortfeasor is responsible for the whole damage is the practical unfairness of denying the injured person redress simply because he cannot prove how much damage each did, when it is certain that between them they did all; let them be the ones to apportion it among themselves. Since, then, the difficulty of proof is the reason, the rule should apply whenever the harm has plural causes, and not merely when they acted in conscious concert. . . ." (Wigmore, *Select Cases on the Law of Torts*, § 153.)

2. When we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendants only, a requirement that the burden of proof on that subject be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers -- both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, hence it should rest with them each to absolve himself if he can. The injured party has been placed by defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless. Ordinarily defendants are in a far better position to offer evidence to determine which one caused the injury. [...]

In addition to that, however, it should be pointed out that the same reasons of policy and justice shift the burden to each of defendants to absolve himself if he can – relieving the wronged person of the duty of apportioning the injury to a particular defendant, apply here where we are concerned with whether plaintiff is required to supply evidence for the apportionment of damages. If defendants are independent tortfeasors and thus each liable for the damage caused by him alone, and, at least, where the matter of apportionment is incapable of proof, the innocent wronged party should not be deprived of his right to redress. The wrongdoers should be left to work out between themselves any apportionment... Some of the cited cases refer to the difficulty of apportioning the burden of damages between the independent tortfeasors, and say that where factually a correct division cannot be made, the trier of fact may make it the best it can, which would be more or less a guess, stressing the factor that the wrongdoers are not in a position to complain of uncertainty. [...]

The judgment is affirmed.

- Ybarra v. Spangard

25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687.

GIBSON, C. J. This is an action for damages for personal injuries alleged to have been inflicted on plaintiff by defendants during the course of a surgical operation. The trial court entered judgments of nonsuit as to all defendants and plaintiff appealed.

On October 28, 1939, plaintiff consulted defendant Dr. Tilley, who diagnosed his ailment as appendicitis, and made arrangements for an appendectomy to be performed by defendant Dr. Spangard at a hospital owned and managed by defendant Dr. Swift. Plaintiff entered the hospital, was given a hypodermic injection, slept, and later was awakened by Drs. Tilley and Spangard and wheeled into the operating room by a nurse whom he believed to be defendant Gisler, an employee of Dr. Swift. Defendant Dr. Reser, the anesthetist, also an employee of Dr. Swift, adjusted plaintiff for the operation, pulling his body to the head of the operating table and, according to plaintiff's testimony, laying him back against two hard objects at the top of his shoulders, about an inch below his neck. Dr. Reser then administered the anesthetic and plaintiff lost consciousness. When he awoke early the following morning he was his hospital room attended by defendant Thompson, the special nurse, and another nurse who was not made a defendant.

Plaintiff testified that prior to the operation he had never had any pain in, or injury to, his right arm or shoulder, but that when he awakened he felt a sharp pain about half way between the neck and the point of the right shoulder. He complained to the nurse, and then to Dr. Tilley, who gave him diathermy treatments while he remained in the hospital. The pain did not cease but spread down to the lower part of his arm, and after his release from the hospital the condition grew worse. He was unable to rotate or lift his arm, and developed paralysis and atrophy of the muscles around the shoulder. He received further treatments from Dr. Tilley until March, 1940, and then returned to work, wearing his arm in a splint on the advice of Dr. Spangard. [...]

We have no doubt that in a modern hospital a patient is quite likely to come under the care of a number of persons in different types of contractual and other relationships with each other. For example, in the present case it appears that Drs. Smith, Spangard and Tilley were physicians or surgeons commonly placed in the legal category of independent contractors; and Dr. Reser, the anesthetist, and defendant Thompson, the special nurse, were employees of Dr. Swift and not of the other doctors. But we do not believe that either the number or relationship of the defendants alone determines whether the doctrine of *res ipsa loquitur* applies. Every defendant in whose custody the plaintiff was placed for any period was bound to exercise ordinary care to see that no unnecessary harm came to him and

each would be liable for failure in this regard. Any defendant who negligently injured him, and any defendant charged with his care who so neglected him as to allow injury to occur, would be liable. The defendant employers would be liable for the neglect of their employees; and the doctor in charge of the operation would be liable for the negligence of those who became his temporary servants for the purpose of assisting in the operation. [...]

The judgment is reversed.

11. Causalidad concurrente / Concurrent Causation

- *Kingston v. Chicago Ry.*

191 Wis. 610, 211 N.W. 913 (1927)

OWEN, J. We therefore have this situation: The northeast fire was set by sparks emitted from defendant's locomotive. This fire, according to the finding of the jury, constituted a proximate cause of the destruction of plaintiff's property. This finding we find to be well supported by the evidence. We have the northwest fire, of unknown origin. This fire, according to the finding of the jury, also constituted a proximate cause of the destruction of the plaintiff's property. This finding we also find to be well supported by the evidence. We have a union of these two fires 940 feet north of plaintiff's property, from which point the united fire bore down upon and destroyed the property. We therefore have two separate, independent, and distinct agencies, each of which constituted the proximate cause of plaintiff's damage, and either of which, in the absence of the other, would have accomplished such result.

It is settled in the law of negligence that any one of two or more joint tortfeasors, or one of two or more wrongdoers whose concurring acts of negligence result in injury, are each individually responsible for the entire damage resulting from their joint or concurrent acts of negligence. This rule also obtains "where two causes, each attributable to the negligence of a responsible person, concur in producing an injury to another, either of which causes would produce it regardless of the other, . . . because, whether the concurrence be intentional, actual, or constructive, each wrongdoer, in effect, adopts the conduct of his co-actor, and for the further reason that it is impossible to apportion the damage or to say that either perpetrated any distinct injury that can be separated from the whole. The whole loss must necessarily be considered and treated as an entirety [...]"

It is [...]conceivable that a fire so set might unite with a fire of so much greater proportions, such as a raging forest fire, as to be enveloped or swallowed up by the greater holocaust, and its identity destroyed, so that the greater fire could be said to be an intervening or superseding cause. But we have no such situation here. These fires were of comparatively equal rank. If there was any difference in their magnitude or threatening aspect, the record indicates that the northeast fire was the larger fire and was really regarded as the menacing agency. At any rate there is no intimation or suggestion that the northeast fire was enveloped and swallowed up by the northwest fire. We will err on the side of the defendant if we regard the two fires as of equal rank.

According to well settled principles of negligence, it is undoubted that if the proof disclosed the origin of the northwest fire, even though its origin be attributed to a

third person, the railroad company, as the originator of the northeast fire, would be liable for the entire damage. There is no reason to believe that the northwest fire originated from any other than human agency. It was a small fire. It had traveled over a limited area. It had been in existence but for a day. For a time it was thought to have been extinguished. It was not in the nature of a raging forest fire. The record discloses nothing of natural phenomena which could have given rise to the fire. It is morally certain that it was set by some human agency.

Now the question is whether the railroad company, which is found to have been responsible for the origin of the northeast fire, escapes liability because the origin of the northwest fire is not identified, although there is no reason to believe that it had any other than human origin. An affirmative answer to that question would certainly make a wrongdoer a favorite of the law at the expense of an innocent sufferer. The injustice of such a doctrine sufficiently impeaches the logic upon which it is founded. Where one who has suffered damage by fire proves the origin of a fire and the course of that fire up to the point of the destruction of his property, one has certainly established liability on the part of the originator of the fire. Granting that the union of that fire with another of natural origin, or with another of much greater proportions, is available as a defense, the burden is on the defendant to show that by reason of such union with a fire of such character the fire set by him was not the proximate cause of the damage. No principle of justice requires that the plaintiff be placed under the burden of specifically identifying the origin of both fires in order to recover the damages for which either or both fires are responsible.[...]

By the Court.--Judgment affirmed.

- Dillon v. Twin State.

85 N.H. 449, 163 A. 111 (1932)

The defendant maintained wires to carry electric current over a public bridge in Berlin.

In the construction of the bridge there were two spans of girders on each side between the roadway and footway. In each span the girders at each end sloped upwards towards each other from the floor of the bridge until connected by horizontal girders about nineteen feet above the floor.

The wires were carried above the framework of the bridge between the two rows of girders.

To light the footway of the bridge at its center a lamp was hung from a bracket just outside of one of the horizontal girders and crossing over the end of the girder near its connection with a sloping girder. Wires ran from a post obliquely downward to

the lamp and crossed the horizontal girder a foot or more above it. The construction of the wire lines over and upon the bridge is termed aerial. The wires were insulated for weather protection but not against contact.

The decedent and other boys had been accustomed for a number of years to play on the bridge in the daytime, habitually climbing the sloping girders to the horizontal ones, on which they walked and sat and from which they sometimes dived into the river. No current passed through the wires in the daytime except by chance.

The decedent, while sitting on a horizontal girder at a point where the wires from the post to the lamp were in front of him or at his side, and while facing outwards from the side of the bridge, leaned over, lost his balance, instinctively threw out his arm, and took hold of one of the wires with his right hand to save himself from falling. The wires happened to be charged with a high voltage current at the time and he was electrocuted.

The circumstances of the decedent's death give rise to an unusual issue of its cause. In leaning over from the girder and losing his balance he was entitled to no protection from the defendant to keep from falling. Its only liability was in exposing him to the danger of charged wires. If but for the current in the wires he would have fallen down on the floor of the bridge or into the river, he would without doubt have been either killed or seriously injured. Although he died from electrocution, yet, if by reason of his preceding loss of balance he was bound to fall except for the intervention of the current, he either did not have long to live or was to be maimed. In such an outcome of his loss of balance, the defendant deprived him, not of a life of normal expectancy, but of one too short to be given pecuniary allowance, in one alternative, and not of normal, but of limited, earning capacity, in the other.

If it were found that he would have thus fallen with death probably resulting, the defendant would not be liable, unless for conscious suffering found to have been sustained from the shock. In that situation his life or earning capacity had no value. To constitute actionable negligence there must be damage, and damage is limited to those elements the statute prescribes.

If it should be found that but for the current he would have fallen with serious injury, then the loss of life or earning capacity resulting from the electrocution would be measured by its value in such injured condition. Evidence that he would be crippled would be taken into account in the same manner as though he had already been crippled.

His probable future but for the current thus bears on liability as well as damages. Whether the shock from the current threw him back on the girder or whether he would have recovered his balance, with or without the aid of the wire he took hold

of, if it had not been charged, are issues of fact, as to which the evidence as it stands may lead to different conclusions.

Exception overruled.

12. Causalidad sucesiva / Successive Causation

– **BGH NJW 1952, 1010:** “[...W]enn der Verletzte durch Verschulden des Schädigers ein Bein verloren hat und es ihm 8 Jahre später infolge dieser Behinderung nicht gelingt, auf der Flucht vor plötzlich einsetzendem Artilleriebeschuß rechtzeitig den schützenden Bunker zu erreichen”.

– ***Baker v. Willoughby***
[1970] 2 W.L.R. 50

“The defendant negligently struck the plaintiff with his automobile, causing severe injury to the plaintiff’s left leg and ankle. Some time later, but before trial, the plaintiff was shot in the already-disabled left leg during a robbery at his place of employment. As a result of the gunshot wound, the already disabled left leg had to be amputated. At trial, the defendant argued that he should be liable for the plaintiff’s damages due to his disability only up to the time of the shooting. The trial judge rejected this argument but the court of appeal accepted it. The judgment of the court of appeal was reversed by the House of Lords, which ruled that the plaintiff’s recovery for his disability was not affected by the second injury and amputation” (as quoted by HENDERSON et al., *The Torts Process*).

– **STS, Sala 1ª, de 8.5.2003, (RJ 2003, 3890. MP: Xavier O’Callaghan Muñoz):** fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria.

El 7.1.1991 Marisol sufrió un accidente de esquí en Baqueira Beret que le causó una fractura de espina tibial, de la que fue auxiliada *in situ* y trasladada a Barcelona, donde fue atendida por el doctor Carlos Antonio, que tenía contratado un seguro con Winterthur y pertenecía a “Asistencia Sanitaria Colegial, SA”. El tratamiento se prolongó hasta mayo de 1992, en cuyo transcurso la paciente se sometió a tres intervenciones. Finalmente, Marisol acudió a otro doctor para que acabase el tratamiento, pero le quedaron secuelas graves que consisten en limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y una cojera irreversible.

Marisol demanda al doctor Carlos Antonio, a Winterthur y a “Asistencia Sanitaria Colegial, SA” y solicita una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 25 de Barcelona (7.4.1995) estima en parte la demanda y condena a Carlos Antonio y a Winterthur al pago de 72.121,45 €. La AP de Barcelona (Sección 11ª, 8.5.1997) estima el recurso de apelación, revoca la SJPI y absuelve a los condenados en la instancia previa.

El TS estima el recurso interpuesto por la actora, revoca la SAP y confirma la SJPI. Considera que el largo periodo de tratamiento, con tres intervenciones de por

medio y con el resultado de graves secuelas, es suficiente para deducir la negligencia médica de acuerdo con la regla *res ipsa loquitur*.

13. Causalidad probabilística / Probabilistic Causation

Un perro Labrador, LAB, adiestrado por la policía de fronteras para detectar drogas, está entrenado para ladrar cuando huele el rastro o residuo de ellas y acierta nueve de cada diez veces que ladra. Es un buen perro, pues tiene una tasa de un 90% de aciertos.

Si de cada 100 pasajeros de un avión procedente de un país andino, 1 lleva drogas y LAB efectivamente ladra a uno de ellos, MULE, ¿cuál es la probabilidad de que MULE lleve drogas?

Mucha gente, cuenta Ward FARNSWORTH (*The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, The University of Chicago Press, 2007, capítulo 30) diría que es de un 90%. ¡Incorrecto! No preguntamos sobre la probabilidad de que LAB acierte sino sobre la de que MULE lleve drogas y esta última, de entrada es, como hemos dicho, 1%. Al pie de la escalerilla de un avión que acaba de aterrizar con cien pasajeros a bordo, LAB acertará como máximo una vez (pues sólo un pasajero de cada cien lleva drogas), pero olfateará a los otros 99, acertará con el 90% de los casos, pero se equivocará en el 10% de los restantes, es decir, ladrará equivocadamente a 9,99 pasajeros -redondeando: a 10-. De 11 ladridos, 1 identifica a un viajero con drogas. Una tasa correcta para soportar una legislación que permite registrar a los 11 de cada 100, pero no para aguantar una que permita detenerlos con sola esa información, mucho menos condenarlos.

- *Product Rule*.
- Falacia del Fiscal.

– Pablo SALVADOR/Antonio FERNÁNDEZ, “Causalidad y Reponsabilidad”, 3th ed., *InDret* 1/2006 (www.indret.com), pp. 5-7:

“Causalidad indeterminada

En el *Common Law*, la doctrina procesal civil en materia de prueba propugna que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor que al 0'5 (*preponderance evidence rule*), es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo contrario. Esta tesis es polémica.

Para algunos, la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es correcta. Así, supongamos (con BEN- SHAHAR (2000) p. 654, siguiendo a KAYE (1982)) un caso en el que el daño es de 100 €, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es sólo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de 40 € ($0'4 \times 100 = 40$). Sin embargo, supóngase

ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquélla. Entonces, en el caso anterior el tribunal condenará al demandado a pagar 40 € al demandante, pero el coste del error esperado será 48 € en vez de 40 € (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño; entonces, si causó daños de 100 €, es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60: el coste de error esperado es de $0'4 \times 60 = 24$. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los 40 € a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de $0'6 \times 40 = 24$. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de $24 + 24 = 48$. Hay una pérdida esperada neta de 8). La regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es también defendida por otros (LEVMORE (1990)), que entienden que incentiva a los actores para que traten de reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas. Por último, la regla mencionada puede reducir los costes de litigación, aunque sólo sea porque habrá menos casos que litigar.

Otros en cambio critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Supóngase un caso de concurrencia de causas (SHAVELL (1998), p. 212), en el que hay i) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y ii) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a alguna empresa de la industria y en ausencia de prueba sobre qué empresa lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infraincentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente. En cambio, el productor principal será sobreincentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables, no podrá evitar la condena por la totalidad. Por eso, SHAVELL propone imponer responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación de cada cual, por pequeña que resulte (*market share liability*). La tesis apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados (así, en el ejemplo del apartado anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0'4. La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos).

Como señala BEN-SHAHAR (2000) las posiciones del debate reflejan dos puntos de partida distintos en materia de causalidad: quienes favorecen la primera tesis privilegian una perspectiva *ex post* del derecho de daños y quienes son partidarios de la segunda ponen el acento en una visión *ex ante*, centrada en la idea de

prevención de daños. Una síntesis ha sido intentada por PORAT/ STEIN (1997), quienes se pronuncian por una regla de responsabilidad por incerteza (*liability for uncertainty*): responderá por un daño cuya causa es incierta la parte que originó o tuvo la mejor oportunidad de evitar la incerteza, ello llevaría a las partes a optimizar sus inversiones y despejar *ex ante* la incertidumbre, de forma que *ex post*, la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad, ya se encargarían de generar los incentivos óptimos para reducir el daño primario. Responde así quien está en mejor condición de preconstituir la prueba (*cheapest evidence providers*)”.

14. Negligencia como incremento irrazonable de riesgo / Negligence as non-reasonable increase of risk.

- Helling v. Carey

83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981 (1974)

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

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

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

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

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

The trial court entered judgment for the defendants following a defense verdict. The plaintiff thereupon appealed to the Court of Appeals, which affirmed the judgment of the trial court

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

The incidence of glaucoma in one out of 25,000 persons under the age of 40 may appear quite minimal. However, that one person, the plaintiff in this instance, is entitled to the same protection as afforded persons over 40, essential for timely detection of the evidence of glaucoma where it can be arrested to avoid the grave and devastating result of this disease. The test is a simple pressure test, relatively inexpensive. There is no judgment factor involved, and there is no doubt that by giving the test the evidence of glaucoma can be detected. The giving of the test is harmless if the physical condition of the eye permits. The testimony indicates that although the condition of the plaintiff's eyes might have at times prevented the defendants from administering the pressure test, there is an absence of evidence in the record that the test could not have been timely given....

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

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

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

– STS, 3ª, 26.6.2008 (La Ley núm. 7032, 13.10.2008, MP: Margarita Robles Fernández).
Octavio c. Ministerio de Sanidad y Consumo.

En abril de 1999, el médico de cabecera del actor le diagnosticó una tuberculosis, que no fue confirmada por médico especialista, e inició tratamiento farmacológico con RIFINAH (F: Sanofi Aventis, S.A.; PA: Isoniazida, Rifampicina; AT: tratamiento de la tuberculosis). En agosto de 1999, se le retiró la medicación porque su consumo le había causado una neuritis óptica bilateral que ha determinado su incapacidad

permanente absoluta. Consta acreditado que la neuritis óptica es una reacción poco frecuente (1/10.000 tratamientos) de la isoniazida y que puede paliarse con vitamina B 6, que no se le administró al paciente. Éste interpuso, primero, reclamación administrativa, en la que solicitaba 26 millones de ptas. (156.263 euros), que fue desestimada por silencio administrativo y, después, recurso contencioso-administrativo. AN (Sección 4ª, 3.3.2004): desestima. TS: estima recurso de casación del actor, en el que alega infracción del art. 141.1 L 30/1992, y condena al pago de 30.000 euros porque hubo “infracción de la *lex artis* que le ha generado una pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros, si se le hubiese administrado conjuntamente la vitamina B 6” (FD. 5ª).

– **STS 28.2.2008 (Ar. 1704).** *MP: Román García Varela.*

El 20.9.1992, el Dr. Braulio operó a Rodolfo de hernia discal. Sin embargo, operó el disco L3-L4 y no el L4-L5, que era el objeto de la intervención. Consta que el disco L3-L4 estaba dañado en forma de profusión coincidente con el L4-L5.

Rodolfo demanda a Braulio y solicita una indemnización de 150.253,03 €.

El JPI núm. 1 de Langreo (29.11.1999) desestima la demanda. La AP de Oviedo (Sección 5ª, 2.11.2000) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación. El actor no ha probado que el disco L3-L4 estuviera sano, así como tampoco que su situación actual guarde relación alguna con la operación (FD 4º).

15. Negligencia per se. Infracción de normas legales. Presunciones / Negligence per se. Breach of statutory duty. Presumptions.

- Tedla v. Ellman

280 N.Y. 124, 19 N.E.2d 987 (1939)

LEHMAN, J.

While walking along a highway, Anna Tedla and her brother, John Bachek, were struck by a passing automobile, operated by the defendant Hellman. She was injured and Bachek was killed. Bachek was a deaf-mute. His occupation was collecting and selling junk. His sister, Mrs. Tedla, was engaged in the same occupation. They often picked up junk at the incinerator of the village of Islip. At the time of the accident they were walking along 'Sunrise Highway' and wheeling baby carriages containing junk and wood which they had picked up at the incinerator. It was about six o'clock, or a little earlier, on a Sunday evening in December. Darkness had already set in. Bachek was carrying a lighted lantern, or, at least, there is testimony to that effect. The jury found that the accident was due solely to the negligence of the operator of the automobile. The defendants do not, upon this appeal, challenge the finding of negligence on the part of the operator. They maintain, however, that Mrs. Tedla and her brother were guilty of contributory negligence as matter of law.

Sunrise Highway, at the place of the accident, consists of two roadways, separated by a grass plot. There are no footpaths along the highway and the center grass plot was soft.

It is not unlawful for a pedestrian, wheeling a baby carriage, to use the roadway under such circumstances, but a pedestrian using the roadway is bound to exercise such care for his safety as a reasonably prudent person would use. The Vehicle and Traffic Law (Cons. Laws, ch. 71) provides that 'Pedestrians walking or remaining on the paved portion, or traveled part of a roadway shall be subject to, and comply with, the rules governing vehicles, with respect to meeting and turning out, except that such pedestrians shall keep to the left of the center line thereof, and turn to their left instead of right side thereof, so as to permit all vehicles passing them in either direction to pass on their right. Such pedestrians shall not be subject to the rules governing vehicles as to giving signals.' (§ 85, subd. 6.) Mrs. Tedla and her brother did not observe the statutory rule and, at the time of the accident, were proceeding in easterly direction on the east-bound or right-hand roadway. The defendants moved to dismiss the complaint on the ground, among others, that violation of the statutory rule constitutes contributory negligence as matter of law. They did not, in the courts below, urge that any negligence in other respect of Mrs. Tedla or her brother bars a recovery. The trial judge left to the jury the question whether failure to observe the statutory rule was a proximate cause of the accident;

he left to the jury no question of other fault or negligence on the part of Mrs. Tedla or her brother, and the defendants did not request that any other question be submitted. Upon this appeal, the only question presented is whether, as matter of law, disregard of the statutory rule that pedestrians shall keep to the left of the center line of a highway constitutes contributory negligence which bars any recovery by the plaintiff [...].

The plaintiffs showed by the testimony of a State policeman that 'there were very few cars going east' at the time of the accident, but that going west there was 'very heavy Sunday night traffic.' Until the recent adoption of the new statutory rule for pedestrians, ordinary prudence would have dictated that pedestrians should not expose themselves to the danger of walking along the roadway upon which the 'very heavy Sunday night traffic' was proceeding when they could walk in comparative safety along a roadway used by very few cars. It is said that now, by force of the statutory rule, pedestrians are guilty of contributory negligence as matter of law when they use the safer roadway, unless that roadway is left of the center of the road. Disregard of the statutory rule of the road and observance of a rule based on immemorial custom, it is said, is negligence which as matter of law is a proximate cause of the accident, though observance of the statutory rule might, under the circumstances of the particular case, expose a pedestrian to serious danger from which he would be free if he followed the rule that had been established by custom. If that be true, then the Legislature has decreed that pedestrians must observe the general rule of conduct which it has prescribed for their safety even under circumstances where observance would subject them to unusual risk; that pedestrians are to be charged with negligence as matter of law for acting as prudence dictates. It is unreasonable to ascribe to the Legislature an intention that the statute should have so extraordinary a result, and the courts may not give to a statute an effect not intended by the Legislature [...].

The statute upon which the defendants rely is of different character. It does not prescribe additional safeguards which pedestrians must provide for the preservation of the life or limb or property of others, or even of themselves, nor does it impose upon pedestrians a higher standard of care. What the statute does provide is rules of the road to be observed by pedestrians and by vehicles, so that all those who use the road may know how they and others should proceed, at least under usual circumstances. A general rule of conduct -- and, specifically, a rule of the road -- may accomplish its intended purpose under usual conditions, but, when the unusual occurs, strict observance may defeat the purpose of the rule and produce catastrophic results.

Negligence is failure to exercise the care required by law. Where a statute defines the standard of care and the safeguards required to meet a recognized danger, then, as we have said, no other measure may be applied in determining whether a person has carried out the duty of care imposed by law. Failure to observe the standard

imposed by statute is negligence, as matter of law. On the other hand, where a statutory general rule of conduct fixes no definite standard of care which would under all circumstances tend to protect life, limb or property but merely codifies or supplements a common-law rule, which has always been subject to limitations and exceptions; or where the statutory rule of conduct regulates conflicting rights and obligations in manner calculated to promote public convenience and safety, then the statute, in the absence of clear language to the contrary, should not be construed as intended to wipe out the limitations and exceptions which judicial decisions have attached to the common-law duty; nor should it be construed as an inflexible command that the general rule of conduct intended to prevent accidents must be followed even under conditions when observance might cause accidents. We may assume reasonably that the Legislature directed pedestrians to keep to the left of the center of the road because that would cause them to face traffic approaching in that lane and would enable them to care for their own safety better than if the traffic approached them from the rear. We cannot assume reasonably that the Legislature intended that a statute enacted for the preservation of the life and limb of pedestrians must be observed when observance would subject them to more imminent danger.

[...] A pedestrian is, of course, at fault if he fails without good reason to observe the statutory rule of conduct. The general duty is established by the statute, and deviation from it without good cause is a wrong and the wrongdoer is responsible for the damages resulting from his wrong.

In each action, the judgment should be affirmed, with costs.

16. Preemption

- Section 1902 CC as a default rule
- Reserva de jurisdicción
- Reserva de regulación: accidentes nucleares, navegación, caps,
- Accidentes laborales:

- Caso detallado en el apartado 6.
- Artículo 123.3 LGSS
- STS, 1ª, 15.12.2008 (JUR 2009\24805). MP : *Encarnación Roca Trías*
La Sala laboral es la única competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo entre empleado y empleador.

El 27.11.1997, Juan Alberto, quien prestaba servicios para “Colafe Construcciones Extremeñas, S.A.”, sufrió un accidente cuando trabajaba en la colocación de un ascensor en una obra, causado por un fallo en la sujeción del chasis en el puntal de aquél. El trabajador no llevaba el cinturón de seguridad. Como consecuencia del accidente, Juan Antonio quedó impedido para la realización de las tareas habituales de su profesión.

Juan Antonio demanda la constructora y solicita una indemnización de 180.303,63 €. El JPI núm. 6 de Badajoz (3.3.2000) desestima la demanda. La AP de Badajoz (Sección 2ª, 24.11.2000) desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS se abstiene de conocer el recurso de casación y declara la nulidad de todas las actuaciones. Aprecia falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer la reclamación de responsabilidad planteada, pues es consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo por parte del empresario (FD 3º).

En el mismo sentido: STS 15.1.2008 (Ar. 1394). MP: *Encarnación Roca Trías*; STS 16.4.2008 (JUR 2008\282832). MP: *Encarnación Roca Trías*; STS 19.5.2008 (JUR 2008\194461). MP: *Encarnación Roca Trías*; STS 4.6.2008 (RJ 2008\4238). MP: *Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*; STS 17.11.2008 (RJ 2008\6930). MP: *Encarnación Roca Trías*; STS 17.11.2008 (RJ 2008\7706). MP: *Encarnación Roca Trías*. Cfr. con STS 19.11.2008 (RJ 2008\6931). MP: *Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*.

- STS, 3ª, 3.11.2008 (RJ 2008\5852). MP: *Joaquín Huelin Martínez de Velasco*.

A las 11:30 h. del 29.11.1996, Patricia, celadora en el centro de especialidades del complejo hospitalario “Xeral Calde” (Lugo), dependiente del Servicio Gallego de Salud (“SERGAS”), bajaba en el ascensor de dicho complejo cuando, debido a un fallo mecánico, el ascensor se deslizó desde la 3ª planta, chocando con el amortiguador situado en el foso del sótano del edificio. Como consecuencia del accidente, Patricia sufrió múltiples traumatismos y precisó de atención psiquiátrica hasta 1998. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo (29.1.1999) declaró que las secuelas derivadas del accidente de trabajo por

Patricia eran constitutivas de invalidez permanente absoluta en grado de gran invalidez y reconoció el derecho de ésta a percibir una pensión mensual de 1.404,84 € con un recargo del 50% por falta de medidas de seguridad.

Patricia demanda al “SERGAS” y a la Xunta de Galicia y solicita una indemnización de 1.031.171,25 €, que la Consellería deniega por silencio administrativo. El TSJ Galicia (Sección 1ª, 3.3.2004) estima el recurso contencioso administrativo y condena a las administraciones codemandadas al pago de 300.500 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el “SERGAS” y la Xunta de Galicia. El TS, tras desestimar los argumentos por los cuales la demandante debería haber llamado al proceso a la empresa fabricante del ascensor y la encargada de su mantenimiento, se centra en el motivo central del recurso, a saber, si la existencia de una relación de empleo público entre víctima y Administración anula la responsabilidad patrimonial de esta última. El TS resuelve que, por más que el daño se haya producido en el desarrollo de una relación de servicio público, el accidente queda fuera de los riesgos inherentes al ejercicio de su procepción, de manera que la lesión es antijurídica, máxime cuando la empleada no tuvo la más mínima intervención en el accidente (F. J. 5º).

17. Costumbre / Custom

- Best Available Technology (BAT)
- As Low As Reasonably Achievable (ALARA)
- Cost-benefit: *Entergy Corp. v. Riverkeeper Inc. et al.*
- Custom

– The T.J. Hooper

60 F.2d 737 (2d Cir.), cert. Denied, 287 U.S. 662 (1932)

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

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

L. HAND,

It is not fair to say that there was a general custom among coastwise carriers so to equip their tugs. One line alone did it; as for the rest, they relied upon their crews, so far as they can be said to have relied at all. An adequate receiving set suitable for a coastwise tug can now be got at small cost and is reasonably reliable if kept up; obviously it is a source of great protection to their tows. Twice every day they can receive these predictions, based upon the widest possible information, available to every vessel within two or three hundred miles and more. Such a set is the ears of the tug to catch the spoken word, just as the master's binoculars are her eyes to see a storm signal ashore. Whatever may be said as to other vessels, tugs towing heavy coal laden barges, strung out for half a mile, have little power to manoeuvre, and do not, as this case proves, expose themselves to weather which would not turn back stancher craft. They can have at hand protection against dangers of which they can learn in no other way.

Is it then a final answer that the business had not yet generally adopted receiving sets? There are, no doubt, cases where courts seem to make the general practice of

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

Decree affirmed.

– Pablo Salvador Coderch/ Antonio Fernández Crende, “Instrumentos de control social y derecho de daños”, *InDret* 4/2004 (www.indret.com), pp. 10-12:

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

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

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

En un sencillo ejemplo, dos conductores (C1 y C2) barajan la posibilidad de instalar sendos sistemas de frenado ABS. La utilidad anual que cada conductor obtiene del disfrute de su automóvil es de 1200 €, y sus costes esperados serán de 600 € que

resultan de una probabilidad del 6% de sufrir un accidente que le comportará daños por valor de 10.000 € ($0,06 \times 10.000$). La instalación de un dispositivo de ABS tiene un coste de 100 € anuales ya que este sistema requiere de revisiones periódicas. Pero disponer de él reduce la probabilidad de sufrir un accidente de un 6% a un 2%, por lo que los costes esperados bajarán a 200 € ($0,02 \times 10.000$).

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

		C2	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900	500
	NoABS	600	600

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

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

$$\begin{aligned} \text{Beneficios en caso de ABS} &\rightarrow B(\text{ABS}) = p \cdot 900 + (1-p) \cdot 500 = p \cdot 400 + 500 \\ \text{Beneficios en caso de No ABS} &\rightarrow B(\text{NoABS}) = p \cdot 600 + (1-p) \cdot 600 = 600 \end{aligned}$$

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

C1 optará por instalar ABS siempre que:

$$\begin{aligned} B(\text{ABS}) &> B(\text{NoABS}), \text{ entonces:} \\ p \cdot 400 + 500 &> 600, \\ p &> 0,25 \end{aligned}$$

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

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

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

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

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

18. *Lex artis ad hoc*

STS, 1ª, de 5.12.2006 (RJ 2007, 232); MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Domingo y Lidia c. Alejandra.

Un enfermo terminal decide, junto con sus hijos, solicitar el alta hospitalaria para pasar sus últimos días de vida en el domicilio particular. Ante el agravamiento del padre, sus hijos llaman a una médico, quien realiza una visita a domicilio, no examina al enfermo, les recrimina haber solicitado el alta voluntaria y les dice que continúen con el tratamiento prescrito en el hospital. Al día siguiente, agravada la situación del enfermo, sus hijos vuelven a llamar a la médico, quien se niega a visitar al paciente.

Después de la muerte del enfermo, sus hijos demandan a la médico y solicitan una declaración de que ha actuado negligentemente y les ha causado un daño moral (acción mero-declarativa). En la demanda, la imputación subjetiva del daño se relaciona principalmente con la vulneración de normas éticas previstas en el Código Deontológico (OM de 23.4.1979) que establecen reglas de conducta de los profesionales médicos en situaciones de enfermedad terminal y respeto a la vida y dignidad de la persona.

El JPI estimó la demanda, que fue revocada por la AP. El Tribunal Supremo desestima el recurso de los actores y confirma la SAP. Para el Tribunal Supremo, la *lex artis ad hoc* viene determinada, de forma principal, por la legislación sanitaria (LGS, Ley 44/2003, Ley 42/2002, entre otras). Sin embargo, es posible que las normas deontológicas sirvan para integrar el contenido de las reglas de actuación profesional y los protocolos sanitarios y que puedan servir como fundamentos de un reproche culpabilístico si el facultativo ha infringido sus obligaciones principales: *“no le es exigible al médico un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, [...] y sin que tenga una clara incidencia terapéutica, le imponga conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual”*.

El control de la vulneración de normas deontológicas quedaría, así, reservado a los Colegios de Médicos.

19. *Res ipsa loquitur*

– STS, 1ª, 9.12.1998 (RJ 1998, 9427). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz

La esposa del actor, de 78 años de edad, fue intervenida satisfactoriamente de halux valgus bilateral, esto es, juanetes. A los pocos días de la intervención, sin embargo, la paciente presentó un cuadro de contractura muscular progresiva a nivel cervical, con dificultad de deglución, por lo que, ante la sospecha de que se tratara de tétanos postquirúrgico se inició el oportuno tratamiento y la enferma fue trasladada a otro hospital donde, confirmado el diagnóstico fue ingresada en la UCI. La paciente falleció a los quince días por tétanos grave postquirúrgico. El actor demandó a la congregación religiosa titular del hospital, al cirujano, al médico que le asistió en la operación y a la Mutua General de Seguros en reclamación de una indemnización 120.202,42 €. El Juzgado desestimó la demanda, mas la Audiencia revocó la sentencia y condenó a la congregación religiosa y a la compañía aseguradora a pagar 90.151,82 € más las costas causadas en primera instancia. El Tribunal Supremo revocó la Sentencia de la Audiencia únicamente en lo referente a la condena en costas, en el sentido de no imponer las de primera instancia a ninguna de las partes. La Sentencia imputa el resultado dañoso al mal cumplimiento por la entidad titular del centro hospitalario, de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones. Y ello porque, aunque se afirma que la obligación médica es de medios, no de resultado, ello no obsta a la presunción desfavorable que nace del daño, cuando éste es desproporcionado en relación con lo que es usual.

Por primera vez el Tribunal Supremo identifica la doctrina del daño desproporcionado con las medidas de facilitación de la prueba existentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: «[C]onviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la Sentencia de 13 diciembre 1997 [A.8816]), que 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 exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima» (FD. 2º).

– STS, Sala 1ª, de 8.5.2003, (RJ 2003, 3890; MP: Xavier O'Callaghan): fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria

– Otras sentencias sobre responsabilidad médica por daños desproporcionados: SSTS, 1ª, 26.9.1997 (RJ 1997, 6458); 29.6.1999 (RJ 1999, 4895); 9.12.1999 (RJ 1999, 8173).

– Bibliografía específica: Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 186 y ss.

20. Imputación objetiva / Proximate Causation; Scope of Liability

Pablo SALVADOR/Antonio FERNÁNDEZ, "Causalidad y Reponsabilidad", 3th ed., *InDret* 1/2006 (www.indret.com).

20.1. Foreseeability / Previsibilidad

– *Palsgraf v. Long Island R.R.*

N248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)

APPEAL from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court in the second judicial department, entered December 16, 1927, affirming a judgment in favor of plaintiff entered upon a verdict.

CARDOZO, Ch. J.

Plaintiff was standing on a platform of defendant's railroad after buying a ticket to go to Rockaway Beach. A train stopped at the station, bound for another place. Two men ran forward to catch it. One of the men reached the platform of the car without mishap, though the train was already moving. The other man, carrying a package, jumped aboard the car, but seemed unsteady as if about to fall. A guard on the car, who had held the door open, reached forward to help him in, and another guard on the platform pushed him from behind. In this act, the package was dislodged, and fell upon the rails. It was a package of small size, about fifteen inches long, and was covered by a newspaper. In fact it contained fireworks, but there was nothing in its appearance to give notice of its contents. The fireworks when they fell exploded. The shock of the explosion threw down some scales at the other end of the platform, many feet away. The scales struck the plaintiff, causing injuries for which she sues.

The conduct of the defendant's guard, if a wrong in its relation to the holder of the package, was not a wrong in its relation to the plaintiff, standing far away. Relatively to her it was not negligence at all. Nothing in the situation gave notice that the falling package had in it the potency of peril to persons thus removed. Negligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right. "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do" [...]

If no hazard was apparent to the eye of ordinary vigilance, an act innocent and harmless, at least to outward seeming, with reference to her, did not take to itself the quality of a tort because it happened to be a wrong, [...]

The risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension[...]

Negligence, like risk, is thus a term of relation. Negligence in the abstract, apart from things related, is surely not a tort, if indeed it is understandable at all [...]

The law of causation, remote or proximate, is thus foreign to the case before us. The question of liability is always anterior to the question of the measure of the consequences that go with liability. If there is no tort to be redressed, there is no occasion to consider what damage might be recovered if there were a finding of a tort.

ANDREWS, J. (dissenting).

But we are told that "there is no negligence unless there is in the particular case a legal duty to take care, and this duty must be one which is owed to the plaintiff himself and not merely to others." (Salmond Torts [6th ed.], 24.) This, I think too narrow a conception. Where there is the unreasonable act, and some right that may be affected there is negligence whether damage does or does not result. That is immaterial. Should we drive down Broadway at a reckless speed, we are negligent whether we strike an approaching car or miss it by an inch. The act itself is wrongful. It is a wrong not only to those who happen to be within the radius of danger but to all who might have been there— a wrong to the public at large. Such is the language of the street. Such the language of the courts when speaking of contributory negligence. Such again and again their language in speaking of the duty of some defendant and discussing proximate cause in cases where such a discussion is wholly irrelevant on any other theory. (*Perry v. Rochester Line Co.*, 219 N. Y. 60.) As was said by Mr. Justice HOLMES many years ago, "the measure of the defendant's duty in determining whether a wrong has been committed is one thing, the measure of liability when a wrong has been committed is another." (*Spade v. Lynn & Boston R. R. Co.*, 172 Mass. 488.) Due care is a duty imposed on each one of us to protect society from unnecessary danger, not to protect A, B or C alone.

The proposition is this. Every one owes to the world at large the duty of refraining from those acts that may unreasonably threaten the safety of others. Such an act occurs. Not only is he wronged to whom harm might reasonably be expected to result, but he also who is in fact injured, even if he be outside what would generally be thought the danger zone. There needs be duty due the one complaining but this is not a duty to a particular individual because as to him harm might be expected. Harm to some one being the natural result of the act, not only that one alone, but all those in fact injured may complain. We have never, I think, held otherwise. Indeed in the *Di Caprio* case we said that a breach of a general ordinance defining the degree of care to be exercised in one's calling is evidence of negligence as to every one. We did not limit this statement to those who might be expected to be exposed

to danger. Unreasonable risk being taken, its consequences are not confined to those who might probably be hurt.

– STS, 1ª, 19.7.1996 (RJ 1996, 5654)

El 12 de septiembre de 1987, hacia el atardecer, un tractor que remolcaba una voluminosa carga de paja subía por la calle de la Amargura de Santa Cristina de Valmadrigal (Valladolid) cuando, al poco de iniciar la cuesta, la paja rozó una línea de baja tensión que cruzaba la calle y cuyos cables habían perdido el aislante. Al contacto, saltó una chispa, la paja prendió, ardió toda la carga, algunas pavesas volaron, llevadas por el calor y el viento, hasta la ventana abierta de una casa vecina, ardió una cortina y con ella toda la casa. Sus propietarios demandaron 105.857 € al conductor del tractor, a su propietario, al que lo había sido del remolque, así como a “Electromolinera de Valladolid” que explotaba la línea eléctrica. La Sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar a los actores una indemnización de 59.748 €. En apelación, la Audiencia mantuvo la condena, pero absolvió al propietario del remolque pues entendió *“que era excesivo atribuir una responsabilidad in vigilando al propietario de un vehículo de por sí inmóvil”*. A su vez y en casación, el Tribunal Supremo absolvió a los demandados del pago de las costas, pero no modificó la condena indemnizatoria.

20.2. Proximate Cause / Causalidad Adecuada / Adäquanztheorie

– **Stahlecker v. Ford Motor Company**

266 Neb. 601, 667 N.W.2d 244 (2003)

This is a civil action for damages resulting from the injury and wrongful death of Amy M. Stahlecker (Amy). Appellants, Susan Stahlecker and Dale Stahlecker, parents of the deceased and special administrators of her estate, alleged that during the early morning hours of April 29, 2000, Amy was driving a 1997 Ford Explorer equipped with Firestone Wilderness AT radial tires in a remote area of western Douglas County, Nebraska, when one of the tires failed, rendering the vehicle inoperable. They further alleged that Richard Cook encountered Amy “alone and stranded” as a direct result of the tire failure and that he assaulted and murdered her. The Stahleckers brought this action against Ford Motor Company (Ford), the manufacturer of the vehicle; Bridgestone/Firestone, Inc. (Firestone), the manufacturer of the tire; and Cook. The district court for Dodge County sustained demurrers filed on behalf of Ford and Firestone and dismissed the action as to those parties. We affirm.

The Stahleckers alleged that “long before April 29, 2000,” Ford and Firestone had actual knowledge of “the defective nature of the Ford Explorer’s Firestone tires and their propensity to unexpectedly blow out causing wide-ranging results that included stranding and rollovers.” The Stahleckers alleged that Ford and Firestone withheld this knowledge from consumers and the general public and advertised the Ford Explorer equipped with Firestone tires as “dependable when used under similar circumstances as Amy was using them during the early morning hours of April 29, 2000.”

In order to prevail in a negligence action, a plaintiff must establish the defendant’s duty to protect the plaintiff from injury, a failure to discharge that duty, and damages proximately caused by the failure to discharge that duty. [...]by alleging that Ford and Firestone failed to exercise reasonable care in designing and manufacturing their tires, and failed to warn users of potential tire defects, the Stahleckers have alleged the existence of a legal duty and a breach thereof by both Ford and Firestone. The remaining issue is whether the breach of this duty was the proximate cause of Amy’s harm.

The proximate cause of an injury is “that cause which, in a natural and continuous sequence, without any efficient, intervening cause, produces the injury, and without which the injury would not have occurred.” [...] Stated another way, a plaintiff must meet three basic requirements in establishing proximate cause: (1) that without the negligent action, the injury would not have occurred, commonly known as the “but for” rule; (2) that the injury was a natural and probable result of the negligence; and (3) that there was no efficient intervening cause[...]

As to the first requirement, a defendant's conduct is the cause of the event if "the event would not have occurred but for that conduct; conversely, the defendant's conduct is not a cause of the event if the event would have occurred without it." *Haselhorst v. State*, 240 Neb. at 899, 485 N.W.2d at 187. In this case, accepting as true the allegations of the operative amended petition, the first element of proximate causation is established. The petition alleges that Cook "found Amy alone and stranded as a direct result of the failure of the Firestone Wilderness AT Radial Tire and proceeded to abduct, terrorize, rape and murder Amy." Firestone concedes that under the factual allegations of the Stahleckers' petition, that " 'but for' " the failure of its tire, Amy would not have been at the place where she was assaulted and murdered.

The second and third components of proximate causation are somewhat interrelated. Was the criminal assault and murder the "natural and probable" result of the failure to warn of potential tire failure, or did the criminal acts constitute an effective intervening cause which would preclude any causal link between the failure to warn and the injuries and wrongful death for which damages are claimed in this action? An efficient intervening cause is a new, independent force intervening between the defendant's negligent act and the plaintiff's injury. [...] This force may be the conduct of a third person who had full control of the situation, whose conduct the defendant could not anticipate or contemplate, and whose conduct resulted directly in the plaintiff's injury [...].

This principle requires that we determine whether the duty owed to Amy by Ford and Firestone, as manufacturers and sellers of the allegedly defective tires, included a duty to anticipate and guard against criminal acts perpetrated against the users of such tires. [...]

Generally, we have recognized a duty to anticipate and protect another against criminal acts where the party charged with the duty has some right of control over the perpetrator of such acts or the physical premises upon which the crime occurs [...].

We have found no authority recognizing a duty on the part of the manufacturer of a product to protect a consumer from criminal activity at the scene of a product failure where no physical harm is caused by the product itself. [...] The Stahleckers argue that a duty to anticipate criminal acts associated with product failure arises from their allegations that Ford and Firestone knew or should have known of "the potential for similar dangerous situations arising as a result of a breakdown of a Ford Explorer and/or its tires resulting in danger to its consumers and users from criminal activity, adverse weather conditions, inability to communicate with others or any combination thereof." They also allege that Ford and Firestone had or should have had "knowledge, to include statistical information, regarding the likelihood of criminal conduct and/or sexual assault against auto and tire industry

consumers as a result of unexpected auto and/or tire failures in general.” Assuming the truth of these allegations, the most that can be inferred is that Ford and Firestone had general knowledge that criminal assaults can occur at the scene of a vehicular product failure. However, it is generally known that violent crime can and does occur in a variety of settings, including the relative safety of a victim's home. The facts alleged do not present the type of knowledge concerning a specific individual's criminal propensity, or right of control over premises known to have been the scene of prior criminal activity, upon which we have recognized a tort duty to protect another from criminal acts. The Stahleckers have not and could not allege any special relationship between Ford and Firestone and the criminal actor (Cook) or the victim of his crime (Amy) which would extend their duty, as manufacturers and sellers of products, to protect a consumer from harm caused by a criminal act perpetrated at the scene of a product failure [...].

Although the operative amended petition alleges sufficient facts to establish that Ford and Firestone negligently placed defective products on the market which caused Amy to become stranded at night in a remote location, it alleges no facts upon which either Ford or Firestone would have a legal duty to anticipate and guard against the criminal acts which were committed at that location by another party. Therefore, the criminal acts constitute an efficient intervening cause which necessarily defeats proof of the essential element of proximate cause.

Affirmed.

– STS, 1ª, 1.4.1997 (Ar. 2724)

Un atracador forcejeó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria luego demandada. El pestillo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 €. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El TS confirmó la decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada: “(...) *para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [E]s 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*” (F.D. 2º). Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución.

– STS, 1ª, 12.5.2004 (Ar. 2736)

Un perro, de raza doberman y cuyo propietario era Lázaro, se escapó, entró en la finca colindante y vecina, propiedad de Millán y Claudia, y comenzó a pelearse con el perro de éstos. Tras forcejear para separarlos, Millán sufrió una parada cardíaca que le provocó la muerte. Su viuda demandó a Lázaro y solicitó una indemnización de 55.896,18 €. El JPI nº 3 de Tortosa (17.11.97) estimó íntegramente la demanda en aplicación del art. 1905 CC que establece una responsabilidad objetiva del poseedor de animales: “[e]l poseedor de un animal, o el que se sirva de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”. El demandado apeló y la AP de Tarragona (Sección 3ª, 3.2.1998) estimó en parte su recurso en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización a 27.948,08 € al considerar que la propia víctima, conocedora de su enfermedad, había concurrido a la producción del daño. El demandado recurrió en casación alegando que no había relación de causalidad, pero el TS declaró no haber lugar al recurso al confirmar la existencia de nexo causal entre la entrada del perro en la finca ajena y la parada cardíaca sufrida por el dueño de la finca, pues el resultado era previsible debido a que Lázaro era conocedor de la insuficiencia cardíaca que la víctima padecía –“el desenlace –muerte- era de prever debido a estas placas ateromatosas obstructivas de las coronarias, que indican un enlace causal, preciso y directo entre la entrada violenta del perro y la muerte de Lázaro” (F.D. 2º)-.

20.3. General Life Risks/ Riesgos generales de la vida /*Erlaubte Risiken*

– STS, 3ª, 29.10.1998 (Ar. 8421)

Un joven que se arrojó al mar desde un rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalado el lugar como peligroso. En vano: el mar siempre lo es y no es razonable señalar toda la costa. Parecidamente, la STS, 3ª, 8.4.2003 (Ar. 3683) resuelve un caso en el que una viandante sufrió daños en sus rodillas al golpearse contra un muro a causa de un fuerte golpe de mar que superó el Muro de San Lorenzo del paseo marítimo de Gijón (Asturias). El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la actora sirviéndose de los criterios del riesgo general de la vida y de la asunción de riesgos por parte de la víctima, pues, debido al temporal, la policía municipal había cortado el tráfico en el paseo marítimo y había advertido a los viandantes de que tuvieran cuidado al transitar por la zona. El Tribunal afirmó literalmente: *“no hay base legal ni jurisprudencial que permita sostener que, al introducir en nuestro ordenamiento la regla de la responsabilidad extracontractual y objetiva de los poderes públicos, se haya querido convertir a los mismos en aseguradores universales, ni hacerlos responsables de las imprudencias de los particulares”* (F.D. 3º).

– STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 1ª, 2.1.2003 (Ar. 318)

La doctrina del riesgo general de la vida no sólo se aplica a riesgos derivados de causas naturales, sino también a riesgos creados por el ingenio humano. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 1ª, 2.1.2003 (Ar. 318) resuelve un caso en el que la víctima falleció al ser arrollada por un tren mientras cruzaba por un paso a nivel en la estación de Benimámet (Valencia). Todas las señales funcionaban correctamente y el conductor no sólo había utilizado las señales acústicas correspondientes sino que, al advertir que alguien cruzaba la vía, disminuyó la velocidad hasta casi detener el tren en el momento de la colisión. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto por los familiares de la víctima al afirmar que *“la causa eficiente del accidente fue la propia conducta de Dña. Marí Luz [...] Podría plantearse la existencia de responsabilidad por la propia existencia del paso a nivel en el ámbito urbano, mas entiende la Sala que los mismos -aun cuando sea deseable su desaparición por la paulatina conversión de las líneas en subterráneas en las zonas urbanas y así parece que se realiza con las de nueva construcción- son necesarios para el normal funcionamiento del servicio público y lo que es exigible a las Administraciones Públicas implicadas es el establecimiento de las medidas de seguridad legalmente previstas. Una vez establecidas éstas, en correcto funcionamiento y desplegada la diligencia exigible por los empleados (como es el caso), no puede imputarse a dichas Administraciones la producción de accidentes por la inobservancia de las medidas por los usuarios”* (F.D. 5º).

20.4. Remoteness / Prohibición de regreso y posición de garante / *Regressverbot und Garantenstellung*

No cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. Así, no cabe responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor por el crimen que éste perpetró luego con armas adquiridas gracias al dinero pagado. La doctrina en cuestión sólo puede analizarse con precisión en sede de autoría y participación, materia muy alejada del objeto de estas notas. Aquí bastará con indicar que el demandado no responderá salvo que hubiera estado en posición de garante en el momento en que ocurrieron los hechos. En derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestros, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero social y después jurisprudencialmente para cada sector específico del tráfico.

El ejemplo clásico de prohibición del regreso es la interposición de una conducta dolosa de un tercero y sobre todo si es criminal. Así, la jurisprudencia de la Sala Tercera rechazaba históricamente las reclamaciones de las víctimas de delitos, pues consideraba que su comisión derivaba exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento de los servicios públicos de seguridad ciudadana. Sin embargo, el criterio de la prohibición del regreso admite muchas modulaciones normativas y la evolución de la jurisprudencia española da razón de alguna muy significativa.

La STS, 3ª, 16.12.1997 (Ar. 8786) inició un cambio de nota: condenó a la Administración central del Estado a pagar 75.121 € a la viuda de la víctima de un robo con homicidio perpetrado por dos reclusos que disfrutaban de un permiso penitenciario. Otras han seguido después: STS, 3ª, 25.5.2000 (Ar. 6278): preso fugado disparó e hirió al actor con un arma de fuego; STS, 2ª, 29.5.2001 (Ar. 4575): recluso durante un permiso hirió y violó a una mujer. En este último caso en vía penal, el TS negó la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 121 del Código Penal porque los presos no son funcionarios públicos, al tiempo que sugirió reclamar por error judicial vía artículos 292 y ss. LOPJ.

Las SSAN, 30.5.2001 (Ar. 1236) y 20.3.2002 (La Ley, nº 4793): dos casos trágicamente gemelos protagonizados por los mismos delincuentes que cometieron sendos robos con homicidio consecutivos, el mismo día y contra dos taxistas; uno de los autores había sido objeto de una medida cautelar en un centro de internamiento de extranjeros en trámite de expulsión, posteriormente había cumplido una condena de dos semanas en prisión pero, en lugar de ser devuelto al centro de internamiento, había sido puesto en libertad, circunstancia que aprovechó para asaltar a sus víctimas con ayuda de un tercero. La primera sentencia condenó a la Administración a pagar 132.222,66 € y, la segunda, 120.202 €.

20.5. Harm within the Risk / *Ámbito de protección de la norma /Schutzbereich der Norm*

– STS, 1ª, 8.10.1998 (Ar. 7559)

Un trabajador había muerto atropellado por un camión cuando, al dirigir la operación de su carga, se situó tras un punto ciego del vehículo y éste le aplastó. En la demanda, su viuda e hijos alegaron que el conductor del camión no poseía el certificado de aptitud de manejo de maquinaria minera exigido por el art. 117 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (R.D. 863/1985, de 2 de abril). El TS confirmó las sentencias desestimatorias de las instancias, pues “[l]a ausencia de dicho permiso es irrelevante en este caso” (F.D. 2º).

– STS, 3ª, 3.11.2008 (RJ 2008\5852). MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco (véase apartado 16).

20.6. Provocation / Provocación / Herausforderung

– STS, 2ª, 26.9.2005 (La Ley, nº 6369)

La víctima, detenida ilegalmente por Víctor M. y Rafael, sufrió lesiones personales y daños en la ropa al arrojarse por la ventana para huir de sus captores cuando éstos la estaban amenazando con bisturís, cable eléctrico y una pistola para que se quitara la ropa. La SAP Madrid de 4.10.2004 condenó a los acusados, Víctor M. y Rafael, por sendos delitos de robo con intimidación, detención ilegal y delito contra la integridad moral, pero les absolvió de indemnizar a la víctima. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó el recurso de casación, revocó la SAP e imputó objetivamente los daños a la conducta de los culpables condenándoles a indemnizar a la víctima con 21.600 € por las lesiones, 3.083,41 € por las secuelas y 81,30 € por los daños en la ropa. Literalmente, el Tribunal expuso: *“[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP”*.

21. Negligencia bilateral / Bilateral Care

i. Negligencia contributiva / Contributory Negligence

- *Butterfield v. Forrester*

103 Eng. Rep. 926 (K.B. 1809).

This was an action on the case for obstructing a highway, by means of which obstruction the plaintiff [Butterfield], who was riding along the road, was thrown down with his horse, and injured, etc. At the trial before Bailey, J. at Derby, it appeared that the defendant [Forrester], for the purpose of making some repairs to his house, which was close by the roadside at one end of the town, had put up a pole across part of the road, a free passage being left by another branch or tree in the same direction. That the plaintiff left a public house not far distant from the place in question at 8 o'clock in the evening in August, when they were just beginning to light candles, but while there still was light enough to discern the obstruction at one hundred yards distance; and the witness who proved this, said that if the plaintiff had not been riding very hard he might have observed and avoided it; the plaintiff, however, who was riding violently, did not observe it, but rode against it, and fell with his horse and was much hurt in consequence of the accident; and there was no evidence of his being intoxicated at the time. On this evidence, Bailey, J., directed the jury, that if a person riding with reasonable and ordinary care could have seen and avoided the obstruction; and if they were satisfied that the plaintiff was riding along the street extremely hard, and without ordinary care, they should find a verdict for the defendant, which they accordingly did.

Lord Ellenbrough, C.J. A party is not to cast himself upon an obstruction, which had been made by the fault of another, and avail himself of it, if he does not himself use common and ordinary caution to be in the right. In case of persons riding upon what is considered to be the wrong side of the road that would not authorize another purposely to ride up against them. One person being in fault will not dispense with another's using ordinary care for himself. Two things must occur to support this action: an obstruction in the road by the fault of the defendant, and no want of ordinary care to avoid it on the part of the plaintiff.

- *LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry.*, 232 US. 340 (1914).

- STS, 1ª, 3.6.1901. Colección Legislativa, 91 pág. 867.

“[...E]n la mayor parte de los casos, las víctimas potenciales *también* pueden influir en la frecuencia y gravedad de los accidentes: los conductores de automóviles, por ej., pueden conducir prudentemente y los peatones pueden caminar también con mayor o menor precaución. En tales casos, se habla de precaución o causación

bilateral de daños (*bilateral care, joint care*) y el concepto de precaución óptima se complica un poco, pues depende del cuidado adoptado por ambas partes.

Supongamos, en un ejemplo tomado, con algunas modificaciones, de Richard A. POSNER (*Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Aspen Law & Business, New York, 2003, pág. 172), a su vez inspirado en un caso (*LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.*, 232 U.S. 340 (1914)) real de principios del siglo XX, un granjero es propietario de una plantación de algodón que es atravesada por una vía de ferrocarril. El paso de las locomotoras de vapor provoca ocasionalmente chispas, con el consiguiente riesgo de incendio de los campos. Ambas partes pueden adoptar tres niveles distintos de precaución: ninguna, media o alta. Así, el granjero puede plantar algodón junto a las vías del ferrocarril, hacerlo a 75 m. de distancia o alejarlo hasta 200 m. de las vías. Por su parte, la compañía propietaria del ferrocarril puede instalar en las chimeneas de sus locomotoras un artilugio apaga chispas de calidad media o alta, pero también puede resolver no instalar ninguno.

En la **tabla 2**, sus tres columnas recogen los distintos niveles de precaución que pueden adoptar las partes, así como sus costes respectivos. Los beneficios esperados en ahorro de daños son los mismos en los tres primeros casos e importan 150 € (en la cuarta columna, donde ni granjero ni ferrocarril adoptan ningún género de precaución, los daños suben a 300 €). La combinación óptima es aquella en la cual el granjero aleja su plantación a 75 m. de las vías y el ferrocarril instala en sus máquinas un mecanismo de calidad media. De este modo se previene un accidente cuyo daño esperado es de 150 €, con un coste de precaución de 75 €.

	Alta/0 m.	Media/ 75 m.	---/200 m.	---/0 m.
Coste precaución ferrocarril (F)	100	50	0	0
Coste precaución granjero (G)	0	25	110	0
Coste total precauciones (G+F)	100	75	110	0
Coste del daño (D)	150	150	150	300

Tabla 2.

El *pendant* español del caso americano *LeRoy Fibre Co. v. Chicago*⁴ es la STS, 1ª, 3.6.19015. La estación de Málaga destinaba un espacio a almiar de paja, situado junto a uno de los andenes. Una locomotora que se encontraba en ese andén inició la marcha, pero se vio obligada a dar contravapor. Puesto que mientras había estado parada un empleado había alimentado sus calderas para avivar el fuego, de su chimenea comenzaron a saltar chispas que provocaron el incendio del almiar y de unas mercancías almacenadas cerca, propiedad del actor. Éste demandó a la

Compañía de ferrocarril. Tanto el JPI de Málaga como la AP de Granada desestimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso: “La sentencia recurrida, en virtud de los hechos que consigna con relación a las pruebas del pleito, declara que no han incurrido en culpa o negligencia los dependientes de la Compañía del Ferrocarril, a la cual no afecta en este caso responsabilidad directa, ni indirecta, porque ninguna obligación había contraído y porque los almiarres de paja, sin convenio o pacto que limitase el derecho de la empresa a utilizar la vía llamada del Peso, se colocaron en la inmediación de la misma por los dueños de aquella mercancía a sabiendas del uso constante que se podía hacer de la vía, por cuya razón no hay vínculo jurídico ni precepto legal que ampare la indemnización que pide el recurrente” (FJ 2º).

– STS, 4ª, 6.7.1990 (Ar. 6062). MP: *Antonio Martín Valverde*. Inexistencia de error judicial al presentar un documento en idioma extranjero sin acompañar traducción.

ii. The Last Clear Chance Doctrine

- *Davies v. Mann*
152 Eng. Rep. 588.

At the trial, before Erskine, J., it appeared that the plaintiff, having fettered the forefeet of an ass belonging to him, turned it into a public highway, and at the same time in question the ass was grazing on the off side of a road about eight yards wide, when the defendant's wagon, with a team of three horses, coming down a slight descent, at what the witness termed a smartish pace, ran against the ass, knocked it down, and the wheels passing over it, it died soon after. ... The learned judge told the jury, that ... if they thought that the accident might have been avoided by the exercise of ordinary care on the part of the driver, to find for the plaintiff. The jury found their verdict for the plaintiff...

[The defendant's attorney] moved for a new trial, on the ground of misdirection. The act of the plaintiff in turning the donkey into the public highway was an illegal one, and, as the injury arose principally from that act, the plaintiff is not entitled to compensation for that injury which, but for his own unlawful act would never have occurred. ...The principle focus of law ... is, that where an accident is the result of faults on both sides, neither party can maintain an action. Thus, in *Butterfield v. Forrester*, 11 East 60, it was held that one who is injured by an obstruction on a highway, against which he fell, cannot maintain an action, if it appear that he was riding with great violence and want of ordinary care, without which he might have seen and avoided the obstruction. ...

Lord Abinger, C.B. ...[A]s the defendant might, by proper care, have avoided injuring the animal, and did not, he is liable for the consequence of his negligence, though the animal may have been improperly there.

Parke, B. ... [T]he negligence which is to preclude a plaintiff from recovering in an action of this nature, must be such as that he could, by ordinary care, have avoided the consequences of the defendant's negligence. ... [A]lthough the ass may have been wrongly there, still the defendant was bound to go along the road at such a pace as would be likely to prevent mischief. Were this not so, a man might justify the driving over goods left on a public highway, or even over a man lying asleep there, or the purposely running against a carriage going on the wrong side of the road. ...

– RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS

§479. Last Clear Chance: Helpless Plaintiff.

A plaintiff who has negligently subjected himself to a risk of harm from the defendant's subsequent negligence may recover for harm caused thereby if, *immediately preceding the harm,*

(a) the plaintiff is unable to avoid it by the exercise of reasonable vigilance and care, and

(b) the defendant is negligent in failing to utilize with reasonable care and competence his then existing opportunity to avoid the harm, when he

(i) knows of the plaintiff's situation and realizes or has reason to realize the peril involved in it or

(ii) would discover the situation and thus have reason to realize the peril, if he were to exercise the vigilance which it is then his duty to the plaintiff to exercise.

§ 480. Last Clear Chance: Inattentive Plaintiff

A plaintiff who, by the exercise of reasonable vigilance, could discover the danger created by the defendant's negligence in time to avoid the harm to him, can recover if, but only if, the defendant

(a) knows of the plaintiff's situation, and

(b) realizes or has reason to realize that the plaintiff is inattentive and therefore unlikely to discover his peril in time to avoid the harm, and

(c) thereafter is negligent in failing to utilize with reasonable care and competence his then existing opportunity to avoid the harm.

iii. Negligencia comparativa o concurrencia de culpas / Comparative Negligence

– Antonio FERNÁNDEZ/Víctor M. SÁNCHEZ (2003), “Negligencia Multilateral en Accidente de Motocicleta, ¿cuál es el Estándar Óptimo de Responsabilidad?”, *InDret* 3/2003, (www.indret.com), pp. 10-11:

“Un mínimo de negligencia es inevitable, ya sea porque la tecnología avanza y el comportamiento antes diligente pasa a ser negligente, porque el agente no es capaz de ajustar su nivel de diligencia al estándar establecido según una persona media o porque el oportunista se aprovecha de su situación.

Además, los jueces tienen serios problemas de información a la hora de precisar los vagos estándares establecidos por la ley. El error judicial se hace patente tanto en la determinación del estándar como en la subsunción de la conducta de cada parte a éste.

Tampoco es del todo cierto que las interacciones sean reiteradas y que los agentes tomen sus decisiones simultáneamente.

Pongamos un ejemplo: en el ámbito de la contributory negligence, si asumimos que la interacción no es repetida (one shot game) y que la víctima ha iniciado el curso causal culposamente, entonces, al no tratarse de acciones simultáneas, el demandado no tendrá incentivos a evitar el accidente. De ahí la introducción de la cláusula “last clear chance”. Del mismo modo, con ésta tenemos el problema que la víctima que inicia la acción se puede comportar negligentemente esperando a que el demandado tenga la última oportunidad de evitarla.

Ante todos estos problemas debemos afirmar que los niveles de precaución de cada parte dependen, efectivamente, de la regla que adoptemos. Así, el demandado, bajo una regla de contributory negligence, toma niveles más bajos de precaución (Y(CnN)), ya que se verá exonerado de responsabilidad siempre que la víctima haya sido negligente. En el ámbito de la comparative negligence su grado de negligencia se verá compensado con el de la víctima, por esto tomará un nivel medio de precaución (Y(CmN)). Y, finalmente, con simple negligence, el juez sólo tendrá en cuenta su grado de negligencia, por lo que será más precavido que en los anteriores casos (Y(SN)). Los niveles de precaución del demandado bajo las distintas reglas quedan ordenados de la siguiente manera:

$$Y(CnN) < Y(CmN) < Y(SN)$$

Por contra, la víctima tiene incentivos a comportarse más diligentemente cuando el demandado tiene menos incentivos, debido a que la víctima deberá soportar los costes de los daños no compensados. De esta forma los niveles de precaución de la víctima son:

$$X(SN) < X(CmN) < X(CnN)$$

– STS, 1ª, 21.10.2002 (Ar. 8770). *MP: Antonio Gullón Ballesteros*. Accidente de tráfico por colisión de una motocicleta con un montón de grava y arena.

– Negligencia comparativa modificada:

- STS, 1ª, 21.7.2008 (JUR 2008\259554). *MP: Antonio Gullón Ballesteros*.

La madrugada del 24.2.1996, María Pilar se encontraba en la discoteca “Charlot” de Valladolid cuando el personal estaba realizando las labores de limpieza antes del cierre del local. El camarero Aurelio dejó encima de la barra un envase original de agua mineral, con etiqueta y tapón, que había rellenado de sosa cáustica, y salió del local para tirar la basura. María Pilar bebió del envase y sufrió graves lesiones esofágicas, que precisaron 19 intervenciones quirúrgicas, 1.103 días de incapacidad, gastos por un importe de 6.304,82 €, y de las que derivaron secuelas graves.

María Pilar demanda a Aurelio, a José Luis, propietario de la discoteca, y a su aseguradora, “Seguros A.G.F”, y solicita una indemnización de 6.304,82 € por gastos, 53.033,31 € por incapacidad, 300.506,05 € por secuelas físicas, y 90.151,82 € por secuelas psíquicas, con el límite de 150.253,03 € para la aseguradora.

El JPI núm. 2 de Valladolid (9.11.2000) estima en parte la demanda y condena a los demandados al pago de 90.151,82 €. La AP de Valladolid (Sección 1ª, 15.3.2001) estima en parte el recurso de la actora en el sentido de aumentar la indemnización a 209.591,14 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. El daño fue consecuencia directa y prácticamente exclusiva de la acción de Aurelio. “La mayor entidad de la principal negligencia del demandando Aurelio, absorbe o neutraliza prácticamente, cualquier negligencia levisima que quepa apreciar de la demandante” (FJ 1º).

- STS, 1ª, 12.12.2008 (JUR 2009\87699). *MP: Juan Antonio Xiol Ríos*.

La noche del 25.9.1999, Víctor atropelló con su vehículo a un peatón, que se encontraba en la zona de la calzada correspondiente al sentido contrario de circulación al que llevaba el vehículo, y se dio a la fuga. La trayectoria del automóvil era anómala y las circunstancias concurrentes, las fiestas patronales, exigían una circulación prudente. Como consecuencia del atropello, Jaime sufrió lesiones graves que provocaron su hospitalización durante 139 días, secuelas graves determinantes de gran invalidez y perjuicios económicos (*no consta cuantía*). Con posterioridad, Víctor se suicidó y sus herederos repudiaron la herencia.

Jaime demanda a la aseguradora del vehículo, “Multinacional Aseguradora”, y solicita una indemnización (*no consta cuantía*). El JPI núm. 4 de Santiago de Compostela (19.2.2001) condena a la aseguradora a pagar 556.875,27 €. La AP de A Coruña (Sección 6ª, 28.6.2002) estima en parte el recurso interpuesto por la aseguradora y reduce la indemnización a 296.028,03 €, al apreciar la concurrencia de la conducta negligente de la víctima.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Jaime, revoca la SAP y confirma la SJPI. “La negligencia del peatón, consistente en penetrar en la calzada por una parte por la que no era previsible que el vehículo circulase, y en circunstancias que imponían al conductor especiales deberes de precaución, tiene un carácter secundario que impide atribuirle relevancia a los efectos de exonerar al conductor de la imputación del daño producido como ajeno, en todo o en parte, a su responsabilidad objetiva por los riesgos de la circulación” (FD 3º).

22. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo / Victim's consent and assumption of risk / *Einverständnis, Tatbestandausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr*

No es imputable al agente el resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible. Este criterio suele ser aplicado para exonerar de responsabilidad al demandado cuando el demandante participó voluntariamente en cualquier tipo de práctica deportiva, realizó una actividad peligrosa a sabiendas del riesgo que conllevaba o invadió una finca ajena sin consentimiento del titular.

En la práctica de diferentes deportes habitualmente se aplica la asunción del riesgo por parte de la víctima (Jose PIÑEIRO SALGUERO, *Responsabilidad civil, práctica deportiva y asunción de riesgos*, Civitas, Cizur Menor, 2009). La primera sentencia que reconoció la asunción del riesgo durante la práctica deportiva fue la STS, 1ª, 22.10.1992 (Ar. 8399): un aficionado a la pelota vasca perdió un ojo al recibir un pelotazo de su contrincante. La víctima demandó a su contrincante y a la “Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA” y solicitó una indemnización de 60.324,18 €. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la entidad demandada, revocó las sentencias estimatorias de la instancia y desestimó las pretensiones del actor. El Tribunal afirmó que *“en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar – roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc. –, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas”* (F.D. 5º). Este criterio de imputación de daños ha sido aplicado continuadamente por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones: STS, 1ª, 18.3.1999 (Ar. 1658): esquiadora murió al chocar contra la caseta de un transformador eléctrico cuando descendía una pista de esquí sobre un plástico; STS, 1ª, 27.9.2001 (Ar. 7129): alumna de un curso de golf golpeó con el palo a su monitora al errar un golpe; STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8639): joven aficionado al rafting murió ahogado tras caer al agua y golpearse con una roca; STS, 3ª, 1.7.2002 (Ar. 6300): una participante en un encuentro de fútbol femenino sufrió una fractura compleja distal en el radio izquierdo.

El Tribunal Supremo también recurre a la asunción del riesgo en casos en los que la propia víctima realiza una actividad peligrosa a sabiendas del peligro que conllevaba. La STS, 1ª, 12.3.1998 (Ar. 1286) nos muestra un caso de autopuesta en peligro por parte de la víctima: una tarde de julio y para aliviarse del agobiante calor, un joven de 17 años, que no sabía nadar, decidió refrescarse en una charca próxima a la carpintería en la que trabajaba. Al día siguiente, la Guardia Civil lo encontró ahogado. Los actores reclamaron 60.101 € a la empresa de carpintería. Las instancias desestimaron la demanda y el TS no admitió el recurso de los actores.

En último lugar, son relativamente frecuentes los casos de daños sufridos por una persona que se adentró en una finca ajena sin consentimiento de su propietario. En este sentido, véase la STS, 1ª, 2.4.2004 (Ar. 2051): la víctima se adentró en una fábrica abandonada a través de un agujero de una de las vallas y, ya en el interior, accedió a un transformador de electricidad propiedad de “Fuerzas Eléctricas de Cataluña, SA” (FECSA) y se apoyó en un interruptor, a consecuencia de lo cual sufrió una descarga eléctrica que le provocó la pérdida de ambas manos. El TS estimó el recurso interpuesto por FECSA aplicando criterios de prohibición de regreso y de asunción del riesgo: la conducta ilícita del actor de acceder a una finca ajena y vallada para coger tuberías de cobre interfirió en el curso causal de los hechos y propició el accidente, con independencia del

riesgo que entrañaba la actividad de suministro eléctrico. Además, tal conducta suponía la aceptación de un grave riesgo por el sujeto *“habida cuenta de la peligrosidad que entraña el acceso sin control a una edificación [...] por persona desconocedora de las contingencias nocivas inherentes a la misma”* (F.D. 2º).

– *Knight v. Jewett*

3 Cal. 4th 296, 834 P.2d 696, 11 Cal. Rptr. 2d 2 (1992)

The plaintiff sued the defendant for personal injuries arising out of a touch football game. There was some dispute as to the defendant’s conduct which caused the plaintiff’s injury. According to the plaintiff, after the plaintiff caught a pass, the defendant ran into her from the rear, knocking her down, and stepping on her hand. The defendant’s version was that he collided with the plaintiff in an unsuccessful attempt to intercept the pass. The defendant moved for summary judgment, arguing that the plaintiff assumed the risk of injury by participating in the game. The trial judge granted the motion, and that decision was affirmed by the Court of Appeal.

– STS, 1ª, 17.10.2001 (RJ 8639). MP: **Jesús Corbal Fernández**. Joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego y, al cruzar un desfiladero de especial dificultad, cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto.

– STS, 1ª, 31.5.2006 (RJ 3494). MP: **José Antonio Seijas Quintana**. Ciclista, participante en la Vuelta a España, sufre lesiones muy graves como consecuencia de una caída producida en un túnel insuficientemente iluminado.