

## CAÍDAS EN ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN Y A LA CREACIÓN Y CONTROL DE UNA SITUACIÓN DEL PELIGRO COMO FUENTE DE LOS DEBERES DE ACTUAR

**Maria Lubomira Kubica**

*Estudiante de Doctorado. Área de Derecho Civil.  
Universidad de Girona*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

---

### EXTRACTO

Hoy en día se puede afirmar que todos los supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público constituyen casos de omisiones.

Al mismo tiempo, los casos objeto de este estudio constituyen uno de los supuestos que reflejan con más claridad la evolución de la jurisprudencia española en materia de culpa, contribuyendo de esta manera a delimitar las situaciones en las que cabe o no aplicar la teoría del riesgo. Así las cosas, cabe afirmar que la transformación experimentada por la jurisprudencia en el ámbito de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público pasó por tres etapas que, aunque bien diferenciadas en lo que respecta a los fundamentos doctrinales de la imputación subjetiva, son más difícilmente delimitables en términos temporales. El trabajo abarca también el difícil tema de la dogmática construcción de omisiones, materia hasta hoy en día poco tratada por la doctrina civilista española.

**Palabras claves:** caídas, omisiones, fuentes de deberes jurídicos y riesgo.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013*

## FALLS IN ESTABLISHMENTS OPEN TO PUBLIC. A SPECIAL REFERENCE TO LIABILITY FOR OMISSION AND TO A CREATION AND CONTROL OF A HAZARDOUS SITUATION AS A SOURCE OF DUTY OF CARE

Maria Lubomira Kubica

---

### ABSTRACT

Nowadays we can affirm that all the cases of falls suffered in the establishments open to public constitute omissions.

At the same time all analyzed here precedences reflect with clarity the evolution of fault in the Spanish case law, helping in that way to mark out the division line between the situations in which to apply and in which not to apply the theory of risk. In consequence, we can affirm that the transformation experienced by the case law in the field of falls suffered in the establishments open to public passed through three different stages. The latter are both, easy to differentiate when it comes to doctrinal grounds of subjective imputation and difficult to mark out in temporal terms. The study covers also a difficult question of dogmatic construction of omissions, a problem that has been very little dealt with in the Spanish civil doctrine.

**Keywords:** falls, omissions, sources of legal duties and risk.

---

---

## Sumario

1. Caídas y la teoría del riesgo
2. Primera etapa
3. Segunda etapa. Caídas en los establecimientos abiertos al público, un típico supuesto en el que no aplica la «inversión de la carga de la prueba»
4. Omisión y su «morfología dogmática»
5. Tercera etapa
6. Creación y control de una situación de peligro como una de las fuentes de los deberes jurídicos de actuar en casos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público

Bibliografía

## 1. CAÍDAS Y LA TEORÍA DEL RIESGO

Hoy en día se puede afirmar que todos los supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público constituyen casos de omisiones.

Al mismo tiempo, los casos objeto de este estudio constituyen uno de los supuestos que reflejan con más claridad la evolución de la jurisprudencia en materia de culpa, contribuyendo de esta manera a delimitar las situaciones en las que cabe o no aplicar la teoría del riesgo<sup>1</sup>. Adelantando las observaciones, se puede afirmar que la transformación experimentada por la jurisprudencia en el ámbito de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público pasó por tres etapas que, aunque bien diferenciadas en lo que respecta a los fundamentos doctrinales de la imputación subjetiva<sup>2</sup>, son más difícilmente delimitables en términos temporales.

Así las cosas, la primera etapa comenzará, posiblemente, en paralelo a la orientación dominante en los demás supuestos de la responsabilidad civil con fundamento en los artículos 1.902 y 1.903, en los años cincuenta del siglo pasado<sup>3</sup>, puesto que los límites de este trabajo hacen prescindir en este lugar de la exposición y análisis de las decisiones jurisprudenciales más antiguas que las de los años ochenta y noventa. El mencionado periodo, dominado por una clara tendencia tuitiva hacia las víctimas, por algunos descrita también como hipertrofia del principio *pro damnato*<sup>4</sup>, se caracterizó por un abusivo uso de diversos expedientes jurisprudenciales, generadores de formas más rigurosas de la responsabilidad por culpa, todos ellos deudores de la misma «tendencia objetivadora» englobada bajo la denominada teoría del riesgo<sup>5</sup>. Dichos expedientes, debido a las escasas posibilidades de la prueba en contrario, conforman «zonas grises» entre la

<sup>1</sup> Cfr. DE CUEVILLAS MATOZZI, I.: *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 392.

<sup>2</sup> Esta, como es bien sabido, puede tener como base, bien el criterio subjetivo de la culpa, o bien criterios más objetivos, dependientes en gran medida del factor riesgo, hasta llegar a las escasas, sino no-existentes, formas de la responsabilidad absoluta sin causas de exoneración algunas. A este efecto véase el comentario de Fernando PANTALEÓN, en «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil*, vol. II, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 1.562, n.º 3.

<sup>3</sup> Así parece también Ruda GONZÁLEZ, A.: «Comentario a la STS de 6 de junio de 2002», *CCJC*, núm. 60, octubre-diciembre 2002, pág. 1.073.

<sup>4</sup> Así, M.<sup>a</sup> Luisa ARCOS VIEIRA, «Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 2009», *CCJC*, núm. 83, 2010, pág. 688.

<sup>5</sup> Sobre la evolución de la teoría del riesgo en general, véase, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, págs. 65-86; MARTÍN CASALS, M., RIBOT, J. y SOLÉ, J.: «Spain», en H. KOCH, B. y KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague (etc.), Kluwer Law International, 2002, pág. 283.

forma pura de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva<sup>6</sup>. Como bien resaltó el autor de uno de los estudios sobre la jurisprudencia mayoritaria de aquel tiempo, en la primera etapa, y en cuanto a materia de caídas, se aplican expedientes como la inversión de la carga de la prueba de la culpa, la presunción de culpa y la exigencia de un mayor rigor en la diligencia debida por parte de los empresarios, especialmente en lo que se refiere a un mantenimiento limpio y seguro del suelo de sus locales. De acuerdo con esta misma línea de argumentación, los tribunales no deberían prescindir plenamente del principio de responsabilidad por culpa para aplicar una responsabilidad objetiva derivada del riesgo creado. Es por ello que se ha de evitar la automática atribución al titular de un local de la responsabilidad por cualquier daño que haya tenido lugar dentro del mismo, independientemente de cuál haya sido la causa, así como de cualquier posible imputación directa o indirecta al mismo de culpa alguna<sup>7</sup>. A pesar de la efectiva propagación de la aplicación al caso de la teoría del riesgo, muchas de las decisiones de este periodo declaran ya que la responsabilidad de los dueños de los establecimientos deriva de su conducta omisiva.

La segunda de las mencionadas etapas jurisprudenciales<sup>8</sup> viene originada principalmente por tres decisiones, siendo estas las SSTS de 12 de noviembre de 1993<sup>9</sup>, de 14 de julio de 1994<sup>10</sup> y de 20 de marzo de 1996<sup>11</sup>. No obstante, la doctrina, cuyos inicios se encuentran en ellas, no cobra importancia hasta principios del siglo XXI, concretamente hasta los años 2000-2001. Así, la tendencia común de dicho periodo, alejándose de la hasta entonces dominante «tendencia objetivadora», prescinde de la aplicación a los casos de caídas de la teoría del riesgo. En consecuencia, todos los esfuerzos jurisprudenciales de aquella época se centran en fundamentar dicha decisión que, como regla general, se reduce a la elaboración, con este propósito, de cuatro criterios principales. De ahí, se señala, que «el hecho de regentar un negocio abierto al Público, no pueda considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo»<sup>12</sup>; que es la falta de la peligrosidad de la conducta de las potenciales víctimas (*sic*) o la falta de peligrosidad de la actividad llevada a cabo por el demandado las que impiden la aplicación a tales casos de la teoría del riesgo; o, finalmente, que lo que cuenta a tales efectos es la falta de peligrosidad de determinadas instalaciones, es decir, de determinadas cosas. Muchas de las sentencias de esta época siguen remitiéndose a la eventual omisión del deber jurídico de actuar por parte de los dueños del local; hecho este que parece inevitable teniendo en cuenta el retraso con el que los casos llegan normalmente a ser

<sup>6</sup> Cfr. MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: «La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general», CÁMARA LAPUENTE, S (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, págs. 828-829.

<sup>7</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: «Bares, tiendas... y caídas», en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. e YZQUIERDO TOLSADA, M. (coords.), *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/Ciudad Argentina, Madrid, 2001, pág. 52.

<sup>8</sup> Dicha etapa fue anunciada en su tiempo por RUDA GONZÁLEZ, A. Véase «Comentario a la STS de 6 de junio de 2002», en *CCJC*, núm. 60, octubre-diciembre 2002, págs. 1.067-1.080.

<sup>9</sup> (AC 1993, 2309).

<sup>10</sup> (RJ 1994, 6390).

<sup>11</sup> (RJ 1996, 2244).

<sup>12</sup> Así, entre otras, SAP de Jaén de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1159).

oídos en casación, por una parte, y el principio de congruencia de la sentencia<sup>13</sup>, de una necesaria adecuación del fallo a las pretensiones de las partes<sup>14</sup>, por otra. Así las cosas, muchas de las decisiones del segundo periodo mencionado con anterioridad en grados superiores se refieren a *omisión* de los dueños de los establecimientos abiertos al público dada la alegación a esta por parte de las partes en el proceso en la primera instancia. Incluso así, alegada la no aplicación al caso de la teoría del riesgo, el Tribunal Supremo, de forma incoherente, asienta su no aplicación, como hemos observado, en la *actividad* del causante del daño, de la víctima (sic), en el *hecho de regentar un negocio* abierto al público o en varios de ellos a la vez.

Y, finalmente, con la tercera etapa, iniciada por las SSTS de 31 de octubre de 2006<sup>15</sup>, de 29 de noviembre de 2006<sup>16</sup> y de 22 de febrero de 2007<sup>17</sup>, la jurisprudencia viene declarando, en términos generales, que se ha de prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad por culpa y que la inversión de la carga de la prueba no procede más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando este está especialmente obligado a ello de acuerdo con el principio de facilidad y disponibilidad probatoria. En lo que se refiere a la responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio, se declara esta cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de las medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Y, por el contrario, no puede apreciarse tal responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida, por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad, o tiene carácter previsible para la víctima<sup>18</sup>.

En lo que se refiere a la concesión de las indemnizaciones reclamadas, a pesar de que desde la célebre publicación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO pocas cosas han cambiado en el senti-

<sup>13</sup> Sobre el requisito o principio de congruencia de la sentencia véase, entre otros, DE OLIVA SANTOS, A. y Díez PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 397-420; véase también una breve nota de REGLERO CAMPOS, F.: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Lecciones de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pág. 51. Según este, el principio de congruencia de la sentencia es compatible con ambos, tanto *iura novit curia* como *da mihi factum, dabo tibi ius*. No obstante, el tribunal podrá modificar la sentencia solamente cuando dicho cambio no genere indefensión de las partes.

<sup>14</sup> Véase, entre otras, la STS de 26 de enero de 2007 (RJ 2007,1873).

<sup>15</sup> (RJ 2006, 8882).

<sup>16</sup> (RJ 2007, 271).

<sup>17</sup> (RJ 2007, 1520).

<sup>18</sup> En este sentido, entre otras, SSTS de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882), de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8934) y de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 1699) y las SSAP de Zaragoza de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 174645), de Alicante de 21 de abril de 2008 (AC 2008, 1394), de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932), de Madrid de 10 de junio de 2008 (JUR 2008, 291891), de Girona de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 394946), de Vizcaya de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 2188).

do de que el ser humano también actualmente tiende a caerse con frecuencia<sup>19</sup>, y a pesar de que numerosos casos de caídas mantienen una importante presencia en el foro jurisprudencial en los últimos años<sup>20</sup>, la generosidad con la que los tribunales españoles dictaban las condenas indemnizatorias en los años ochenta y noventa del siglo pasado disminuyó considerablemente. Así, se puede afirmar que la mayoría de las sentencias aquí analizadas, con fecha posterior al año 2000, desestima los recursos, bien en apelación, bien en casación, denegando de esta manera la concesión de las cantidades indemnizatorias pedidas por las víctimas<sup>21</sup>.

## 2. PRIMERA ETAPA

Hasta bien entrados los años noventa la práctica jurisprudencial en materia de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público coincidía con la línea general en torno a la interpretación y aplicación del artículo 1.902 del Código Civil (CC). Esta última, marcada por la jurisprudencia de la segunda década del siglo XX, estaba revestida de un denominador común en forma de la llamada «objetivación de la responsabilidad por culpa»<sup>22</sup>. Hecho este que encontraba su reflejo en la

<sup>19</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Bares, tiendas... y caídas», *op. cit.*, pág. 49.

<sup>20</sup> En este sentido, CARBALLO FIDALGO, M.: «La responsabilidad civil por las lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público», *Dereito*, vol. 12, núm. 1, 2003, pág. 261.

<sup>21</sup> Así, SSTs de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1304), de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2110), de 6 de abril de 2000 (RJ 2000, 2508), de 7 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7376), de 17 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6222), de 29 de junio de 2001 (RJ 2002, 1470), de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8426), de 13 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1890), de 6 de junio de 2002 (RJ 2002, 4979), de 25 de julio de 2002 (RJ 2002, 7864), de 30 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9727), de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10435), de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1075), de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010), de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 5646), de 17 de julio de 2003 (RJ 2003, 4783), de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5508), de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1869), de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541), de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882), de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 271), de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1520), de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4338), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 209258), de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8934), de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 1699), de 17 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1494), de 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 862); y SSAP de Barcelona de 29 de mayo de 2001 (AC 2001, 1363), de Madrid de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 106656), de Sevilla de 29 de septiembre de 2005 (AC 2006, 136), de Madrid de 12 de julio de 2006 (AC 2006, 1996), de Madrid de 23 de octubre de 2007 (AC 2007, 2349), de Zaragoza de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 174645), de Pontevedra de 12 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164516), de Pontevedra de 24 de abril de 2008 (JUR 2008, 323053), de Valencia de 3 de junio de 2008 (JUR 2008, 274344), de Madrid de 10 de julio de 2008 (JUR 2008, 291891), de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932), de las Islas Baleares de 4 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 120457), de Barcelona de 9 de enero de 2009 (AC 2009, 549), de Madrid de 20 de marzo de 2009 (AC 2009, 917), de Valencia de 27 de marzo de 2009 (AC 2009, 985), de Vizcaya de 30 de marzo de 2009 (JUR 2009, 322003), de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853), de Pontevedra de 18 de junio de 2009 (JUR 2009, 309756), de Ourense de 28 de junio de 2007 (AC 2007, 1974), de Vizcaya de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 2188), y de Barcelona de 15 de octubre de 2009 (JUR 2009, 489574).

<sup>22</sup> Véase el análisis jurisprudencial hasta el año 1987 con las sucesivas aportaciones doctrinales, así como una exhaustiva exposición de los expedientes utilizados a tal efecto en CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

sistemática inversión de la carga de la prueba<sup>23</sup>, a veces traduciéndose también en el uso abusivo de las presunciones judiciales o en la adopción de un mayor grado de diligencia exigible<sup>24</sup>. En consecuencia, todavía en el año 1997 muchas de las decisiones en materia objeto de estudio seguían aplicando uno u otro de los expedientes mencionados con anterioridad, o varios de ellos a la vez.

Para propiciar algunos ejemplos, los rasgos esenciales de la teoría del riesgo, en general, y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los supuestos de caídas, en especial, fueron recogidos en su plenitud por la STS de 21 de noviembre de 1997. Los hechos de la decisión mencionada con anterioridad versan sobre un accidente sufrido por la víctima al precipitarse esta durante un espectáculo por una escalera que carecía de pasamanos de seguridad y en la que faltaba la sujeción de goma de fijación de la alfombra que la cubría. Estimada parcialmente la reclamación en apelación, recurrió en casación la aseguradora de la demandada, alegando la indebida aplicación del artículo 1.902 del CC, en relación con el artículo 1.214 del mismo cuerpo legal, así como de la doctrina jurisprudencial sobre la culpa extracontractual. El Tribunal Supremo desestimó el motivo en siguientes términos:

«La Sentencia de esta Sala, de 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760), que se ha de calificar como emblemática en la doctrina general sobre la culpabilidad, además de epítome de sentencias anteriores, establece que "la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el sentido subjetivo de la culpabilidad, según impone el artículo 1.902 del Código Civil, ha ido evolucionando, a partir de la Sentencia de 10 de julio de 1943 (RJ 1943, 856), hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandada por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable; ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada. Pero, sin embargo, la evolución de dicha objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revertido caracteres absolutos y, en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el vigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo".

Y la antedicha tesis es la que ha mantenido de una manera correcta la sentencia recurrida, no solo en el área de los principios, sino también en el aspecto tendencial, y con base a unos datos fácticos perfectamente deducidos, como son el que la escalera por la que se precipitó la víctima –ahora parte recurrida– carecía de pasamanos de seguridad, y

<sup>23</sup> MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J. y SOLÉ FELIU, J.: «Spain», en KOCH, B. A. y KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pág. 283.

<sup>24</sup> MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: «Responsabilidad objetiva. Supuestos especiales versus cláusula objetiva», *Revista de Derecho Privado*, pág. 829.



que la parte –ahora recurrente– no ha demostrado, como le incumbía, a virtud de la teoría de la inversión de la carga de la prueba, que el canto de goma de fijación de la alfombra que cubría las referidas escaleras estuviera sujeto antes del accidente. Con lo cual aparte de los indiscutidos requisitos de la producción de un daño, y de un nexo causal del mismo con una determinada acción u omisión, hay que proclamar que en el presente caso dicha omisión culposa aparece con claridad meridiana, desde el instante mismo que la empresa de espectáculos –ahora recurrente– no realizó las operaciones necesarias y suficientes, o por lo menos no lo ha demostrado como le incumbía, para dar la seguridad necesaria a unas escaleras por las que transitaban o podían transitar, toda clase de personas»<sup>25</sup>.

### 3. SEGUNDA ETAPA. CAÍDAS EN LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO, UN TÍPICO SUPUESTO EN EL QUE NO APLICA LA «INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA»

De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria del periodo entre los años 1990-2006 la responsabilidad por riesgo no aplica en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público<sup>26</sup>. En este sentido, se puede afirmar que son tres las sentencias del Tribunal Supremo que,

<sup>25</sup> F.2 de la STS de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8093). En la misma línea, con la abundante cita de resoluciones anteriores la STS de 28 de abril de 1997 (RJ 1997, 3408), aunque la demanda está desestimada y, por consiguiente, el recurso de casación decaído por estimarse acreditado el buen estado de la alfombra sobre la que resbala la víctima. De forma similar, la STS de 17 de julio de 1986 (RJ 1986, 4571), aunque esta última sitúa finalmente la causa del accidente (fallecimiento de un niño por caída a una piscina en construcción) en la culpa exclusiva de la víctima. Invierten la carga de la prueba en contra del demandado también las SSAP de las Islas Baleares de 25 de junio de 2001 (JUR 2001, 249565), de Castellón de 13 de julio de 1993 (AC 1993, 1464), de Álava de 21 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2563), de Sevilla 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1558) y de las Islas Baleares de 4 de mayo de 1992 (AC 1992, 830); y la STS de 14 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6741), aunque esta última con fundamento en el principio de facilidad probatoria.

<sup>26</sup> SSTS de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3209), de 5 de enero de 2010 (RJ 2010, 6), de 25 de marzo de 2010 (JUR 2010, 103601), de 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 862), de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 1699), de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4338), de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8934), de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882), de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541), de 17 de julio de 2003 (RJ 2003, 4783), de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4250), de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1075), de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2110), de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1304), de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), seguidas por las SSAP de Alicante de 21 de abril de 2008 (AC 2008, 1394), de Girona de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 394946), de Valencia de 27 de marzo de 2009 (AC 2009, 985), de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853), de Granada de 10 de julio de 2009 (JUR 2009, 479733), de Lleida de 8 de febrero de 2001 (AC 2001, 450), la cual no invierte la carga de la prueba con fundamento en el riesgo, lo hace, sin embargo, remitiéndose a la doctrina de la normalidad, facilidad o dificultad probatoria; SAP de Pontevedra de 24 de abril de 2008 (JUR 2008, 323053), de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932), de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC 2008, 1355), de Zaragoza de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 174645), de Valencia de 3 de junio de 2008 (JUR 2008, 274344), de Madrid de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 106656), de las Islas Baleares de 4 de noviembre de 2009 (JUR 2009, 120457), de Madrid de 10 de julio de 2008 (JUR 2008, 291891), de Pontevedra de 12 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164516), de Madrid de 23 de octubre de 2007 (AC 2007, 2349), de Cádiz de 17 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 209258), de Madrid de 12 de junio de 2006 (AC 2006, 1996), de Sevilla de 29 de septiembre de 2006 (AC 2006, 136), y de Jaén de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1159).

dentro de la mencionada materia, a mediados de los años noventa originaron la vuelta de la llamada tendencia objetivadora a la responsabilidad por culpa en su vertiente puramente subjetiva.

Se señala como la primera sentencia que lanza la nueva tendencia mencionada con anterioridad la STS de 12 de noviembre de 1993<sup>27</sup>. Se ha de afirmar, sin embargo, que, a pesar de que la sentencia rechaza la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los supuestos de caídas sufridas en los establecimientos abiertos al público, lo hace sin explicar el eventual porqué de tal decisión.

En la segunda de ellas, de 12 de julio de 1994<sup>28</sup>, en la que el demandante se cayó en un restaurante después de levantarse de la mesa, el Tribunal Supremo resaltó que la inversión de la carga de la prueba ha sido vinculada por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil al riesgo o peligro de la actividad desarrollada por el agente, concluyendo que la *actividad* llevada a cabo por el demandado no generaba riesgo de tal magnitud que pudiese justificar la inversión de la carga de la prueba en el caso enjuiciado<sup>29</sup>.

La tercera de las sentencias, de 20 de marzo de 1996, no constituye un típico supuesto de caída, perteneciendo más bien al grupo de casos reunido bajo un denominador común «práctica de deporte». No obstante, una breve remisión a ella encuentra su justificación en el hecho de que son muchas las decisiones, dentro de la materia objeto de este estudio, que, a partir de la premisa en ella establecida, apuntan a que casos de caídas constituyen un típico supuesto en el que procede prescindir, en términos generales, de una supuesta «objetivación» de la responsabilidad civil<sup>30</sup>. Así las cosas, la mencionada sentencia presenta un caso en el que la víctima, esquiando, colisionó con postes al caer en una pista de cierta dificultad con nieve dura. A este efecto, el Alto Tribunal concluyó que:

«[...] dicha doctrina [la teoría del riesgo] hay que aplicarla con sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) y no a todas las actividades de la vida que impliquen un riesgo considerable anormal en relación a los estándares medios»<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> (RJ 1993, 8760).

<sup>28</sup> (RJ 1994, 6390).

<sup>29</sup> F.2 de la STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390). A este efecto, la doctrina señala como originadora de dicha tendencia también la STS de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8760). Así DE ÁNGEL YAGÜEZ: «Bares, tiendas... y caídas», *op. cit.*, págs. 54-55. Se ha de señalar, sin embargo, que esta última, aunque declara que «en los supuestos en que consta acreditada debidamente la culpa de la víctima no es aplicable la inversión de la carga de la prueba» (F.3), tampoco contiene la premisa de acuerdo con la que un local abierto al público no supone en principio la creación de un nuevo riesgo o de un riesgo añadido para la seguridad de las personas.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, en materia de caídas el F.1 de la STS de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1304); el F.2 de la STS de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1159), aunque esta última asigna la premisa que se cita más adelante a la STS de 20 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2028); lo que parece un error dado que la sentencia señalada aborda un caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor en un contrato de compraventa; el F.3 de la STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10435) y la SAP de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932).

<sup>31</sup> STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2244).

A partir de entonces son numerosas las sentencias cuyo hilo conductor se desarrolla dentro de una misma declaración, muy bien resumida en la SAP de Lleida de 8 de febrero 2001:

«[...] tratándose de caídas en establecimientos públicos no resulta aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo o las fórmulas objetivadoras de la responsabilidad y ello porque, como señala la STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), la inversión de la carga de la prueba se conecta jurisprudencialmente con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolle el agente [SS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1157), de 4 de junio de 1991 (RJ 1991, 4415) y de 23 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 6060) y 20 de enero de 1992 (RJ 1992, 192)] de forma que la aplicación de este principio exige que los daños generados sean consecuencia de actividades de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgos beneficiosos para su titular, y estas condiciones no se producen en supuestos como el que nos ocupa»<sup>32</sup>.

No obstante, la fórmula que con más frecuencia se repite en la reciente jurisprudencia, y que a la vez dio origen a la constatación de la Audiencia Provincial de Lleida citada con anterioridad, prescinde en realidad de *actividades particulares* desarrolladas en las instalaciones, cuyos suelos o superficies se convierten más tarde en lugares habituales de los desafortunados resbalones. Así las cosas, resulta que es simplemente «[...] *el hecho de regentar un negocio abierto al Público*, [el que] no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo»<sup>33</sup> o, siguiendo la misma línea jurisprudencial, un negocio cualquiera abierto al público, sea un restaurante<sup>34</sup>, transporte por Metro<sup>35</sup>, un centro comercial<sup>36</sup>, un mercado<sup>37</sup> o un supermercado<sup>38</sup>,

<sup>32</sup> En el supuesto objeto del litigio se trataba exactamente con la caída de una señora sufrida en el baño de un restaurante.

<sup>33</sup> STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4338), SSAP de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853), de Vizcaya de 30 de marzo de 2009 (JUR 2009, 322003), de Barcelona de 9 de enero de 2009 (AC 2009, 549), de Pontevedra de 12 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164516), de Ourense de 28 de junio de 2007 (AC 2007, 1974), y de Jaén de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1159), entre otras.

<sup>34</sup> SSTS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6730), de 13 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1890), de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1869), de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541), y de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 271), así como las SSAP de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC 2008, 1355) y de Lleida de 8 de febrero de 2001 (AC 2001, 450). Esta última, sin embargo, más adelante fundamenta acertadamente la eventual responsabilidad del restaurador en la omisión de determinadas medidas de seguridad y limpieza al declarar que, «como también se apunta en la sentencia de primera instancia, es incontestable que el propietario de un establecimiento de estas características ha de velar en el ejercicio de su actividad empresarial para que las distintas dependencias del local a las que tienen acceso los clientes se encuentren en buen estado de uso, con obligación de mantenerlas en debidas condiciones de seguridad y limpieza durante todo el tiempo en que el local permanece abierto al público, evitando y retirando a la mayor brevedad cualquier tipo de producto o suciedad en general que pudiera provocar la caída de los clientes» (F.2).

<sup>35</sup> SAP de Madrid de 12 de junio de 2006 (AC 2006, 1996).

<sup>36</sup> SSAP de Barcelona de 9 de enero de 2009 (AC 2009, 549) y de 20 de noviembre de 2004.

<sup>37</sup> SAP de Barcelona de 20 de noviembre de 2004.

<sup>38</sup> SAP de Jaén de 2 de febrero de 2001 (Ar. Civ. 2001/1159).

por no tener consideración de creadores del riesgo cuya magnitud implicaría la llamada «inversión de la carga de la prueba».

Supuestamente el planteamiento descrito con anterioridad obedece al mismo razonamiento, que con más claridad evidenciaron otras de las sentencias del Tribunal Supremo, seguidas por algunas de audiencias provinciales, que distinguen entre el *hecho de ocupar un establecimiento abierto al público*, de cuya seguridad se responde, y *la actividad desarrollada en este* por el causante del daño. Como ya hemos mencionado con anterioridad, solamente el primero de los supuestos se señala como relevante en la materia que nos ocupa.

Así, por ejemplo, la anteriormente citada STS de 12 de julio de 1994 declaró que:

«El hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. [...] Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado) podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia»<sup>39</sup>.

Claramente, como bien observó el Tribunal Supremo, nuestras caídas se deben casi siempre a las mismas triviales razones (el suelo mojado por la lluvia o manchado con aceite, etc.) que pocas veces están directamente relacionadas con la actividad desarrollada por el causante del daño en el local donde este se produjo. No obstante, el fallo de dicha argumentación reside en que no es el hecho de tener un local abierto al público el que causa el daño, si realmente se pudiera tratar con el nexo causal stricto sensu en los supuestos analizados<sup>40</sup>, sino *la omisión* de determinadas

<sup>39</sup> STS 12 de julio de 1994. Tal planteamiento se repite, por consiguiente, en sentencias muy posteriores, según la clasificación introducida en este trabajo, pertenecientes a la tercera etapa, como las SSTS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541), de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882) y de 25 de marzo de 2010 (JUR 2010, 103601). De forma similar, la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853), citando otras sentencias, cuando declara que «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del C. Civil, denegando la responsabilidad en el caso concreto porque el riesgo de sufrir una caída no provino de la utilización de los productos o servicios puestos en el mercado a través de la actividad propia, sino a condiciones normales y previsibles de utilización». Lo último parece obedecer a la obligación del titular del establecimiento comercial de tener el local en condiciones adecuadas de higiene y seguridad de tránsito y la estancia de los clientes...».

<sup>40</sup> A este efecto, una parte de la doctrina española, partiendo del principio *ex nihilo nihil fit*, declaró que no puede hablarse con propiedad de causalidad material en las omisiones, siendo la imputación objetiva el único criterio apto para establecer la relación entre la acción omitida y el daño producido. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: «Art. 1902», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. II, pág. 1.984, y ARCOS VIEIRA: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, op. cit., págs. 136-142. En lo que se refiere a los efectos prácticos, no obstante, se señaló que los resultados serán los mismos si se acogen a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así RUDA GONZÁLEZ, A.: «Comentario a la Sentencia de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010)», *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, pág. 733. Así las cosas, la mayoría de los juristas que se especia-

medidas de seguridad, mantenimiento, control o señalización que derivan de un deber específico de mantener un local abierto al público en condiciones adecuadas para su uso<sup>41</sup>.

A este efecto, es posible que la fórmula de que «el hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo», introducida por primera vez en la STS de 12 de julio de 1994, fue prestada por la Sala de lo Civil de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En las mismas fechas, pues, esta última decidía sobre un conocido caso en el que se acusaba a los dueños de la, por entonces, discoteca de moda Alcalá 20 de Madrid como autores criminalmente responsables de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muertes, lesiones y daños (art. 565 párr. 1 del Código Penal –CP–, en relación con los arts. 407, 420, 563, 582 y 597 del mismo cuerpo legal). Se trató de uno de los incendios más espectaculares de la historia de Madrid, producido en la madrugada del 17 de diciembre de 1983 durante un espectáculo celebrado en dicho local que se llevó la vida de más de 80 personas, causando lesiones en una veintena más. El accidente se debió a las extensas y graves deficiencias estructurales del local, que afectaban a todo tipo de instalaciones<sup>42</sup>. En la doctrina penal se apunta a dicho caso para explicar los supuestos en los que la omisión, aisladamente o en concurrencia con otras acciones, precede a la acción causante del resultado. A este efecto, según una parte de la doctrina penal, la construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias no integra ningún tipo

---

lizan en el derecho de daños ha admitido que omisiones pueden, al igual que los actos, provocar responsabilidad de acuerdo con el *conditio sine qua non test* puesto que la causación en la responsabilidad civil constituye un concepto legal y no natural. KOZIOL, H.: «Liability for Omissions. Basic questions», *Journal of European Tort Law*, núm. 2, 2011, pág. 130. Este enfoque fue escogido también por el European Group on Tort Law, véase el artículo 3:101 de los PETL, que establecen indistinta aplicación de la teoría *conditio sine qua non* tanto a acción como a omisión. En el mismo sentido ZIMMERMANN, R.: «Comparative Report 2/29» en *Digest of European Tort Law. Essential cases on natural causation*, vol. I, Springer, Wien, Nueva York, págs. 165-167; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: «Art. 1902», en *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 2.047, LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil sanitaria. Culpas y causalidad*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, págs. 477-482; y MAGNUS, U.: «Causation by omission», en *Causation in Law*, Luboš TICHÝ (ed.), Konrad Adenauer Stiftung, Praga, 2007, págs. 95-104. En el derecho penal, a favor de la causalidad hipotética, que constituye una adaptación de la teoría *sine qua non* a casos de delitos de comisión por omisión, MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 243-244. En apoyo de tal posicionamiento, la teoría de PÉREZ BARBERÁ. Cfr. entre otras publicaciones, PÉREZ BARBERÁ, G.: «Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia.», *Revista Discusiones*, núm. 7, pág. 87, accesible también en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=28596> (fc: 17.09.2010). Así parece también DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 68 y 70. En la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, cfr. las SSTS de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379), de 25 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7275) y de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9602).

<sup>41</sup> Así lo parece entender también ARCOS VIERA en *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 139. La STS de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379) confunde, sin embargo, la acción debida y omitida, siendo esta la adopción de las medidas de vigilancia y seguridad que resultaban exigibles, con la consecuencia de dicha omisión, siendo esta, en el caso comentado, fuga de los internos de un centro psiquiátrico y el consiguiente arrojamiento de uno de ellos a través de una ventana de la casa de sus padres.

<sup>42</sup> Véase la STS de 17 de julio de 1994 (RJ 1995, 6827).

penal de resultado, pudiendo ser, como tal, penalizada con una sanción de carácter administrativo como mucho. Es por ello que en el supuesto analizado se acudió a un comportamiento activo que, de acuerdo con dicha opinión, constituía el único relevante jurídicamente penalmente. De esta manera se llegaba a la conclusión de que era el poner en funcionamiento la sala de fiestas lo que permitió que los clientes del local cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, al encontrarse dentro del mismo, pudieron resultar muertos o heridos y, en consecuencia, a la fórmula de que el comportamiento activo de abrir el local al público era lo que fundamentaba una responsabilidad imprudente (por acción). Las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituían injusto penal alguno<sup>43</sup>.

Pues bien, si nos centramos un poco en la construcción ontológica de la omisión, esta parece impedir la aplicación a omisiones de los mal llamados «instrumentos objetivadores de la responsabilidad por culpa», en forma de la presunción de culpa o de la inversión de la carga de la prueba, no tanto, sin embargo, de la aplicación del mayor grado de diligencia exigible. Parece cierto, pues, que, en caso de omisiones, se produce un enlace y un estrecho nexo de unión entre la omisión como causa del daño y la negligencia, como fundamento de la responsabilidad, si no se olvida que «negligencia» es, precisamente, omisión de cuidado y de precaución<sup>44</sup>. Dicho de otra manera, la conducta en este caso es lo mismo que la falta de adopción de las medidas necesarias dirigidas a prevenir o a evitar el daño (art. 1105)<sup>45</sup> y, en consiguiente, equivale a culpa. Por tanto, la omisión de las medidas de seguridad, mantenimiento y señalización que deriva de un deber jurídico relevante, aparte de constituir un tipo de *conducta*, parece a la vez ser constitutiva de *negligencia*<sup>46</sup>. Así lo afirma también la STS de 12 de julio de 1994 cuando señala que «es la falta de prueba por el demandado de haber adoptado las prevenciones necesarias (en este caso, limpieza del suelo) la que da por existente su culpa»<sup>47</sup>.

Así las cosas, algún que otro autor coincide con la constatación de que la omisión de un deber jurídicamente relevante es constitutivo de negligencia<sup>48</sup>, en cuanto señala que según una parte de la doctrina, la negligencia es sinónimo de omisión. De forma similar en el derecho estadounidense hay quien apunta<sup>49</sup> que a veces las instrucciones al jurado indican que la negligencia incluye la omisión de la conducta que una persona razonable habría llevado a cabo. También para las doctrinas civi-

<sup>43</sup> Así GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADP*, 1994, pág. 21.

<sup>44</sup> Díez PICAZO, *Derecho de daños, op cit.*, pág. 94. En el mismo sentido, en el ámbito de caídas en los establecimientos públicos, a modo de ejemplo, la SAP de Pontevedra de 7 de marzo de 2000 (AC 2000, 728).

<sup>45</sup> MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: «Art. 1902», Comentarios al Código Civil, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2.051.

<sup>46</sup> Así ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 73.

<sup>47</sup> F.2 de la STS 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), con el mismo criterio, el F.4 de la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853).

<sup>48</sup> ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 73.

<sup>49</sup> DOBBS, D. B.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 855.



listas suiza y austriaca una omisión es constitutiva de culpa en el derecho civil cuando el causante del daño infringe un expreso deber de actuar<sup>50</sup>. De forma parecida regula la omisión de las medidas necesarias para garantizar la seguridad del público dentro del concepto de los *Verkehrssicherungspflichten* del derecho alemán, donde omisión equivale a culpa del demandado<sup>51</sup>. Así lo entienden también los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL, en adelante) cuando señalan que, de acuerdo con el principio de buena fe, [una parte] puede ser responsable por una culpa *in contrahendo* que consiste en omitir informar o revelar ciertas circunstancias a la parte...<sup>52</sup>.

Una vez establecida esta correlación, parece evidente la falta de aplicación a los supuestos de omisiones tanto de la inversión de la carga de la prueba como de la presunción de culpa, puesto que ambos expedientes mencionados con anterioridad alcanzan solamente la prueba de la *culpa* y no de la *conducta* del demandado<sup>53</sup>. A este efecto, parecen erróneas las formulaciones que ven en la prueba de que el demandado, dueño del establecimiento, tomó todas las medidas razonables como para evitar la materialización del daño un medio apto en contra de la presunción de la culpa del causante del daño, resultante de la precedente «inversión de carga de la prueba»<sup>54</sup>. A nuestro entender la culpa en tal caso no se presume, ni se «invierte» la carga probatoria en contra del titular del establecimiento. La instalación de las bandas antideslizantes, para facilitar algún ejemplo de la prueba que podría liberar de responsabilidad al demandado, constituye un hecho impeditivo que resulta de la normal distribución de los hechos a probar entre las partes, según las reglas del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>55</sup>.

De forma parecida se pronuncian algunos estudiosos de derecho en materia del derecho administrativo<sup>56</sup> al declarar que, cuando al Administración responde por una omisión, la reclama-

<sup>50</sup> Véase LIMPENS, J., KRUIHOF, R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.): «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, págs. 2-85 y las referencias allí citadas.

<sup>51</sup> LIMPENS, J., KRUIHOF, R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.): «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, *op. cit.*, págs. 2-84; y Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol. II. *The Law of Torts: a comparative introduction*, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1997, pág. 76.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 3, n.º 5.

<sup>53</sup> En la doctrina civilista española así también, LUNA YERGA, Á.: *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*, *op. cit.*, págs. 479-480.

<sup>54</sup> Así en la jurisprudencia alemana OLG Hamm. 26 October, 1981. En la doctrina, por ejemplo, VAN GERVEN W., LEVER J. y LAROUCHE, P.: *Cases, materials and text on national, supranational and international Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2000, pág. 289.

<sup>55</sup> Así en el ámbito de omisiones del deber de información en la responsabilidad médico-sanitaria, RIBOT IGUALADA, J.: «Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006», *CCJC*, núm. 74, mayo-agosto, 2007, pág. 785. Sobre distintas clases de hechos y su distribución en función de la carga de la prueba que corresponde a cada una de la partes procesales véase SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2.ª ed., Thompson Aranzadi, 2007, págs. 477-480.

<sup>56</sup> MARCOS GÓMEZ PUENTE: *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 845-847.

ción está siempre sujeta al régimen de la responsabilidad subjetiva: la antijuridicidad del daño en estos casos se entremezcla con la idea de culpa; ello, a pesar de que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública está sometida a un régimen general de la responsabilidad objetiva. Así parecen entenderlo también los PETL cuando establecen que el deber de actuar o, respectivamente, la antijuridicidad y el carácter culposo de la «omisión» de adoptar las medidas de seguridad adecuadas surgen como consecuencia de la creación o mantenimiento de una (innecesaria) situación de peligro<sup>57</sup>. Coincide con este concepto, en el sentido expuesto, la regulación de la responsabilidad por omisión establecida por el *Restatement (Third) of Torts*. En este sentido la §7 (*tort of negligence*) introduce el principio de que quien crea riesgo de un daño físico a los demás tiene un general deber de cuidado que complementa, por su parte, con otro principio de acuerdo, con que, salvo en casos excepcionales, no existe una responsabilidad general por omisiones (§37). Así, tanto la interpretación sistemática como expresas formulaciones de las §§ 7 y 37 permiten deducir que los excepcionales casos de la responsabilidad por omisión en la *Common Law* norteamericana tienen como fundamento la responsabilidad por culpa<sup>58</sup>.

En este sentido, parece de interés una breve aproximación al debate doctrinal alrededor del régimen de la responsabilidad aplicable al artículo 1.907 del CC en cuya virtud el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si esta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias. La doctrina dominante sostiene que se trata de un supuesto de la responsabilidad por culpa, asociado al incumplimiento del deber de efectuar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio<sup>59</sup>. Otros autores, admitiendo que el artículo 1.907 se refiere a un supuesto de responsabilidad por culpa, lo ubican dentro de la vertiente de responsabilidad por riesgo en contra del propietario<sup>60</sup>. Frente a estas líneas los hay también que sostienen que el artículo 1.907 reviste un caso de la responsabilidad objetiva alegando que la falta de reparaciones es un estado objetivo fácil de comprobar, mientras que en la negligencia se halla implicada una apreciación moral de la conducta humana<sup>61</sup>, o que el propietario del edificio pudo haber

<sup>57</sup> Véase PETL, com. al artículo 4:103, pág. 3, n.º 4, pág. 128.

<sup>58</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the law (third), torts, liability for physical and emotional harm*, vol. II, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010, § 37, com. a).

<sup>59</sup> Así DIEZ PICAZO L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 571; RICARDO DE ÁNGEL: «Art. 1907», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1999, págs. 2.044-2.045; PEÑA LÓPEZ, F.: *Comentario al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 2.190-2.191, encaminándose hacia esta posición MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU: «Art. 1907», en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO A. (dir.), *op. cit.*, pág. 2.068. En el mismo sentido las SSTs de 7 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6891), de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1269), de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7534), de 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5852) y de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4033).

<sup>60</sup> Lo configura como un supuesto de la responsabilidad por culpa con la inversión de la carga de la prueba ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 409, al menos como tal SANTOS BRIZ, J.: *Responsabilidad civil (derecho sustantivo y derecho procesal)*, 5.ª ed., vol. II, Madrid, 1989, pág. 728.

<sup>61</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y RIVERO FERNÁNDEZ, F.: *Elementos del derecho civil. Derecho de obligaciones*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 510.



omitido las reparaciones por causas no culposas, como, por ejemplo, por ausencia justificada que le imposibilitase adoptar prevenciones tendentes a evitar la ruina<sup>62</sup>. Dicha posibilidad de actuar, o de cumplir con el deber jurídico cuyo incumplimiento da lugar a una omisión, ha sido calificada por algunos como una especie de condición de la imputación subjetiva, aplicable solo en casos de la responsabilidad por omisión<sup>63</sup>. Así las cosas, se ha dicho que el mero incumplimiento de un deber de actuar no parece suficiente para justificar una condena indemnizatoria. Se precisa además que tal incumplimiento sea subjetivamente imputable al obligado, es decir, que la inactividad del demandado no tenga causa en motivos que la justifican<sup>64</sup>. Pues bien, si nos remitimos en este momento a la dogmática penal<sup>65</sup>, comprobaremos que la omisión en sí no existe, siempre se omite una acción determinada<sup>66</sup>. Por tanto, el demandado (acusado en caso de derecho penal) tiene que estar en condiciones de poder realizar la acción. Sin la posibilidad de acción no se puede hablar de omisión, siendo tal posibilidad el elemento ontológico conceptual básico común tanto para la acción como para la omisión<sup>67</sup>. El mismo sentido parecen dar a la posibilidad de acción algunos de los autores en la doctrina civil<sup>68</sup> cuando alegan que no se configurará como una omisión la inactividad de una

<sup>62</sup> SANTOS BRIZ: *Responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 728.

<sup>63</sup> ARCOS VIEIRA: *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva en la jurisprudencia...*, op. cit., pág. 132.

<sup>64</sup> ARCOS VIEIRA: *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva en la jurisprudencia...*, op. cit., págs. 134-135.

<sup>65</sup> La abundante bibliografía y la elaboración de teorías propias e independientes de las aportaciones extranjeras en materia de omisiones y de la causalidad en la doctrina penal, así como la escasez de monografías sobre los mismos temas en la doctrina civil, llevaron a que en varias ocasiones esta se enfrentara a la pregunta: «¿Puede el derecho civil aprender del derecho penal?». Así, en el campo de omisiones, MAGNUS, U.: «Causation by omission», op. cit., pág. 95. En lo que se refiere a la causalidad, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», op. cit., págs. 1.564-1.566.

<sup>66</sup> Así, en el derecho penal, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARANDA: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 238; en el derecho civil, GOLDENBERG, I. H.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires 1984, pág. 200, y TRAEGER: *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1929, pág. 63, cuando afirma que el nexa causal se constata no entre la omisión y el resultado lesivo, sino entre la acción debida y no llevada a cabo y el daño.

<sup>67</sup> MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARANDA: *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 238. De hecho, la misma ARCOS VIEIRA, cuando habla de posibilidad de acción se remite a la jurisprudencia del TS de la Sala de lo Penal, aquí a la STS de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005, 1657). Véase *Causalidad e imputación objetiva*, op. cit., pág. 133.

<sup>68</sup> Los orígenes de dicha concepción se encuentran supuestamente en la distinción entre el concepto de la acción y omisión en sentido filosófico y jurídico elaborada por LARENZ, K. *Cfr. Derecho de obligaciones* (trad. española por Jaime SANTOS BRIZ), editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, págs. 563-567, especialmente la pág. 567. Así también BRINBACHER, D.: *Tun und Unterlassen*, Reclam, Stuttgart, 1995, pág. 37; la §19, n.º 6 en RUMMEL y REISCHAUER: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 2.ª ed., Wiena, 1998, KOZIOL, H.: *Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil*, Wien, Meinz, 1997, pág. 272, y Jorge PESSOA: *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, 1968, rep. Almedina, Coimbra, 1995, pág. 103. En este mismo sentido, aunque no explícitamente, Ulrich MAGNUS, «Causation by omission», op. cit., pág. 104, MAZEAUD and TUNC citados por LIMPENS J., KRUTHOF R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.), «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, págs. 2-82. Entre nosotros, véase Encarna ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, op. cit., pág. 73.

persona sorda que no escucha la llamada de socorro de un tercero que se está ahogando fuera de su vista, por lo que no se trata en este caso con conducta alguna. En consecuencia, tanto acción como omisión tienen que constituir el resultado de una decisión consciente; incluso una persona totalmente capacitada que no ha escuchado o no ha visto al otro ahogándose debido a una niebla que rodeaba el lago no omite su rescate<sup>69</sup>. Así lo parecen entender también algunos de los autores en el ámbito del derecho administrativo<sup>70</sup>. Dicho esto, la falta de reparaciones necesarias de un edificio, que fueron objetivamente posibles de ser efectuadas, no sería ya, como afirma una parte de la doctrina, un estado objetivo fácil de comprobar en el que no esté implicada una apreciación moral de la conducta humana, que claramente indica que el artículo 1.907 constituye un supuesto de la responsabilidad objetiva<sup>71</sup>; la posibilidad objetiva de cumplir con tales reparaciones descartaría, a su vez, la tesis de algunos autores sobre la verosimilitud de las afirmaciones de que estas pudiesen deberse a una omisión no culposa<sup>72</sup> o a cualquier motivo justificado<sup>73</sup>. Dicha constatación lleva a esta parte de la doctrina a introducir un requisito adicional cuyo incumplimiento imposibilita apreciación de la responsabilidad por omisión, siendo este imputabilidad<sup>74</sup>.

La posibilidad de acción, como el elemento ontológico de la omisión, parece estar reconocida también por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, remitiéndose a la decisión dictada en grado de apelación y confirmándola, señaló que la fibroplasia retrolental, manifestada en ceguera bilateral que afectaba al hijo de los demandantes, se debía a:

«[...] la pasividad profesional al dejar evolucionar espontáneamente y de forma anómala y descontrolada una retina inmadura, siendo preciso, conforme a la ciencia médica, lo que resultaba posible, haber llevado a cabo exploraciones cada dos o tres semanas por si se llegase a detectar áreas de vasoproliferación, a fin de aplicar el tratamiento oportuno oftalmológico, tratándose, en definitiva, de necesarias medidas de prevención impuestas

<sup>69</sup> VON BAR, C.: *Common European Law of Torts*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 196. De forma parecida, KORTMANN, J.: «Liability for Nonfeasance; a comparative study», *Oxford U Comparative L Forum* 1, disponible en [www.ouclf.iuscomp.org](http://www.ouclf.iuscomp.org) (fc: 13 de diciembre de 2010), texto después de la n.º 385.

<sup>70</sup> Véase, por todos, GÓMEZ PUENTE, M.: «Responsabilidad por la inactividad de la Administración», *DA*, núm. 237-238, enero-junio, 1994 y ROMERO COLOMA, A. M.: «Omisión y responsabilidad civil», *RCDI*, núm. 702, julio-agosto 2007, pág. 1.738.

<sup>71</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil, II derecho de obligaciones, vol. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 505.

<sup>72</sup> SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7.ª ed., editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 774.

<sup>73</sup> ARCOS VIERA, M.ª L.: «Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 134-135.

<sup>74</sup> ARCOS VIERA, M.ª L.: «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, págs. 134-135.

en casos como el que nos ocupa y que no adoptó el recurrente, pues, al contrario, mantuvo una pasividad que resulta alarmante y hasta agresiva y que pone de manifiesto clara infracción de la *lex artis* por no practicar los elementales y necesarios medios de previsión»<sup>75</sup>.

La misma orientación parece dominar en la práctica jurisprudencial francesa que, como regla general, suele excluir la responsabilidad del demandado que físicamente, o mentalmente, era incapaz de cumplir con el deber de actuar que sobre él pesaba<sup>76</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el *Restatement of the Law (Third) Torts*. En este sentido, apunta a *Todd v. Mass Transit Admin.*, 816 A2d 930 (Md.2003), como a un caso que pone en evidencia los límites a los que están expuestos los deberes jurídicos de actuar. El precedente reconoció el deber de un transportista a proteger a sus pasajeros de agresiones de terceros. No obstante eso, el tribunal declaró que la responsabilidad del transportista dependerá de si este tuvo noticia sobre la inminencia del ataque y de si le era posible tomar efectivas medidas para evitar el accidente<sup>77</sup>.

Se ha de señalar, sin embargo, que tal planteamiento constituye solamente una hipótesis. La problemática de omisiones, por algunos descrita como el capítulo más oscuro y discutido en la dogmática<sup>78</sup>, invita a exaltaciones científicas con muchas variables, merecedoras de unos estudios más *in profundis*. No es este el lugar que las justifique.

En casos de caídas, el requisito de que la acción debida y omitida por los titulares de los establecimientos les sea posible se traducirá, con mucha frecuencia, en que el estado resbaladizo del suelo del local, o cualquier otra imperfección de este, de las escaleras o, generalmente, el inadecuado estado del local en cuestión, que no garantiza la seguridad para el tránsito de los que dentro de él o a sus afueras se encuentran, responda a un estado permanente y consentido por sus titulares. Excluyendo pues situaciones de carácter excepcional, es sobre todo en tales supuestos

<sup>75</sup> F.2 del recurso de casación interpuesto por el médico demandado en el caso. STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3986).

<sup>76</sup> Así DEJEAN DE LA BÂTIE, N. en *Aubry et Rau, Droit Civil Français, Responsabilité délictuelle*, PONSARD, A. y FADLALLAH, I. (Dir.), vol. VI-2, 8.ª ed., Librairies Techniques, París, 1989, n.º 38 y siguientes referencias; Henri DESBOIS en «Note», *Cass. civ. 1.ère*, 27 de febrero de 1951, Branly, D. 1951, 329, en 331. Dicha sentencia, conocida también bajo el nombre «Caso Branly», está citada por la doctrina como un caso emblemático en la materia de omisiones. Se trata de un típico caso de la *abstention dans l'action*. A pesar de ello el *Cour de Cassation* no hace remisión ninguna a la dicotómica distinción entre omisiones puras y de diligencia. El caso pasa a ser interpretado con posterioridad por la doctrina francesa como el que rompe con la distinción entre acciones y omisiones, permitiendo a los tribunales imponer los deberes jurídicos, tanto afirmativos como negativos, en todos los supuestos en los que estos lo consideraran adecuados. KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *Oxford U Comparative L Forum* 1, 2001, disponible en [ouclfi.uscomp.org](http://ouclfi.uscomp.org) (fc: 13 de diciembre de 2010), texto después de la nota 208. De ahí supuestamente la conclusión de VAN DAM C. de que los juristas franceses hoy en día no ven necesidad de reconocer diferencia alguna entre acciones y omisiones, *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 207.

<sup>77</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third) tort...*, *op. cit.*, § 37 n. j.

<sup>78</sup> ROXIN, K.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), C. H. Beck, Múnich, 2003, § 32/2.

cuando el eventual causante del daño estará en condiciones de poder realizar la acción debida<sup>79</sup>, y si no la realizare, incurriere, en consiguiente, en la omisión (negligente) del deber jurídico que sobre él recae. Así, por ejemplo, la SAP de Sevilla de 29 de septiembre de 2005, en un caso de caída sufrida por un menor de edad en un establecimiento comercial a causa de la supuesta existencia de líquido derramado en la zona de exposición de electrodomésticos, declaró que en el juicio:

«No se ha acreditado a quien corresponde la carga de la prueba, es decir, a los actores, que las instalaciones, y específicamente la zona de caída, presentan un estado de suciedad, dejadez y abandono permanente, que denotase la desidia o descuido de la propietaria, de tal naturaleza que fueran impropias en orden a cumplir las más elementales normas para el desenvolvimiento de la actividad comercial que se desarrollaba en dichas instalaciones, y, sobre todo, de las encaminadas a garantizar la seguridad de los usuarios. No se ha acreditado la existencia del líquido. Aún admitiendo su existencia, no han adverado que se hubiese derramado con bastante antelación a la caída del menor, o que se avisara de ello, por otros usuarios, a los encargados de las instalaciones y estos no adoptasen alguna medida tendente a eliminarlo o señalarlo adecuadamente. Perfectamente pudo ocurrir que el líquido se derramase por un usuario de la misma en un momento inmediatamente anterior a la caída, de modo que no hubiesen existido tiempo material para retirarlo o de cualquier otro modo haber evitado el consiguiente perjuicio a los usuarios»<sup>80</sup>.

Por tanto, quizá, en el hecho de que la responsabilidad en casos de caídas se fundamenta en la mayoría de los casos en omisiones de conductas debidas, habría que buscar, pues, la razón para la falta de aplicación de la teoría del riesgo en su vertiente «inversión de la carga de la prueba» o presunción de la culpa. Así lo entendió también el Tribunal Supremo con ocasión de un caso en que, a pesar de pertenecer al otro tipo de supuestos de la responsabilidad civil, también se funda en una omisión. Así las cosas, en la STS de 24 de mayo de 2004 el Alto Tribunal declaró que:

«[l]a Sentencia de instancia no aplica la doctrina de la responsabilidad del riesgo (criterio de imputación cuasi-objetivo u objetivo), sino que aprecia la existencia de culpa en los propietarios del edificio por no cumplir la obligación de mantener el mismo en las necesarias condiciones de conservación y seguridad, a fin de evitar que pudiese causar daño alguno a terceros, por lo que resulta irrelevante cualquier consideración relativa a dicha doctrina»<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pág. 238.

<sup>80</sup> F.3 de la SAP de Sevilla 29 de septiembre de 2005. De forma parecida, las SSAP de Madrid de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 106656), de Madrid de 12 de junio de 2006 (AC 2006, 1996) y de Barcelona de 3 de abril de 2009 (JUR 2009, 394853) en su F.4.

<sup>81</sup> F.15 de la STS de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4033).

Finalmente, otro grupo de sentencias sienta la no «inversión de la carga de la prueba» en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público en la *falta de peligrosidad de las instalaciones* en las que se producen fatales resbalones, como escaleras fijas o mecánicas, o en el inadecuado funcionamiento de estas últimas. A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de abril de 2005 resaltó que:

«[...] la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal»; menos aún, la existencia de unas escaleras fijas para acceder al vestíbulo de la estación pues es una instalación que no genera un especial riesgo o peligro para las personas que hagan un uso normal y adecuado de la misma»<sup>82</sup>.

Dicho esto, en vez de deliberar sobre la eventual aplicación o no de la teoría del riesgo en general, y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en especial, la Audiencia Provincial de Madrid podría reconducir el supuesto de la sentencia citada con anterioridad al precepto legal, en el que la compañía Metro de Madrid se convertiría en el *titular de un eventual deber jurídico de actuar*. Este último podría derivar del *manejo de una fuente de peligros*, siendo esta la escalera. Una vez sentado el precepto jurídico mencionado con anterioridad en el que subsumir los antecedentes de hechos de la sentencia comentada, procedería la eventual valoración de la peligrosidad de la instalación manejada por la empresa. A partir de allí y en el sentido señalado, y no en función de la aplicación o no de la teoría del riesgo, sería relevante un juicio sobre la eventual peligrosidad de la escalera mecánica, cuyo resultado, si afirmativo, daría lugar a la existencia de un deber de cumplir con determinadas medidas de seguridad por parte del demandado (riesgo, como tal, que, como se argumentará más adelante, constituye una de las fuentes de los deberes jurídicos de actuar)<sup>83</sup>.

Un caso ejemplar de la resolución que, dentro del periodo analizado, fundamenta la no aplicación de la doctrina del riesgo en la ya mencionada *falta de peligrosidad de la actividad llevada a cabo por el demandado* muestra la STS de 10 de diciembre de 2002<sup>84</sup>. La demanda se basa en la responsabilidad civil de los dueños de una discoteca por las lesiones sufridas por el actor que, bailando, no apercibió la existencia de un «murete» de unos ochenta centímetros de alto que delimitaba la pista de baile del resto del recinto, tropezando, por consiguiente, con este, perdiendo el equilibrio y cayendo, en consecuencia hacia atrás y por encima del mismo, describiendo su cuerpo en la caída una voltereta casi completa, de manera que sus piernas cayeron sobre una de las mesas bajas allí existentes en la que se encontraban numerosos vasos de cristal, rompiéndose algunos a consecuencia de la caída y penetrando fragmentos de los mismos en la cara anterior de la pierna derecha. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en grado de apelación. El recurso de casación interpuesto por la víctima alegaba la vulneración de los artículos 1.902 y 1.903,

<sup>82</sup> SAP de Madrid de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 106656).

<sup>83</sup> Véase el capítulo referente a «Omisión y su morfología dogmática».

<sup>84</sup> (RJ 2002, 10435).

dada la no aplicación de la teoría del riesgo, centrando dicha cuestión en los siguientes datos, derivados de los elementos característicos del tipo de negocio llevado a cabo por los demandados. Así se señaló: 1) el alto volumen del sonido ambiente con altavoces de gran tamaño y que se concentran sobre la pista de baile; 2) la luz ambiente notablemente disminuida; 3) la existencia de luces móviles y de colores potentes, intermitentes, que inciden sobre la pista de baile; 4) la concentración de buena parte del aforo del local en el espacio reducido de la pista de baile; así como 5) la venta de bebidas en el interior de la discoteca; como las características que, constituyendo la base del negocio de la discoteca, ocasionan una limitación de las percepciones auditivas y visuales de los clientes respecto al entorno real que les rodea, debiendo como tales implicar acogida al caso enjuiciado de las «soluciones cuasiobjetivas». El motivo pereció, declarando el Tribunal Supremo, que:

«[...] la praxis y la experiencia nos muestran a diario lesiones y muertes debidas al uso de drogas y abuso de alcohol, pero no han determinado al legislador, ni a la Administración, empero, a colocar tal actividad lúdica entre las peligrosas, por el ruido o los excesos de decibelios.[...] La argumentación del motivo no puede acogerse por que pretender (sic) convertir la pista de baile de una discoteca en un punto de peligro «cuasibélico», lo que, por otra parte, aparece desmentido por la proliferación y extensión de tales locales en nuestros pueblos y ciudades. [...] No es aplicable la llamada doctrina del riesgo, como señaló la jurisprudencia de esta Sala, a todas actividades de la vida, sino solo a aquellos (sic) que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios»<sup>85</sup>.

La misma sentencia, sin embargo, en el citado F.2 ya observa que la caída del actor era ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, no existiendo, por tanto, relación de causalidad alguna entre esta y el resultado producido. Tal constatación simboliza el vacío creado por la doctrina jurisprudencial de aquella época, originado por el hecho de que esta se alejó, en cierta medida, de la práctica de situar la eventual responsabilidad de los dueños de los establecimientos abiertos al público en su conducta pasiva. Como ya se apuntó con anterioridad, lo que importa en función de «condición de efecto» en casos de caídas no es la actividad llevada a cabo por el demandado, sino el abstenerse de implementar medidas que garanticen el mantenimiento de su local en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad para el tránsito y la estancia de los clientes. Hueco este que se intentó suplir con premisas como la de que «el hecho de regentar un negocio abierto al público no es en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo». Es significativo, a este efecto, que, como se señaló en su tiempo, el Tribunal Supremo se mostró por entonces poco receptivo a las reclamaciones en casos de caídas<sup>86</sup>; postura esta que, en alguna parte, podría verse influenciada por la técnica descrita de justificación de la no aplicación de la teoría del riesgo que, como consecuencia, resultaba en la conclusión de que no existía

<sup>85</sup> F.2 de la STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10435).

<sup>86</sup> CARBALLO FIDALGO: «La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público», *op. cit.*, pág. 261.

el actuar relevante del causante del daño que *permitiese establecer relación causal alguna con el daño producido*<sup>87</sup>. Así, se denegaba la indemnización por ejemplo con el fundamento en que no había nexo causal «entre el propietario del local (sic, "El Corte Inglés, SA", en que este ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas y el daño sufrido por una niña de dos años [...]»<sup>88</sup>; declarándose que «la caída del actor al levantarse de la mesa donde cenaba [...] no se origina necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla, por lo que mal puede imputarse inmediatamente responsabilidad al restaurador»<sup>89</sup>, o que «no existe prueba ni indicio alguno de que la colocación de un producto resbaladizo y deslizante en el portal de la comunidad se hiciera por persona dependiente o por cuenta de la última; de ahí que no puede invocarse tal precepto; sin que tampoco se pueda admitir que la desgraciada colocación pertenezca al ámbito de actividades propias del funcionamiento de la comunidad»<sup>90</sup> o, finalmente, que «la caída del actor [sufrida en una discoteca] es ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, donde se puede estar sentado o de pie, bailando o no, oyendo la música, tomando unas copas y un largo etcétera, porque es cada cliente el que hace lo que quiere e incluso dentro de una misma actividad como el baile, la realización personal marca situaciones diferentes en cuanto a eventuales peligros y no existe relación causal entra la actividad de la empresaria del local de discoteca y el resultado producido»<sup>91</sup>.

Prescindiendo de la ya anunciada no aplicabilidad de la responsabilidad del riesgo al caso, en el supuesto analizado, la obligación del dueño de la discoteca de implementar medidas adecuadas de seguridad que protegiesen a sus clientes de la materialización del riesgo de sufrir daño surgirá de la especial relación que les empezó a vincular una vez estos entraron en el establecimiento. A este efecto, parece de interés señalar aquí la posición de la jurisprudencia de algunos de los países europeos que, al afirmar que de la relación contractual<sup>92</sup> entre el causante del daño y la víctima deriva la posición de garante del primero<sup>93</sup>, potenciada por el hecho de que es él quien

<sup>87</sup> CARBALLO FIDALGO, «La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público», *op. cit.*, pág. 262.

<sup>88</sup> F.4 de la STS de 29 de junio de 2002 (RJ 2002, 1470). En este caso se trataba del atropello de la mano de una niña por una escalera mecánica de dichos grandes almacenes.

<sup>89</sup> STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6730).

<sup>90</sup> F.2 de la STS de 17 de julio de 2003 (RJ 2003, 4783). De forma parecida, aunque más que a la actividad remitiéndose al lugar de producción del daño, la STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010), al señalar que «lo sucedido no es consecuencia de las circunstancias propias de un lugar en que se han depositado grava y cascotes» (F.1), otra vez se considera no acreditada la existencia del nexo causal con fundamento en que «el funcionamiento de la escaleras mecánicas no tuvo incidencia alguna en la causación del accidente que afligió a la lesionada». Así el F.1 de la STS de 2 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1304).

<sup>91</sup> F.2 de la STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10435).

<sup>92</sup> Véase, más adelante, el texto que acompaña las nn.

<sup>93</sup> En lo que se refiere a la posición del garante véase Luis Díez PICAZO en «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, *op. cit.*, págs.



normalmente obtiene ventajas económicas del riesgo de producción del daño<sup>94</sup>, creó un deber específico de este de proteger a sus clientes bajo el efecto del alcohol.

Así, por ejemplo, el *Oberste Gerichtshof* austriaco en Sentencia de 28 de junio de 1990 entendió que, a pesar de que el cliente del pub de que se trataba estaba bajo el efecto del alcohol y a pesar de que el accidente ocurrió cuando este bajaba del establecimiento situado en una montaña en los Alpes bajo la niebla y una oscuridad completa, el deber de cuidado del dueño de dicho pub se mantenía mientras la estrecha relación contractual entre él y su cliente existía<sup>95</sup>. En Finlandia el deber de cuidado de los dueños de establecimientos abiertos al público hacia sus clientes en estado de intoxicación etílica está impuesto por el mismo derecho<sup>96</sup>. En Irlanda, donde los deberes específicos dimanaban de la *Common Law*, la jurisprudencia no ha decidido todavía si el deber de cuidado del dueño de un establecimiento incluye también el deber de garantizar un seguro viaje de vuelta a casa de sus clientes bajo el efecto del alcohol<sup>97</sup>. No obstante, dentro del pub, el dueño de este debe a sus clientes en estado de embriaguez un especial deber de cuidado<sup>98</sup>. En los Estados Unidos la mayoría de los tribunales hoy en día reconoce un deber de cuidado razonable e impone la responsabilidad a quien, teniendo licencia para vender alcohol, lo hace de forma negligente, vendiendo el alcohol a un menor de edad o a una persona intoxicada, que, a consecuencia de su estado, lesiona a la víctima<sup>99</sup>. En algunas ocasiones, se declaró además que quien suministra el alcohol puede ser responsable frente a un bebedor cuando este se causa daño a sí mismo, y no a los demás. Algunas de las autoridades han distinguido también dos grupos de casos en función de la mayoría de la edad, señalando que quien facilita el alcohol tiene un deber jurídico de actuar frente a un bebedor menor de edad, pero no frente a un adulto intoxicado<sup>100</sup>.

En lo que se refiere a los dos supuestos tratados de forma general, es decir, el que sitúa la no aplicación de la teoría del riesgo en *la no peligrosidad de la actividad* llevada a cabo por el de-

---

114-115, quien afirma que solo hay responsabilidad que sea consecuencia de una omisión imprudente cuando el que adopta ese comportamiento omisivo se encuentra [en] una previa situación de garante que puede ser, por supuesto, legal o negocial; eso a pesar de que dos años antes señalaba que la omisión solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que se ocupe o no la denominada posición de garante. Véase Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 290. Emplea tal denominación respecto de la persona del causante del daño la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), F.1.

<sup>94</sup> VON BAR: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pág. 227.

<sup>95</sup> OGH 28 June 1990, *JBI*, 1990, pág. 387, citado por VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pág. 227, n.º 159.

<sup>96</sup> SAXEN: *Skadeståndsrätt*, 1983, pág. 44, citado por VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pág. 227, n.º 159.

<sup>97</sup> McMAJHON, B. M. E. y BINCHY, W.: *Irish Law of Torts*, 2.ª ed., Butterworths, 1989, pág. 97.

<sup>98</sup> *Bridie Murphy v. Phillis O'Brien*, ILT 1988 pág. 75 (Cork Circuit Court).

<sup>99</sup> DOBBS, D.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 900.

<sup>100</sup> DOBBS, D.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 901.



mandado, y el que lo hace remitiéndose a *la falta de peligrosidad de las instalaciones* que, por describirlo de alguna manera, tienen que ver con las caídas sufridas por las víctimas, ambos tienen un, muy importante, rasgo en común. Una actividad peligrosa desarrollada por el causante del daño o el hecho de estar en control de una cosa peligrosa, siendo ambas situaciones creadoras de un riesgo específico, pueden fundamentar un *deber específico de actuar*<sup>101</sup>. Quien tala los árboles en una vía pública, a consecuencia de llevar a cabo una actividad peligrosa, crea un evidente riesgo de producción del daño a los peatones y coches que pasan al lado que, como consecuencia, dará lugar a un deber de implementar adecuadas medidas de seguridad frente a estos<sup>102</sup>. Por tanto, muchas veces el precepto jurídico de acuerdo con el cual la creación de un riesgo, en cuyo control se encuentra el hipotético causante del daño, constituye una fuente independiente de un deber específico de actuar resultará en que en algunos supuestos tal creación se solapará con el desarrollo de una actividad peligrosa, o con el hecho de estar en control de una cosa peligrosa<sup>103</sup>. No siempre, sin embargo, será ese el caso. Un deber específico de actuar no precisa necesariamente un riesgo de gravedad media para su creación, que, según los PETL, sujetaría el caso en cuestión al régimen de la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, ni mucho menos un riesgo calificado cuya creación exige el régimen de la responsabilidad objetiva<sup>104</sup>. Tal deber tampoco siempre deriva de la creación o mantenimiento del riesgo como tal<sup>105</sup>. En definitiva, en caso de que se diera el mencionado solapamiento, surgirá el problema adicional, quizá más presente en estos que en los demás supuestos, de cómo clasificar la conducta del demandado, como una acción, o más bien una omisión, o, incluso, si basar la responsabilidad del causante del daño en la responsabilidad subjetiva por omisión, o en la responsabilidad objetiva aplicable a casos de actividades anormalmente peligrosas o de posesión de una cosa anormalmente peligrosa<sup>106</sup>. Así, por una parte, se señaló que *la conducta* que crea un riesgo potencial (*Ingerenz alm.*) en algunos casos ha sido absorbida totalmente por la responsabilidad por cosas o actividades peligrosas<sup>107</sup>. En

<sup>101</sup> Así también VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 228.

<sup>102</sup> Así, por ejemplo, en la jurisprudencia extranjera *Goldman v. Hargrave* [1967] AC 645 (PC) y *Leakey v. National Trust for Places of Historic Interest or National Beauty* [1980] 1 QB 485 (CA) citadas por VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 228, n.º 167.

<sup>103</sup> Véase al respecto VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort*, op. cit., pág. 228. En Alemania, por ejemplo, dentro de los *Verkehrspflichten* se distinguen varios deberes afirmativos de actuar dirigidos a prevenir el daño causado por bienes muebles, tales como máquinas o sustancias peligrosas. Cfr. VAN DAM, C.: *European Tort Law*, op. cit., pág. 208, n.º 808-2.

<sup>104</sup> Así com. 3, n.º 3 del artículo 4:103 de los PETL (esp.), pág. 128.

<sup>105</sup> Constituyen, además, fuentes de los deberes jurídicos de actuar, por ejemplo, la ley o una relación especial de mutua confianza que vincula al potencial causante del daño con la víctima que sufrió daños a causa de un resbalón.

<sup>106</sup> En este mismo sentido, el com.3 al artículo 4:102 de los PETL., n.º 22.

<sup>107</sup> En este sentido, VON BAR: *The Common European Law of Tort*, op. cit., pág. 228. En lo que se refiere a la responsabilidad por las cosas, cfr. VAN DAM: *European Tort Law*, op. cit., pág. 208, quien afirma que la responsabilidad por omisiones en el campo de productos defectuosos, animales y vehículos de motor en Alemania y Francia ha sido absorbida por las reglas más estrictas de la responsabilidad a los que dichos supuestos están sujetos. En Francia, además, el régimen general de la responsabilidad objetiva por las cosas del artículo 1.384 s.1 del CC parece imponerse en todos estos casos.

estos supuestos la responsabilidad no deriva ya de la conducta personal de una persona individual, sino que se convierte en parte del riesgo general con el que está relacionada la responsabilidad objetiva. Así las cosas, cada comportamiento (excepto el de las personas no autorizadas) que lleva a la realización del riesgo específico está atribuido a la persona o a la corporación que soporta la responsabilidad por entera empresa<sup>108</sup>. Por otra parte, si han ocurrido ambos, inicialmente una acción y después una omisión, el hecho de asignar la conducta del potencial causante del daño a una categoría o a otra pierde en importancia desde el punto de vista jurídico. En dichos casos, señala, la práctica jurisprudencial del ámbito europeo tiende a asumir la posición de acuerdo con la que la omisión simplemente pasa a constituir parte de la acción<sup>109</sup>. Así lo entiende también el *Restatement of the Law (Third) Torts* cuando afirma que la cuestión adecuada no será la de si un específico incumplimiento del deber por parte del actor constituye un error de comisión u omisión. Más bien se trata de responder a la pregunta de si la conducta del demandado, *en su totalidad*, o, por decirlo de otra manera, *vista de forma global*, creó riesgo o no. De ser afirmativa la respuesta, el demandado responderá por comisión con fundamento en la § 7, siendo la omisión, en tal caso, absorbida por la acción<sup>110</sup>. Tal conclusión responde a la distinción, con reiteración aceptada por la doctrina estadounidense, de acuerdo con la que se tratará con la conducta activa si esta *creó* riesgo de producción del daño, y con la negativa si esta, en vez de crear tal riesgo, *no lo evitó* o *aminoró*. El mismo enfoque ha sido escogido a tal efecto por la doctrina alemana. Por tanto, cabría preguntarse si no sería deseable y adecuado implementar dicha diferenciación también en España. El entrar en detalles sobre la dogmática distinción entre la acción y omisión exige, no obstante, una previa y breve exposición teórica sobre la estructura de la última, con la que se procederá en consiguiente.

#### 4. OMISIÓN Y SU «MORFOLOGÍA DOGMÁTICA»

Como es bien sabido, la doctrina civil del siglo XIX vio la total equiparación entre acciones y omisiones<sup>111</sup>; este hecho fue sancionado también por la redacción del artículo 1.902 del CC español. A este efecto, se señaló que no toda la omisión puede convertirse en uno de los factores

<sup>108</sup> WIEDMER, P.: «Ex nihilo responsabilitas fit, or the miracles of legal metaphysics», *JETL* 2/2011, pág. 147.

<sup>109</sup> Así, de forma global, sobre los ordenamientos europeos VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 221. En lo que se refiere a la *Common Law* británica, véase KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *op. cit.*, texto después de la n.º 12. Así, por ejemplo, RUDA GONZÁLEZ sugirió, en un caso de la caída sufrida por la víctima en el portal de un edificio, como una línea de argumentación más favorable para esta, centrar el debate en la cuestión de si la realización de las obras en tal edificio constituye una actuación peligrosa que hubiese permitido al tribunal la inversión de la carga de la prueba de la culpa en la línea mayoritariamente sostenida por la jurisprudencia. Véase, RUDA GONZÁLEZ, «Comentario a la STS de 6 de junio de 2002», *CCJC* núm. 60, octubre-diciembre 2002, pág. 1076.

<sup>110</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of law (third), torts, liability for physical and emotional harm*, vol. II, § 37, com. a).

<sup>111</sup> DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 94.

determinantes de un daño indemnizable, sino la que deriva de un *deber de actuar*<sup>112</sup>. Fuentes de dichos deberes constituyen actualmente materia de un vívido debate entre los civilistas españoles<sup>113</sup> y extranjeros<sup>114</sup>. En España el acuerdo mínimo, en lo que respecta al listado de estas, parece alcanzar la ley y el contrato<sup>115</sup>, o más generalmente, un negocio<sup>116</sup>.

La idea de que un deber específico puede surgir tanto de la ley como de las obligaciones contractuales está generalmente aceptada en todos los ordenamientos europeos, no solo en la jurisprudencia y en la doctrina, sino en algunos casos también en la letra de la ley<sup>117</sup>. Se puede afirmar, sin embargo, que una visión tan limitada de tales fuentes pertenece a un concepto tradicional de la responsabilidad por omisión que no cumple con los modernos estándares impuestos

- <sup>112</sup> DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 288; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al art. 1902», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2.046. En el derecho penal, véase por todos MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARANDA: *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 243-247. En el derecho civil francés así por primera vez la decisión de *Cour de Cassation* de 24 de diciembre 1924, citada por LIMPENS J., M. KRUTHOF, R. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A. en TUNC, A. (ed.), «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, págs. 2-82. En lo que se refiere a la *Common Law* norteamericana véase DOBBS, D.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 854. En el contexto del derecho comparado así también KOZIOL, H.: «Liability for omissions-basic questions», op. cit., pág. 131.
- <sup>113</sup> A este efecto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ parte de un listado muy limitado de fuentes al considerar que debe responder quien se *abstiene de actuar*, con intención de dañar, y quien, aun sin este propósito, omite un deber impuesto por la ley, sin descartar, sin embargo, su extensión a otros supuestos más dudosos. Véase DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto Civitas, Madrid, 1993, pág. 257. De forma parecida, ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 73. LACRUZ BERDEJO J. L. y RIVIERO FERNÁNDEZ F., en cambio, configuran el deber de actuar, de forma muy amplia, como un deber general impuesto por el principio de solidaridad y buena fe, véase *Elementos de derecho civil II. Contratos y cuasi contratos. Delito y cuasi delito*, 4.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2009, pág. 446. Un resumen del posicionamiento de la doctrina española en la materia se encuentra en Jordi RIBOT/Ruda GONZÁLEZ, A.: «Spain 2/10», en *Digest of European Tort Law...*, op. cit., pág. 125. La crítica del método consistente en la identificación de las eventuales fuentes de los deberes jurídicos se encuentra en VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. II, op. cit. págs. 228- 229.
- <sup>114</sup> En este sentido, WINIGER B. y KRELL, K.: «Switzerland 2/4», en *Digest of European Tort Law*, op. cit., pág. 109, OLIPHANT, K.: «England 2/12», en *Digests of European Tort Law*, op. cit., pág. 130, LAHE J. y TAMPUU, T.: «Estonia 2/19», en *Digest of European Tort Law*, op. cit., pág. 147, y ZIMMERMANN, R.: «Comparative Conclusions 2/29», *Digest of European Tort Law*, op. cit., págs. 165-166.
- <sup>115</sup> Como señala ARCOS VIERA, en *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 128, n.º 179, no se trata aquí con los deberes que participan en el contenido de un contrato, que como tal pueden generar aparte la responsabilidad contractual del deudor.
- <sup>116</sup> Así DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, op. cit., pág. 290, ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> L.: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 128.
- <sup>117</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality and defenses*, Oxford University Press, 2000, vol. II, pág. 225, n.º 145. Para la doctrina y la jurisprudencia estadounidense en materia de los deberes jurídicos de actuar dimanantes de la ley (*Statute ing.*) véase la § 38 del *Restatement of the Law (Third)*.

por la actual realidad socioeconómica<sup>118</sup>. En caso de los deberes afirmativos dimanantes de una relación contractual parece convincente, pues, otorgar la protección no solamente al acreedor de dicho deber contractual de actuar, sino también a la persona que se encuentra dentro del ámbito de protección de tal contrato<sup>119</sup>. La responsabilidad por el eventual daño sufrido por dicha persona en las circunstancias descritas con anterioridad estará asumida por el titular del establecimiento voluntariamente, siendo este hecho, más que el contrato mismo, determinante de un deber jurídico<sup>120</sup>. La misma práctica judicial propicia algunos ejemplos que no encajan dentro del mencionado dicotómico *numerus clausus* de las fuentes de los deberes jurídicos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que existe deber de implementar adecuadas medidas de seguridad, mantenimiento, señalización o control en la comunidad de los propietarios frente a los que entran o se encuentran en el edificio que les pertenece<sup>121</sup>, en la iglesia frente a los creyentes que acuden a la misa<sup>122</sup>, o incluso en los cohabitantes de una casa particular frente a los que vinieron a visitarles<sup>123</sup>. En ninguno de los casos mencionados con anterioridad se puede deducir, pues, que los deberes que obligan a los demandados frente a las víctimas, que reclaman una indemnización por los daños sufridos a causa de los resbalones acaecidos en los establecimientos que pertenecen a los primeros, dimanen de un contrato o negocio, ni mucho menos de la ley. Más conveniente parece, por tanto, situar la fuente de los deberes jurídicos en tales casos, en vez de en un contrato o negocio, en una especial relación basada en confianza mutua que vincula ambas partes implicadas<sup>124</sup>. Una remisión al derecho comparado demuestra múltiples ejemplos que confirman dicho posicionamiento. La *Common Law* norteamericana, por ejemplo, establece como una excepción de la general regla de no imposición de la responsabilidad en los supuestos de omisiones la que impone sobre el demandado un deber jurídico de actuar o de velar por la seguridad de los que vin-

<sup>118</sup> VON BAR: *Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, pág. 226, n.º 203.

<sup>119</sup> En los casos aquí analizados de caídas en los establecimientos abiertos al público, la protección se otorgará no solamente al cliente que efectuó la compra en el supermercado, sino también a quien, a pesar de entrar en el local, no adquirió cosa alguna. En la *Common Law* británica, por ejemplo, tal regla fue introducida por el Lord DEVLIN en *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

<sup>120</sup> VON BAR: *Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, pág. 225, n.º 202.

<sup>121</sup> Véase, por ejemplo, la STS de 17 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6222).

<sup>122</sup> STS de 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 862). Así también SSAP de Vizcaya de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 2188) y de Madrid de 10 de julio de 2008 (JUR 2008, 291891).

<sup>123</sup> El famoso «Caso Juguetes», véase la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) cuando afirma que «en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas, como por ejemplo [...] no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista» (F.3), cursiva añadida. A favor de la existencia de un deber de garantizar la seguridad de los invitados por parte de los que invitan a su casa, VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 221, n.º 197. De forma parecida, el *Oberlandesgericht* de Múnich, que entendió que se trataba con una omisión en el caso en el que el dueño de una finca no impidió aparcamiento de los inesperados invitados en sus premisas. *OLG Munich 2 Feb. 1993, VersR 1994*, pág. 1185, citado por VON BAR, *ibidem*.

<sup>124</sup> Así, VAN GERVEN W., LEVER, J. y LAROCHE, P., en *Cases, materials and text on national, supranational and international Tort Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregón, 2000, pág. 298, y VON BAR, *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, págs. 224-226.

cula con él una relación especial<sup>125</sup>. Dicha regla está encarnada en la § 37 del *Restatement of the Law (Third) Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, que establece a este efecto que:

«un actor cuya conducta no creó riesgo de un daño físico a la otra persona no tiene deber de cuidado alguno frente a los demás a no ser que un tribunal determine que alguno de los deberes afirmativos, establecidos en las §§ 38-44, es aplicable al caso»<sup>126</sup>.

Así las cosas, según la § 40 del *Restatement*, un actor en una especial relación con el otro debe a este último un deber de cuidado razonable en lo que respecta a los riesgos producidos dentro del alcance de la relación en cuestión. Tal relación puede revestir casos de aquella que vincula a un titular de un establecimiento abierto al público y su invitado o persona que se encuentra de forma legal en sus premisas, de un transportista y su pasajero, dueño de un pub o restaurante y su cliente, guardián y el que se encuentra bajo su tutela, escuela y sus estudiantes, parejas y sus niños, el arrendador y su inquilino o, finalmente, empleador y sus empleados<sup>127</sup>. De forma parecida, regulan la cuestión los PETL<sup>128</sup> en cuanto afirman que una relación especial de la que surge un deber de actuar puede revestir tanto a una relación contractual, que integra un número de deberes relativos a la seguridad y a la correcta información de la otra parte, como a una fase negocial previa al contrato (*culpa in contrahendo*), o incluso a una relación fáctica o social, como la que puede existir entre las personas que se encuentran de manera fortuita<sup>129</sup>. Se trata aquí con unos deberes no contractuales de actuar que recaen sobre una de las partes contratantes y cuya omisión puede poner en peligro la vida, seguridad o salud de los terceros, dando lugar a la responsabilidad extracontractual<sup>130</sup>. En este sentido, la solución implementada por los PETL se asemeja a la posición adoptada en la misma materia por el derecho alemán, que reconoce que los deberes jurídicos de actuar pueden dimanar tanto de una relación contractual como precontractual; en este último caso, incluso si el contrato mismo nunca llega a celebrarse, el demandado responderá por *culpa in contrahendo*<sup>131</sup>. En España, según la opinión generalizada, la violación de la obligación de buena fe que debe observarse en la fase precontractual pertenece al concepto más amplio de

<sup>125</sup> DOBBS, D.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 875.

<sup>126</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third), torts: liability for physical and emotional harm*, proposed final draft n.º 1, current through august 2010, §37, traducción propia.

<sup>127</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third), torts: liability for physical and emotional harm*, op. cit., § 40, y DOBBS, D.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 876.

<sup>128</sup> PETL artículo 4:103.

<sup>129</sup> PETL, com. al artículo 4:103, n.º 5.

<sup>130</sup> LIMPENS, J., KRUIHOF R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A.: «Liability for one's own acts», op. cit., págs. 2-84.

<sup>131</sup> MARKESINIS B. S., LORENZ, W. y DANNEMANN, G.: *The german law of obligations*, vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 1997, págs. 64-71, VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. I, op. cit., n.º 190 y 471-477. KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *Oxford University Comparative Law Forum*, 2001, disponible en [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org) (fc: 13 de diciembre de 2010), texto después de la n.º 170.

la responsabilidad civil extracontractual, contemplado en el artículo 1.902 del CC<sup>132</sup>. No obstante, la jurisprudencia de las Salas 1.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo discrepa en esta cuestión, siendo los pronunciamientos de ambas no siempre acordes entre sí.

Según los PETL constituyen también fuentes de los deberes jurídicos de actuar la creación y control de una situación de peligro y la situación en la que la gravedad del daño, por una parte, y la facilidad de evitarlo, por la otra, indican la existencia de tal deber<sup>133</sup>. Ninguna de las dos propuestas, se puede afirmar, está reconocida como una fuente autónoma de los deberes jurídicos de actuar por la doctrina española<sup>134</sup>. Frente a ello, la creación y control del riesgo como fuente de un deber jurídicamente relevante parece poco a poco ganarse terreno en la jurisprudencia española<sup>135</sup>. La posición representada por los PETL, en el fondo, no constituye una opinión aislada. A este efecto, en el derecho penal, por ejemplo, el artículo 11 del CP, que regula el delito de comisión por omisión, establece que:

«Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente»<sup>136</sup>.

La remisión al derecho penal en este punto no es accidental, puesto que muchos de los países de nuestro entorno, a falta de una regulación expresa en el derecho privado, y cuando la doctrina de omisiones dentro de esta rama se encontraba todavía en sus inicios, empezaron a justificar la imposición de la responsabilidad civil en casos en los que el daño tenía su causa en la conducta pasiva del eventual causante a través de la aplicación analógica de los preceptos penales en materia de los delitos de comisión por omisión<sup>137</sup>. De ahí que la mejor doctrina penal señale que

<sup>132</sup> Así, LACRUZ BERDEJO, J. L. y RIVERO HERNÁNDEZ, F: *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, pág. 2007, pág. 380.

<sup>133</sup> Artículo 4:103 de los PETL.

<sup>134</sup> Véase, sin embargo, el voto favorable a la creación de una situación de peligro como una fuente del deber jurídico de actuar de RUDA GONZÁLEZ, A.: en «Comentario a la STS de 12 de febrero de 2003», *CCJC* núm. 62, mayo-septiembre 2003, pág. 736. Véase también el epígrafe sobre creación y control de una situación de peligro.

<sup>135</sup> Con este criterio, F.3 de la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2243), F.4 de la SAP de Lleida de 8 de febrero de 2001 (AC 2001, 450) y F.1 y 2 de la STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4250), F.4 de la SAP de Madrid de 7 de abril de 2005 (JUR\2005\106656), entre otras.

<sup>136</sup> Subrayado añadido.

<sup>137</sup> Así sobre la analógica aplicación del Código Penal italiano a la materia objeto de este estudio HONORÉ, T.: «Causation and remoteness of damage», en TUNC A. (Dir.), *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, Internatio-



quien con una acción haya creado el peligro inminente de un resultado tiene la obligación de impedir su producción<sup>138</sup>. Una remisión al contexto europeo permite encontrar otros ejemplos que siguen la misma línea que los PETL. La creación y mantenimiento de una situación de peligro como una fuente autónoma de los deberes de actuar está ampliamente reconocida en la literatura extranjera<sup>139</sup>. Ejemplos de decisiones que afirman la procedencia de la responsabilidad por omisión en casos en los que el deber de actuar dimana de la ley, del contrato y de la creación de una situación de peligro se encuentran también en la jurisprudencia italiana<sup>140</sup>. En la *Common Law* británica la creación de un riesgo da lugar a un deber afirmativo de implementar medidas que razonablemente podrían prevenir su materialización y producción del daño<sup>141</sup>. En Alemania los *Verkehrs (sicherungs) pflichten*, deberes jurídicos de actuar, requieren de quien, dentro del ámbito de su responsabilidad, creó una fuente del peligro potencial o permitió que este se mantuviera la protección de los intereses y derechos de los terceros contra dichos riesgos<sup>142</sup>. Por otra parte, el estándar de la diligencia exigible, impuesto por los mencionados *Verkehrs (sicherungs) pfl-*

---

nal Association of Legal Science, 1983, págs. 7-22; entre nosotros véase Díez PICAZO, L.: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *Estudios de responsabilidad civil. Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, op. cit., pág. 114; admiten remisión y la análoga aplicación de los preceptos penales para justificar el hecho de que el *conditio sine qua non* test está reconocido en sus jurisdicciones de Italia, España y Eslovaquia. Véase ZIMMERMANN, R.: «Final Conclusions 1/29», op. cit., pág. 99. Véase también la remisión al Código Penal estadounidense (*Model Penal Code*) en AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the law (third)*, op. cit., § 37, n. a).

<sup>138</sup> Véase, por todos, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN: *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 247.

<sup>139</sup> Cfr. MAGNUS, U.: «Causation by omission», op. cit., págs. 103-104; VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, op. cit., págs. 221 y 227-229; VAN GERVEN, LEVER y LAROCHE: *Tort Law*, op. cit., pág. 298; y VAN DAM, *European Tort Law*, op. cit., pág. 206, aunque este último habla más bien de la situación en la que el eventual causante del daño sabe de determinados riesgos que puede evitar o limitar; KOZIOL, H.: *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997, págs. 166-167, n.º 4/60.

<sup>140</sup> Véase Cass. 14 de oct. 1992, n.º 1.1207, *Giust. civ. Mass.*, 1992, n.º 1.1207, pág. 1.450, citada por VON BAR, *The Common European Law of Torts*, op. cit., pág. 228, n.º 164.

<sup>141</sup> Véase, a este efecto, *Kelly v Metropolitan Rly Co. [1895] 1 QB 944; Morrison v. Sheffield Corporation [1917] 2 KB 866; Sheppard v. Glossop Corporation [1921] 3 KB 132 en 145 per SCUTTON LJ; Fisher v. Ruislip-Northwood Urban District Council and Middlesex Country Council [1945] KB 584; Hughes v. Lord Advocate [1963] 1 All ER 705; Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] AC 53 en 61 per Lord KEITH; y Wright v. Lodge [1993] 4 All ER 299*, citados por KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», op. cit., n.º 252.

<sup>142</sup> Véase § 823 en VON STAUDINGER, J. y SCHÄFER, K.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgezet und Nebengesetzen*, libro II, Recht der Schuldverhältnisse, 12.ª ed., 1985, n.º 311-312; MARKESINIS, B. S.: *The German Law of Obligations*, vol. II, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1997, pág. 75; VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998, n.º 104; EL MISMO, *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlín, Bonn y Múnich, 1980, pág. 113; KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», Oxford University Comparative Law Forum, 2001, disponible en [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org) (fc: 13.12.2010), texto después de la n.º 143, LIMPENS J., KRUTHOF R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.), «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, págs. 2-84, ZIMMERMANN R. y KLEINSCHMIDT, J.: «Germany 2/2», *Digest of European Tort Law, vol. I. Cases on natural causation*, Springer, Wien, Nueva York, 2007, pág. 105.

*chten*, depende de las particulares circunstancias del caso, entre ellas, de la gravedad de las consecuencias dañosas en caso de que el riesgo de su producción se materializase y de la dificultad de prevenir la materialización de tal riesgo<sup>143</sup>. La existencia de una especial relación frente a la persona en peligro, el hecho de abrir unas instalaciones al público, creación y mantenimiento de una situación de peligro o la gravedad del daño por una parte y la facilidad de evitarlo por otra, como indicios de la existencia de un deber de actuar, fueron asumidos, por ejemplo, por el Proyecto Austriaco de Nuevo Derecho de Daños, que, en su § 1297, estableció que existe un deber de actuar frente a los demás si se aprecia una gran desproporción entre el daño eventualmente producido y la carga de evitarlo<sup>144</sup>. Tal solución tampoco parece ser desconocida por la *Common Law* británica. A modo de ejemplo, Lord NICHOLLS en *Goldman v. Hargrave* declaró lo que sigue:

«En la responsabilidad por omisión se dan problemas que no están presentes en el caso de la responsabilidad por acción negligente. El que desea actuar debe hacerlo de forma cuidadosa o no hacerlo en absoluto. (...) En el caso de la responsabilidad por omisión, no obstante, a la persona no se le ofrece ninguna elección. El Derecho la obliga a actuar, mientras si la decisión dependiese de ella es probable que no hiciera nada. La situación se complica si el actuar implica gastos. El Derecho exige de la persona que actúe de forma razonable. Pero, como observó el Lord Wilberforce en *Goldman v. Hargrave*, lo que es razonable para uno puede ser irrazonable o ruinoso para el otro. La solución adoptada aconseja tener en consideración las circunstancias de cada uno. El demandado debería actuar como una persona razonable en su posición. El estándar de lo razonable se ha de medir teniendo en cuenta lo que razonablemente puede exigirse del demandado en sus circunstancias particulares. En los supuestos en los que la acción exige además gastos, el tribunal, si es necesario, tendrá en cuenta los recursos económicos del demandado»<sup>145</sup>.

En la *Common Law* norteamericana la gravedad del daño por una parte y la facilidad de evitarlo por otra no constituyen, en realidad, una fuente autónoma de un deber jurídicamente re-

<sup>143</sup> KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *Oxford University Comparative Law Forum*, 2001, disponible en [ouclf.uscomp.org](http://ouclf.uscomp.org) (fc: 13 de diciembre de 2010), texto después de la n.º 154.

<sup>144</sup> (Trad. propia.) § 1297 ABGB: «Jeder hat einem anderen erkennbar drohenden Schaden zu verhindern, wenn er zu dem Gefährdeten in einem Naheverhältnis steht, wenn er einen Verkehr zulässt oder eine Gefahrenquelle schafft oder aufrecht erhält oder wenn zwischen dem drohenden Schaden und der mit der Abwendung verbundenen Belastung ein krasses Missverhältnis besteht». La cita del § 1297 ABGB del nuevo proyecto proviene de MAGNUS, U.: «Causation by omission», *op. cit.*, págs. 102-103, n.º 39, a favor de tal solución con bastante más anterioridad WOLFF, K. en KLANG H.: *Kommentar zum ABGB*, § 1294, 2.ª ed., n.º I 2d, Wien, 1964 citado por LIMPENS, J., KRUITHOF, R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.), «Liability for one's own acts», *op. cit.*, págs. 2-84 y 2-85. La sugerión de incluir tal provisión en el derecho austriaco de daños proviene de KOZIOL, H.: *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, pág. 168, n.º 4/61. Sobre el proyecto véase FENYVES, A.: «Haftung für schuldhafte oder sonst fehlerhafte Verhalten» en GRISS, I., KATHREIN, G. y KOZIOL, H. (ed.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Tort and Insurance Law, Bd. 15, Wien, Nueva York, 2006, pág. 50 *et seq.*

<sup>145</sup> KORTMANN, J., *op. cit.*, el texto después de la n.º 384.



levante. Se señala, sin embargo, tal supuesto como cierto tipo de filosofía o *rationale* detrás de la imposición de los deberes afirmativos de actuar<sup>146</sup>. Como apunta el mismo *Restatement*, el catálogo de los deberes encarnados en las §§ 38-44 no es exhaustivo, con lo que se faculta a los tribunales a identificar adicionales áreas en las que tales deberes se podrían aplicar en el futuro<sup>147</sup>. Así las cosas, el *Restatement* admite que la no imposición del deber de socorro podría transmitir un mensaje de que el derecho tolera la no asistencia a alguien en un peligro mortal cuando el actor pudo socorrer a bajo coste o a coste cero lo que por su parte sería moralmente reprochable<sup>148</sup>. No obstante, líneas más abajo afirma que, incluso si la acción de socorrer no exigiera mucho esfuerzo, y la disparidad entre el daño producido y la carga de asistir en el peligro fuera grande, el actor no respondería puesto que sobre él no pesa deber jurídico alguno que le impusiese actuar<sup>149</sup>.

Ahora bien, expuestos con anterioridad diferentes acercamientos jurisprudenciales hacia la no aplicación de la teoría del riesgo puede que tengan su causa en la difícil distinción entre omisiones puras, simples o en sentido estricto, por una parte; y las omisiones de diligencia, por otra, clasificación en su día implementada en España bajo la influencia de la doctrina francesa<sup>150</sup>. A este efecto, como bien se advirtió en la doctrina, toda negligencia, en el fondo, tiene un aspecto de abstención, puesto que el reproche culpabilístico puede expresarse tanto de forma positiva («desarrolló la actividad de manera inadecuada») como negativa, al llevar a cabo la conducta el causante del daño *no actuó debidamente* (omisión de diligencia; *pseudo-nonfeasance*). Frente a esta última, la concurrencia de culpa o negligencia se puede apreciar también en un simple *no actuó* (omisión pura). Los ejemplos más citados en la doctrina española de ambos tipos de omisiones son los siguientes: el conductor de un automóvil incurre en omisión jurídicamente reprochable si no enciende las luces de su vehículo, conduciendo por la noche. Debido a que su omisión se produce en el desarrollo de

<sup>146</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third)*..., *op. cit.*, com. e).

<sup>147</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third)*..., *op. cit.*, § 37, com. b).

<sup>148</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third)*..., *op. cit.*, § 37, com. e).

<sup>149</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *The restatement of the law (third)*..., *op. cit.*, § 37, n. b).

<sup>150</sup> Véase la distinción entre *l'omission dans l'action* y *l'omission sans action*, por ejemplo, en LE TOURNEAU, P.: *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2004-2005, nr. 7.203-7.209. Cfr. también VAN DAM, C.: *European Tort Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, pág. 205, nr 808-1; y LIMPENS, J., KRUIHOF, R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC, A. (ed.): «Liability for one's own acts», *op. cit.*, págs. 2-76. En España véase DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, 1993, pág. 257. Aunque es cierto que la distinción expuesta con anterioridad en el derecho español fue introducida por DE ÁNGEL YAGÜEZ, la designación *omisiones de diligencia* parece proceder de otra autora, a este efecto, véase M.ª Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva*..., *op. cit.*, pág. 126. Reconocieron tal distinción con posterioridad DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 288, LACRUZ BERDEJO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de derecho civil II*, *op. cit.*, pág. 466, LETE DEL RÍO, J. M.: *Obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, vol. II, pág. 151. Una mención de dicha distinción se encuentra también en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, ed. 12.ª, Reus, Madrid, 1986, t. IV, pág. 943. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, GIGLIOTTI, F.: «Illeciti de informazione e responsabilità omissiva», *RDC*, 2002, núm. 6, págs. 911-938, en la doctrina penalista véase por todos, MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARANDA, M.: *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 239.

la actividad de conducir, esta será clasificada como una omisión de diligencia. No será este el caso de una persona que no socorre a un desconocido que encuentra en la calle. Aquí, como en todos los demás supuestos que consisten en abstenerse de actuar, y en cuyos casos el presunto responsable no se encuentra en el ejercicio de una actividad propia, se tratará con una omisión simple<sup>151</sup>.

La problemática concerniente a ambos tipos de omisiones tampoco constituye un nuevo tema de debate, en el ámbito de derecho civil limitado a los supuestos de caídas en establecimientos públicos. Para propiciar algún ejemplo más, los estudiosos de la responsabilidad médica se vieron inmersos en un problema análogo a la hora de determinar qué tipo de omisión constituiría la falta de información en el desarrollo de la actividad médica: una negligencia en realización del conjunto del servicio, determinante de una actividad defectuosamente prestada, o más bien una omisión stricto sensu, relacionada pero independiente de la actividad principal<sup>152</sup>.

Tal distinción, siendo un pálido reflejo de la herencia romana<sup>153</sup>, se ve posteriormente abandonada en el contexto europeo<sup>154</sup>, pues, como bien afirman algunos autores, las que requieren un trato individualizado son solo las omisiones puras, dado que las omisiones de diligencia están fácilmente reconducibles a los esquemas generales de la responsabilidad civil que rigen con carácter general en materia de las acciones<sup>155</sup>. El tema de debate, por tanto, se centrará más bien en la cuestión sobre cuándo se trata con una acción y cuándo, por lo contrario, con una omisión. De ahí que constituya, supuestamente, la conclusión que con más frecuencia se repite entre los que en algún momento dedicaron parte de su tiempo al estudio de las omisiones, la que señala que una clara línea de demarcación entre la conducta activa y omisiva es, muchas veces, difícilmente perceptible<sup>156</sup>. Entre los casos más problemáticos se encontrarán aquellos en los que el previo proceder del demandado tiene carácter tanto positivo como negativo. En tales casos y ante dificultades interpretativas, como hemos señalado con anterioridad, la común práctica jurispruden-

<sup>151</sup> ASÍ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993, pág. 257. En la *Common Law* norteamericana así también McNIECE, H. F. y THORTON, J. V.: «Affirmative Duties in Tort», *Yale L. J.*, núm. 58, 1949, pág. 1.272-1.273.

<sup>152</sup> ARCOS VIERA, M.<sup>a</sup> L.: *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva...*, *op. cit.*, pág. 126, n.º 174. Véase también el comentario en RIBOT IGUALADA, J.: «Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006», *CCJC* núm. 74, mayo-agosto 2007, pág. 779.

<sup>153</sup> Véase, por ejemplo, JANSEN, N.: «Historical Report 2/1», *Digest of European Tort Law*, Springer Wien, Nueva York, Wien, 2007, pág. 9.

<sup>154</sup> ZIMMERMANN, R.: «Comparative conclusion», *op. cit.*, pág. 166.

<sup>155</sup> ARCOS VIERA, M.<sup>a</sup> L.: *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva...*, *op. cit.*, pág. 126. De forma parecida, VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 221, n.º 197.

<sup>156</sup> En este sentido, entre otros, MAGNUS, U.: «Causation by omission», *op. cit.*, pág. 96; ZIMMERMANN, R.: «Comparative conclusions», *op. cit.*, pág. 166, n.º 2 y VAN DAM, C.: *European Tort Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, pág. 205. Algunos trucos que ayudan a distinguir entre la acción y omisión se encuentran en VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort*, vol. II, *op. cit.*, págs. 218-223, y ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> L.: *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 126.

cial europea tenderá a reducir la conducta del demandado a un simple actuar, reconduciendo el caso a los esquemas generales de la responsabilidad civil por la acción<sup>157</sup>. La cuestión de si determinada conducta da lugar a la responsabilidad del hipotético causante del daño depende, al fin y al cabo, de la valoración que a esta da el juzgador en el proceso, así como de las circunstancias del caso particular y de lo justo y razonable que pudiera resultar la atribución del daño<sup>158</sup>. Independientemente de ello, y a pesar de que clasificar en algunos supuestos resultará difícil, el rigor jurídico de un teórico del derecho y el hecho de que de la mencionada distinción dependerá la absolución o imposición de la responsabilidad en casos concretos exigen de por sí por lo menos un intento de diferenciación entre acción y omisión. En lo que a esta última se refiere, se señaló que distinguir entre ella y la acción será relativamente fácil cuando el mismo derecho establece qué tipo de casos tratar como reglas y cuáles de ellos catalogar como excepciones<sup>159</sup>. Todo ello teniendo en cuenta que la relación entre la acción y omisión jurídicamente relevante se solapa con la existente entre una regla y la excepción de esta, respectivamente. Normalmente, pues, si una persona causa el daño, el otro responderá de este. No tanto, sin embargo, si se abstiene de actuar, puesto que los hechos que suceden sin el comportamiento positivo de un tercero, como regla general, no le conciernen<sup>160</sup>. No obstante, se señalan por lo menos cuatro supuestos generales que permiten una fundada clasificación de una conducta en omisión. Se tratará de casos en los que el riesgo de producción del daño fue creado por la misma víctima (quien entra, por ejemplo, sin permiso al terreno adjunto a un edificio en obras)<sup>161</sup>; por un tercero (el alumno/a de un/a profesor/a de escuela tira un piedra por la ventana que daña a un peatón que pasaba por debajo); por la condición de la cosa (ruina de un edificio, el estado resbaladizo del suelo de un edificio); o por las condiciones atmosféricas (un árbol que se ha caído a causa de una tormenta en la carretera<sup>162</sup>)<sup>163</sup>.

<sup>157</sup> Véase ZIMMERMANN R., en «Comparative Report 2/29», *op. cit.*, pág. 165, quien afirma que muchos de los casos de causalidad física, analizados por los grupos de investigación de 25 países europeos en la subcategoría «*conditio sine qua non* en general (acción)», encubren en realidad supuestos de causalidad por omisión que, como tales, deberían estar analizados en la siguiente subcategoría (omisiones).

<sup>158</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort...*, *op. cit.*, pág. 223, n.º 199.

<sup>159</sup> Así VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort...*, *op. cit.*, págs. 218-219. La relación regla y exclusión encuentra su reflejo también en la *Common Law* norteamericana. Véase, a este efecto, también el *Restatement of law (third) torts*, que establece como regla la responsabilidad de quien crea el riesgo de producción del daño físico en los terceros por la violación de un deber general de cuidado (comisión) y la no responsabilidad por omisión, salvo excepciones establecidas en las §§ 40-41; THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of law (third) torts*, *op. cit.*, com a) a la § 37.

<sup>160</sup> Así, VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort...*, *op. cit.*, págs. 218-219, n.º 194.

<sup>161</sup> Entre los casos de caídas, véase el ejemplo de la STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010) con el comentario de RUDA GONZÁLEZ, A.: en *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, págs. 729-742.

<sup>162</sup> Es el ejemplo que con más frecuencia se repite en el derecho comparado, véase VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 220, y VAN DAM, C.: *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 206 en España, sin embargo, estaría sujeto a las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

<sup>163</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort...*, *op. cit.*, pág. 219, nr. 195. De forma parecida, ARCOS VIEIRA, M.ª L.: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva*, *op. cit.*, págs. 136-137, n.º 194.

En algunos casos, más problemáticos, en los que una o varias conductas omisivas están precedidas por una o varias conductas positivas, o al revés, podría servir de apoyo el método desarrollado con tal de facilitar la dogmática distinción entre omisiones y acciones por la doctrina alemana. Según esta última, la cuestión de si se trata con la conducta activa o pasiva del causante del daño se resuelve de acuerdo con el llamado «punto de imputabilidad» (*den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit*)<sup>164</sup>, siendo tal problemática estrechamente relacionada con la construcción ontológica de la acción y omisión. En palabras de VON BAR, pues, el acto significa que el causante del daño creó determinado riesgo para la víctima o para sus bienes, mientras en caso de la omisión el causante no evitó un peligro inminente. Dicho de otra manera, con la acción el demandado abre la cadena causal, mientras en caso de omisión no la interrumpe<sup>165</sup>. Así, clasificar la conducta del demandado dentro de unos u otros esquemas dependerá de si el eventual causante del daño *incrementó el riesgo* de producción del daño, (acción), o si más bien, *sin incidir en su incremento*, simplemente *no evitó que el daño se produjera* (omisión)<sup>166</sup>. En consiguiente, si, según el derecho, el reproche culpabilístico se puede hacer sobre todo a la conducta activa y fue esta la que incrementó el riesgo de producción del daño, se tratará con un supuesto de la responsabilidad subjetiva por comisión. Por lo contrario, si el reproche se centra en la omisión y el demandado no incrementó el riesgo de producción del daño, la conducta causante del daño es de carácter omisivo<sup>167</sup>. Tal nota requiere una adicional explicación. Si la creación de un riesgo sirve de factor principal en la distinción entre una acción y una omisión, caracterizando a esta primera, ¿cómo entonces *creación* y control de una situación de peligro pueden constituir una de las fuentes de un deber afirmativo? A este efecto, la práctica jurisprudencial norteamericana nos demuestra que los tribunales norteamericanos en varias ocasiones han declarado que debido a que la conducta del demandado había creado riesgo de producción del daño a un tercero, sobre el causante pesaba un deber de cuidado razonable. No obstante, dicho actuar precedente, según el *Restatement*, generador de un riesgo para tercero, no constituye como tal fuente de un deber jurídico de actuar, exceptuando de la general regla de no imposición de la responsabilidad por omisión de la § 36, sino más bien pertenece al ámbito de aplicación de la regla general de la responsabilidad por acción culposa, establecida en la § 7 del mismo cuerpo legal<sup>168</sup>. La creación de un riesgo podrá ser fuente de un específico deber jurídico de actuar solamente en estos supuestos en los que dicho riesgo tiene carácter continuo, es causa del daño producido y es ca-

<sup>164</sup> Véase BUCHNER G. y ROTH, H.: *Unerlaubte Handlungen einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung*, 2.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1994, pág. 8.

<sup>165</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort*, *op. cit.*, pág. 218, n.º 194. Así también en el derecho penal, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*

<sup>166</sup> TEICHMANN, A. «§ 823» en JAUERING, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar*, 10.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2003, n.º 30, y HAGER, J. «§ 823» en Von STAUDINGER, J.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Sellier de Gruyter, Berlín, 1999, n.º H 6.

<sup>167</sup> MAGNUS, U.: «Causation by omission», *op. cit.*, pág. 95.

<sup>168</sup> The AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the law (third), torts: liability for physical harm*, Proposed final Draft N.º 1, 6 de abril de 2005, § 37, n. c).

racterístico de la conducta en cuestión (§ 39 del *Restatement*)<sup>169</sup>. Dicha norma abarca dos supuestos. Uno en el que un actor a través de su precedente conducta diligente creó un continuo e irrazonable riesgo de producción del daño a otro. En tal caso al actor en el momento de realizar la conducta razonablemente falló en apreciar el riesgo, que apreció o debería haber apreciado con posterioridad<sup>170</sup>. Para decirlo de otra manera, entre dos conductas, la precedente activa y posterior negativa, solo la segunda es negligente<sup>171</sup>. Segundo supuesto concierne a una situación en la que el actor inició la cadena causal con su conducta positiva, pero esta no es causa adecuada del daño, por lo que la responsabilidad puede serle atribuida solo por la no evitación del riesgo (omisión) en la fase posterior<sup>172</sup>. En tal caso el actor es responsable por la extensión del daño<sup>173</sup>. Para que la creación del riesgo no sea constitutiva de una acción entonces, el *Restatement* requiere que la precedente acción del actor que creó riesgo haya cesado, pero que el riesgo, como tal, se mantenga materializándose con posterioridad en la producción del daño. Por ejemplo, Randall sube un puente del que decide tirarse. Hace un cuidadoso sondeo de los alrededores sin darse cuenta de que Cheri atraviesa el agua por debajo del puente. Cuando finalmente se tira al agua Cheri aparece justo debajo. Randall cae sobre Cheri, que, en consecuencia, pierde la consciencia. Mientras Randall no es responsable por las lesiones iniciales que causó a Cheri, tiene un deber de cuidado razonable de aminorar la extensión del daño sufrido por ella<sup>174</sup>. O, por ejemplo, al conducir una moto en una aislada carretera montañosa Vince choca de forma inocente con Jane, que hace *trekking* por la misma carretera. A pesar de que Jane sufre graves lesiones mantiene lucidez. El hecho de dejar el móvil en casa hace que ruegue a Vince que utilice su teléfono para pedir ayuda. Vince rechaza hacerle este favor y unos minutos más tarde se aleja del lugar de accidente. En tal situación sobre Vince recae un deber afirmativo frente a Jane, consistente en mitigar daño sufrido. A consecuencia de su incumplimiento Vince es responsable de toda extensión del daño sufrido por Jane, causado por su negligente rechazo de utilizar el móvil y debido al retraso con que a Jane se le prestó asistencia sanitaria. Ahora bien, si el causante del daño desarrolla una conducta durante todo el tiempo en el que la víctima está expuesta al riesgo, lo más probable es que el tribunal aplicara la § 7 en vez de la § 39 comentada con anterioridad. El criterio de creación de un riesgo como fuente alternativa de un deber jurídico de actuar encontrará entonces su aplicación sobre todo en casos de omisión de socorro, que, como regla general, no resulta en responsabilidad en el derecho civil, excepto la situación en la que un tercero sufre daños corporales a causa del propio actuar del demandado. En dicho supuesto el deber afirmativo de prestar ayuda al lesionado surge de la creación del riesgo y, por

<sup>169</sup> Com. c a la § 39 del *Restatement*.

<sup>170</sup> Com. a) a la § 39 del *Restatement*.

<sup>171</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, n.º 198, pág. 222.

<sup>172</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, n.º 196, pág. 220.

<sup>173</sup> Com. a) a la § 39 del *Restatement*.

<sup>174</sup> Ejemplo propiciado por el *Restatement of the law (third)* vide il.3 al com. c) de la § 39.

consiguiente, de la precedente conducta activa del causante del daño<sup>175</sup>. En España así lo entendió el Tribunal Supremo en un caso en el que un tractor atropelló a un pastor y no paró para prestarle socorro<sup>176</sup>. Como hemos observado, por tanto, la distinción entre acciones y omisiones basada en el criterio de la afirmativa creación del riesgo (acción; *misfeasance*) y la no evitación del daño (omisión; *nonfeasance*) fue históricamente asumida también por la doctrina estadounidense. Las críticas que recibió con posterioridad, que apuntaban que basarse solamente en ella puede ser a veces engañoso, señalaban a otra solución, que si era considerada junto con el criterio aquí mencionado se solaparía con el llamado test de «punto de imputabilidad», desarrollado por la doctrina alemana. A este efecto, se ha dicho que lo que se ha de tener en cuenta es la totalidad de la conducta y no una conducta específica, alegada en vulneración de un deber jurídico de actuar. Así, por ejemplo, no frenar o no avisar de un peligro latente en un producto puesto en venta no constituirían caso de omisión, sino, visto de forma más global, parte de una conducta activa (conducir el coche o vender un producto) que, como tal, crearía riesgo de producción del daño<sup>177</sup>. En lo que se refiere a los PETL asumimos, por tanto, que también en este caso la creación de una situación de peligro, en virtud del artículo 4:201, responde a estos supuestos excepcionales de omisión de socorro en los que el demandado lesionó a la víctima con su conducta positiva y huyó del lugar del accidente sin prestarle asistencia alguna<sup>178</sup>.

Una vez asumido el difícil encaje de los supuestos fácticos dentro de los borrosos perfiles de las omisiones menos de extrañar parece también el uso que el Tribunal Supremo hizo de la técnica de remitirse a la *actividad* llevada a cabo por el causante del daño para justificar la no aplicación de la responsabilidad por riesgo en casos de caídas.

## 5. TERCERA ETAPA

Finalmente, cerrado el periodo en el que la doctrina de los tribunales se centraba en la declaración de no aplicación de la responsabilidad por riesgo a los casos de caídas, justificándola con el hecho de que las *actividades* desarrolladas en establecimientos abiertos al público, *instalaciones* que a estos pertenecían, o simplemente el *hecho de regentar un negocio abierto al público* no generaban riesgo especial alguno, la jurisprudencia abre finalmente tercera etapa. A partir de entonces, los tribunales, prescindiendo de la teoría del riesgo, sientan la eventual responsabilidad de los dueños de tales locales en la *omisión* de un deber jurídico de mantener sus establecimientos en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad. En consecuencia, se trata con uno de estos casos en los que la declaración sobre la existencia de unos deberes específicos de actuación que

<sup>175</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Tort*, op. cit., pág. 228.

<sup>176</sup> STS de 6 de marzo de 1989, *RAJ* 1989, núm. 2.492, pág. 2.786.

<sup>177</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the law (third), torts: liability for physical harm*, proposed final Draft N.º 1, 6 de abril de 2005, § 37, com. c).

<sup>178</sup> Véase, como ejemplo, la STS de 6 de marzo de 1989, *RAJ* 1989, núm. 2.492, pág. 2.786.



gravan a los dueños de los locales abiertos al público viene acompañada de un intento de especificación de qué tipo de deberes en concreto se trata<sup>179</sup>. De ahí que se señale que:

«[...] la obligación del titular del establecimiento es tener el local en las condiciones adecuadas de higiene y seguridad para el tránsito y la estancia de los clientes, por lo que la acción entablada ha de apoyarse en hechos probados que demuestren alguna clase de incumplimiento de ese deber, que fuera causa de la caída»<sup>180</sup>.

Tal declaración viene normalmente acompañada de una general enumeración de las medidas que se han de tomar con tal de cumplir con la obligación mencionada con anterioridad, seguida por una casuística lista de los deberes específicos, de carácter no *numerus clausus*, cuya omisión puede constituir causa de la responsabilidad civil de los que se encuentran en la posición de titulares de los establecimientos de los que se trata. Pionera en introducir descrita fórmula fue la STS de 31 de octubre de 2006<sup>181</sup>. A partir de entonces son numerosas las decisiones que la repiten casi literalmente. Así se señala que:

«Como indican las Sentencias de 31 de octubre de 2006, de 29 de noviembre de 2006, y de 22 de febrero de 2007, entre las más recientes, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la existencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles<sup>182</sup>. Pueden citarse, en esta línea, las Sentencias de 21 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera); de 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad); de 10 de diciembre de 2004 (caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas); de 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no habían sido limpiados de un vómito en el suelo); de 31 de marzo de 2003 y 20 de junio de 2003 (caída en una zona recién fregada de una cafetería que no se había delimitado debidamente); de 12 de febrero de 2002 (caída durante un banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable)»<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> Díez PICAZO, L.: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson/Ciudad Argentina, Madrid, 2001, págs. 114-115.

<sup>180</sup> STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1520).

<sup>181</sup> (RJ 2006, 8882).

<sup>182</sup> Así también SSAP de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC 2008, 1355), de Alicante de 21 de abril de 2008 (AC 2008, 1394), y SAP de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932).

<sup>183</sup> Así como primera la STS de 22 de febrero de 2007, seguida por las SSTS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4338), de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8934), de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3209), y las SSAP de Ourense de 28 de junio de 2007 (AC 2007, 1974), de Cádiz de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 209258), de Zaragoza de 30

En lo que se refiere a la remisión a la omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles que el Tribunal Supremo hiciera a lo largo de la tercera etapa, se puede señalar que su jurisprudencia, más que establecer una nueva tendencia, vuelve a sentar tal doctrina, profundizando en su desarrollo. A pesar, pues, de la común tendencia a la sistemática aplicación de la responsabilidad por riesgo, marcada por la primera etapa en la evolución de la jurisprudencia en la materia objeto de este estudio<sup>184</sup>, muchas de las decisiones de este periodo, especialmente las de la última década del siglo XX, reconocen ya que la responsabilidad de los dueños de tales establecimientos deriva de una conducta omisiva<sup>185</sup>. En la segunda etapa, como hemos mencionado anteriormente, esta doctrina se vio algo abandonada a favor del enfoque de acuerdo con el cual la responsabilidad de los dueños de los establecimientos en los que se producen desafortunados resbalones deriva de la actividad llevada a cabo por estos, es decir, de una conducta activa.

Como medidas, cuya implementación con más frecuencia se exige de parte de los titulares de los establecimientos, se podría mencionar, por ejemplo, la instalación de las bandas antideslizantes en el suelo del local de que se trate; la instalación de barandillas en las escaleras que se hallan dentro de tal local; la instalación de una iluminación adecuada o señalización del peligro de caerse en el caso de que el suelo del local se encuentre mojado debido a la precedente limpieza, etc. El hecho de que la parte demandada implemente tales medidas con posterioridad al accidente y, a veces también, con posterioridad a la imposición de la demanda, está siendo utilizado en algunas ocasiones por la parte demandante como un argumento, que, esgrimido en contra del demandado, va dirigido a incidir en la libre valoración de la prueba indicando culpa del eventual causante del daño<sup>186</sup>. En la mayoría de los casos, si no en todos, tal argumentación

---

de enero de 2008 (JUR 2008, 174645), de Pontevedra de 12 de marzo de 2008 (JUR 2008, 164516), de Pontevedra de 24 de abril de 2008 (JUR 2008, 323053), de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC 2008, 1355), de A Coruña de 14 de julio de 2009 (JUR 2009, 351402), de Madrid de 10 de julio de 2008 (JUR 2008, 291891), de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932), de Granada de 10 de julio de 2009 (JUR 2009, 479733), de Vizcaya de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 2188) y de Girona de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 394946). Existe también un número de sentencias que, utilizando una fórmula similar, señalan que, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, «han declarado [...] la responsabilidad del demandado cuando su negligencia era identificable» y que, sin mencionar la omisión de las medidas correspondientes, proceden a la misma casuística enumeración de los supuestos en los que la víctima consiguió la indemnización. Este es el caso, por ejemplo, de la SAP de Vizcaya de 30 de marzo de 2009 (JUR 2009, 322003), SAP de Madrid de 22 de marzo de 2009 (AC 2009, 917) y SAP de Valencia de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008, 153496).

<sup>184</sup> Véase la introducción a este capítulo.

<sup>185</sup> Véase, a modo de ejemplo, las SSTs de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10559), de 25 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6655), de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8093), así como las SSAP de Asturias de 4 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2309), de Sevilla de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 2134), de Sevilla de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1558), de Zaragoza de 4 de mayo de 1998 (AC 1998, 5804), de Badajoz de 6 de julio de 1998 (AC 1998, 1367), de Asturias de 22 de diciembre de 1998 (AC 1998, 8562), de Lleida de 16 de marzo de 1999 (AC 1999, 574) y de Pontevedra de 7 de marzo de 2000 (AC 2000, 728).

<sup>186</sup> Así las SSTs de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1869), reparaciones en el suelo del local efectuadas con posterioridad a un accidente mortal sufrido por la víctima, 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 862), demandada introduce



decae, declarando el tribunal que modificaciones operadas con posterioridad nada demuestran por sí solas<sup>187</sup>, carecen de relevancia en lo que intentan demostrar que el local se hallara en unas u otras condiciones de uso en el momento de tener lugar el accidente<sup>188</sup>, señalándose también que la parte recurrente en la casación, invocando tal precepto, pretende sustituir de esta manera la apreciación probatoria realizada por el tribunal de apelación por la suya propia, pretensión que es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación<sup>189</sup>.

Dicho esto, la tercera etapa y la más reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de caídas en los establecimientos abiertos al público se acercan a la doctrina jurisprudencial en la misma materia desarrollada hace tiempo en otros países de nuestro entorno, como Alemania, Francia o Gran Bretaña. El trayecto por el que pasaron los ordenamientos mencionados con anterioridad en materia de la responsabilidad civil por omisión coincide en varios puntos con aquella por la que pasó el ordenamiento español. A principios del siglo XX los tribunales de los tres países mencionados con anterioridad se mostraron reacios a imponer la responsabilidad por un simple abstenerse del demandado en casos en los que no existía un deber específico de actuar que pesaba sobre este. Así, la jurisprudencia de estos tres países pasó a reconocer dichos deberes, caso por caso, y solamente en supuestos determinados. Después de la segunda guerra mundial, sin embargo, el sistema francés optó por apartarse de aquella práctica. La introducción en el CP francés de un deber general de socorro incidió en que los tribunales franceses rápidamente han reconocido tal deber también en el derecho privado, hecho este que, por su parte, llevó, a partir del citado «Caso Branly», a la práctica desaparición de la distinción entre acción y omisión en este ordenamiento. En Alemania, a pesar de que el derecho penal introduce el mismo deber de socorro en su correspondiente código, la jurisprudencia de dicho país rechaza su implementación en el derecho civil, procediendo, en consecuencia, con la continua creación de los deberes de actuar sobre la base incremental. La *Common Law* británica coincide, en este sentido, con el sistema alemán con una sola diferencia: el primero se muestra más restrictivo en lo que respecta a la imposición de tales deberes<sup>190</sup>. Así las cosas, en Alemania, los tribunales han introducido y desarrollado el concepto de los llamados *Verkehrspflichten*, siendo este un amplio abanico de los afirmativos deberes de actuar, dentro de los que los primeros fueron los relativos a carreteras, te-

---

modificaciones operadas en la escalera posteriores al accidente que se explican por el hecho de haberse imputado en vía penal y civil a los responsables de la escalera de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4338), 25 de marzo de 2010 (JUR 2010, 103602), la parte demandada colocó un cartel después del accidente avisando del escalón sobre el que resbaló la víctima. En la sentencia no consta si la remisión a las posteriores modificaciones fue uno de los motivos en que fundó su decisión la Audiencia Provincial al condenar a la demandada, o si fue, más bien, uno de los argumentos enumerados por la demandante en contra del causante del daño en el recurso de casación; y la SAP de Vizcaya de 2 de julio de 2009 (AC 2009, 2188), instalación con posterioridad al accidente de bandas antideslizantes en el suelo sobre el que cayó la víctima.

<sup>187</sup> F.2 de la STS 25 de marzo de 2010 (JUR 2010, 103602).

<sup>188</sup> F.4 de la STS 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 862).

<sup>189</sup> F.2 de la STS 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1869).

<sup>190</sup> KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *op. cit.*, texto después de la n.º 378.

renos y edificios. De ahí que el *Verkehrspflichtige*, el equivalente del *gardien* francés o del *occupier* inglés, esté obligado a mantener sus premisas en condiciones adecuadas de seguridad<sup>191</sup> y responde con base en la § 823 I del BGB por el eventual daño corporal y material causado por la omisión de las medidas de seguridad correspondientes<sup>192</sup>. Hoy en día los *Verkehrspflichten* aplican a los contratistas, farmacéuticos, químicos, arquitectos, médicos, a los túneles de lavado de coche, piscinas, ferrocarriles, organizadores de demostraciones, hoteles, bares, pensiones, cazadores, tiendas, operadores deportivos, centros deportivos, pistas para esquiar, esquiadores y constructoras de carreteras hacia cualquier tipo de víctima<sup>193</sup>. En consecuencia, muchos de los casos fundados en la infracción de los mencionados deberes de seguridad, oídos ante el BGH (*Bundesgerichtshof*)<sup>194</sup>, coinciden con los enjuiciados por el Tribunal Supremo de España. A modo de ejemplo, el titular de un restaurante situado en Alemania tiene deber de prever que algunos de sus clientes pueden tener dificultades de paso y debe cumplir con las medidas de seguridad adecuadas dirigidas a protegerlos de la materialización de los riesgos dimanantes del hecho de que el suelo del restaurante esté resbaladizo<sup>195</sup>; el organizador de un espectáculo de masas en Alemania tiene el deber de garantizar al público un seguro camino de entrada y salida al y del área de la celebración del evento<sup>196</sup>. A veces tales supuestos encuentran sus equivalentes también en la *Common Law*, a pesar de que esta última, por razones históricas y con base en los fundamentos filosóficos, en principio se mostró opuesta a otorgar la protección jurídica en cualquier supuesto de responsabilidad civil por omisión<sup>197</sup>. A modo de ejemplo, una tienda de autoservicio es responsable por los daños y perjuicios causados a su cliente (o potencial cliente) que resbala sobre una hoja de una verdura o sobre otra sustancia resbaladiza<sup>198</sup>; o los dueños de una casa particular

<sup>191</sup> VAN DAM, C.: *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 208, n.º 808-2.

<sup>192</sup> VAN DAM, C.: *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 414, n.º 1.503-1.

<sup>193</sup> VAN DAM, C.: *European Tort Law*, *op. cit.*, pág. 210, n.º 808-3.

<sup>194</sup> Tribunal Supremo de Alemania.

<sup>195</sup> BGH NJW 1991, 921, citado por MARKESINIS, B. S.: *The German Law of Obligations*, vol. II. *The Law of Torts: a comparative introduction*, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1997 (reimpreso del año 1994), pág. 76.

<sup>196</sup> BGH NJW 1990, 905, citado por MARKESINIS, B. S.: *The German Law of Obligations*, vol. II. *The Law of Torts: a comparative introduction*, *op. cit.*, pág. 76.

<sup>197</sup> KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *op. cit.*, texto después de la n.º 235. Fue *Smith v Littlewoods* [1987] AC 241 en el que Lord GOFF se refirió a la llamada doctrina de exclusión de la responsabilidad por omisión (*doctrine of no liability for nonfeasance*) al declarar: «¿Por qué el derecho no reconoce un general deber de actuar con el fin de prevenir a los demás de la producción del daño o lesión causados por la intencional conducta antijurídica de un tercero? La razón fundamental es que la *Common Law* no impone responsabilidad por las denominadas omisiones puras» (trad. propia). *Smith v Littlewoods* [1987] AC 241 en 271. Tal regla fue confirmada en consiguiente en *Stovin v Wise* [1996] 3 All ER 801 por Lord HOFFMANN, Lord GOFF y Lord JAUNCEY; el precedente que confirmó el principio que no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones seguía en vigor a no ser que sobre el demandado recaía un deber específico de actuar. KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *op. cit.*, texto después de la n.º 244.

<sup>198</sup> En la jurisprudencia alemana BGH NJW 1976, 712, en el derecho anglo-sajón *Ward v. Tesco* [1976] 1 WLR 810; véase un supuesto parecido en la SAP de Lleida 6 de abril de 1995 (AC 1995, 1125).

son responsables por las lesiones ocasionadas por el defectuoso pasamanos de la escalera frente a los que vienen de visita<sup>199</sup>. En Francia, el propietario de un terreno o de un edificio tiene el deber frente a los que le visitan, sus vecinos y otros transeúntes de prevenir, por ejemplo, que la nieve se caiga del techo a la carretera<sup>200</sup>.

## 6. CREACIÓN Y CONTROL DE UNA SITUACIÓN DE PELIGRO COMO UNA DE LAS FUENTES DE LOS DEBERES JURÍDICOS DE ACTUAR EN CASOS DE CAÍDAS SUFRIDAS EN LOS ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

Según lo expuesto con anterioridad, la creación o control de una situación de riesgo como indicio de la existencia de un deber jurídico de actuar fue paulatinamente reconocida, de forma más o menos consciente, también por la reciente jurisprudencia, especialmente en grado de apelación. La omisión, en este contexto, tendrá consideración de antijurídica no con la creación de una situación de peligro como tal, sino en el momento de materialización previsible del riesgo que no se evita con las medidas adecuadas<sup>201</sup>.

En este sentido, la SAP de Lleida de 8 de febrero de 2001 declaró que «... el deficiente estado que presentaba el lavabo por falta de la necesaria actividad de limpieza genera un situación de *riesgo evidente para los clientes*, y si esta situación es conocida y consentida por el titular del establecimiento –reconoce que es normal que suceda y sin embargo no se procede a la limpieza de los lavabos con cierta asiduidad– resulta patente su negligente actuación al estar incumpliendo la obligación de mantener el local en las debidas condiciones de seguridad e higiene, omitiendo la diligencia exigible para prevenir un suceso dañoso como el que se produjo, que era perfectamente previsible y evitable si se hubieran adoptado los más elementales cuidados y prevenciones para evitar que de normal utilización de las instalaciones puedan derivarse daños para quienes a ellos acuden»<sup>202</sup>. En otra ocasión, la Audiencia Provincial de Alicante señaló que incumbe a la empresa restauradora el deber de «mantener las dependencias de servicios de su establecimiento de restauración en estado adecuado de uso y sin generar por ello *riesgos* a sus numerosos clientes»<sup>203</sup>,

<sup>199</sup> BGHZ 5, 378; *Wheat v. Lacon* [1966] 1 QB 355, en España el famoso «Caso Juguetes».

<sup>200</sup> Civ. 2e 23 December 1969, JCP 1970. IV. 242; Civ. 2e 26 November 1980, D. 1981. IR. 276; Civ. 2e 4 May 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 261, obs. Chabas; Civ. 2e 18 January 1963, JCP 1963. II.13316, comm. Blaevoët; Civ. 2e 9 July 1975, D. 1975. IR. 215, JCP 1977. II. 18544, comm.. Mourgeon (1 re esp.), citados por VAN DAM, *Cees European Tort Law*, op. cit., pág. 208.

<sup>201</sup> Com. 3 n.º 4 al artículo 4:103 de los PETL.

<sup>202</sup> F.4 de la SAP de Lleida de 8 de febrero de 2001 (AC 2001, 450). Obsérvese, no obstante, que la sentencia invierte la carga de la prueba con el fundamento en el principio de facilidad probatoria.

<sup>203</sup> F.3 de la SAP de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC\2008\1355).

materializándose estos en el caso enjuiciado en el hecho de que las dependencias de tal establecimiento «se hallaban a la sazón sucios, por existir papeles por el suelo» y hallándose su pavimento «mojado y encharcado por la continuada utilización, quizás no del todo correcta desde el inicio de la celebración, por las usuarias, las comensales asistentes al banquete»<sup>204</sup>. En idéntico sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de junio de 2003 al afirmar que los dueños de la cafetería de un hospital infringieron el deber de implementar medidas de seguridad y señalización al no haber colocado un rótulo, o no haber dedicado a un empleado a advertir del *peligro creado* por el suelo húmedo y resbaladizo, después de haber sido fregado por sus empleados tras caerse un vaso a otro cliente<sup>205</sup>. Podría ser *generador de riesgo* de cuya materialización surgiría también un deber jurídico de actuar «la falta de limpieza de la pista de baile y alrededores debido a la presencia de vasos de cristal rotos»<sup>206</sup>. En el concreto caso de la SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2009, sin embargo, recurso de apelación basado en la vulneración del artículo 1.902 por omisión del deber de seguridad exigible al titular de la discoteca, en la que tuvo lugar el fatal accidente, pereció por la falta de suficiente actividad probatoria. En cambio, no supone un riesgo para los clientes, de cuya existencia dimana la responsabilidad de la parte demandada fundada en el deber de garantizar la seguridad de sus instalaciones, la existencia de una barra metálica para colocar los carros de compra en un supermercado<sup>207</sup>.

Finalmente, generó un riesgo que excede «de lo que podríamos calificar como riesgo general de la vida»<sup>208</sup> la existencia de unos taburetes o banquetas, mal colocados al lado derecho de la escalera que con posterioridad cayeron por encima de la víctima motivando su caída; riesgo cuya materialización da lugar a omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución<sup>209</sup>. Esta última sentencia evidencia una frecuente práctica entre los tribunales de la última década que, por llamar tal fenómeno de alguna manera, hace uso de un «atajo lógico»<sup>210</sup>. Según aquella, si determinado suceso se califica dentro de los riesgos generales de la vida, los titulares de los locales abiertos al público sobre cuyos suelos resbalan víctimas no pueden ser declarados responsables por prosperar uno de los criterios de la exclusión de la imputación objetiva. Conclusión que en sí no es errónea, si no fuera por la consiguiente constatación de que, al tratarse del caso contrario, se da el riesgo cuya materialización genera un deber jurídico

<sup>204</sup> F.2 SAP de Alicante de 8 de abril de 2008 (AC\2008\1355).

<sup>205</sup> F.1 y 2 de la STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4250). A este efecto, el TS consideró como insuficiente la ausencia de otra indicación del peligro que unas sillas cruzadas impidiendo el paso a las potenciales víctimas.

<sup>206</sup> F.2 de la SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2009 (AC 2009, 985).

<sup>207</sup> F.2 de la SAP de Valencia de 3 de junio de 2008 (JUR 2008, 274344). La sentencia calificó la existencia de tal barra dentro de los riesgos generales de la vida, inimputables objetivamente a la parte demandada.

<sup>208</sup> F.2 de la SAP de Girona de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 394946).

<sup>209</sup> F.2 de la SAP de Girona de 2 de abril de 2009 (JUR 2009, 394946).

<sup>210</sup> En este mismo sentido se han pronunciado también la STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 1699) en su F.2, la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), F.3 pt. 6, y la STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 174645), F.3 *in fine*.

de actuar que pesa sobre el demandado. Dicha argumentación padece de varios errores. Primero, crea la abstracción de que entre ambos criterios existe un continuum, en el sentido de que lo que excede los riesgos generales de la vida constituye un riesgo cuya creación o control da lugar a un deber afirmativo jurídicamente relevante, confundiendo de esta manera criterios totalmente distintos: el de la imputación objetiva (riesgos generales de la vida) con el de la imputación subjetiva (control de una situación de peligro que da lugar a un deber de actuar)<sup>211</sup>. Segundo, el examen de si determinada conducta es o no objetivamente imputable al demandado constituye, en caso de omisión, un escalón posterior a la prueba de la imputación subjetiva, es decir, un test final de si, probada la conducta negligente del demandado y la causalidad física entre esta y el daño producido, aquella es o no generadora de la responsabilidad. Dicho esto, se puede afirmar que mal congenia con tal constatación la práctica que acude primero a los riesgos generales de la vida para concluir con las cuestiones en torno a la imputación subjetiva.

«El riesgo general de la vida (*allgemeines Lebensrisiko*) es el criterio del TS para negar la imputación de aquellos daños que sean derivados de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del daño, tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de las cosas, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, están ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente»<sup>212</sup>.

Para propiciar otro ejemplo del «atajo lógico» descrito con anterioridad, la SAP de Madrid de 16 de julio de 2008 declaró que:

«[...] es claro que la existencia ocasional de un vómito en una estación de metro que además cuenta con un permanente servicio de limpieza, es algo que entra dentro de la normalidad, y por ello es previsible y evitable pues afecta a una concreta superficie del solado y supone en consecuencia un riesgo general de la vida inherente al comportamiento humano. Pues como sostiene el juzgador de Instancia en una estación de metro el tránsito de viajeros es constante y no se puede controlar de modo continuado las conductas de todos ellos, ni accidentes como es el vómito por uno de ellos. A lo

<sup>211</sup> En los mismos términos sobre otro criterio de la imputación objetiva, aquí la culpa de la víctima, tratada a veces por la jurisprudencia como un elemento del juicio de imputación subjetiva RIBOT IGUALADA, J., en «Culpa "relevante" como culpa "adicional": la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. IV, Thompson Civitas, Madrid, 2003, pág. 2.879.

<sup>212</sup> F.3 de la STS de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 174645). Más sobre el concepto de los riesgos generales de la vida en PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil*, vol. II, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1.566-1.577, e INFANTE RUIZ, F.: *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 163-164.

que debe añadirse por la Sala que el accidente como hecho posible, pudo ser fácilmente evitable en la deambulación por dicho espacio, pues no se acredite que se encontrara en una zona de difícil acceso o visibilidad».

No cabe tampoco estimar error en la apreciación de la prueba, respecto del deber de vigilancia o cuidado por la entidad demandada, pues el único testimonio al respecto, prestado por la jefa de sector D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> B.A.G.G., según constata la Sala tras auditar la grabación, confirmó que, recibido el aviso en taquilla, se le avisa a ella y, cuando acude con bípode para cubrir la zona, es cuando ve cómo resbala la demandante, por lo cual se entiende que se adoptaron con premura las medidas de advertencias pertinentes, pues según pudo apreciar el testigo el vómito era reciente, por lo cual es evidente que se adoptaron con toda urgencia las medidas necesarias. Sin que se acredite por la ahora apelante que el vestíbulo de la estación presentara un estado de abandono que propiciara la caída de la demandante.

Con base en lo expuesto no se puede estimar la responsabilidad atribuida a Metro en la caída que haga de aplicación el artículo 1.902 del Código Civil, a los efectos pretendidos, al no existir prueba alguna que justifique la existencia de un riesgo especial en el vestíbulo del que deba responder la demandada, al no merecer tal consideración la existencia de un vómito [...]»<sup>213</sup>.

Pues bien, las conclusiones de la Audiencia Provincial de Madrid parecen erróneas por lo menos en un doble sentido. Primero, el material probatorio producido en el caso evidencia imposibilidad de que la limpieza del suelo encharcado por un vómito se produjese a tiempo. Es decir, el vómito era reciente y era físicamente imposible que la limpiadora acudiese con el bípode antes de la producción del fatal accidente. Tal constatación equivale a que no se aprecia en el caso por parte del demandado omisión alguna por faltar uno de sus elementos ontológicos básicos, siendo esta posibilidad de acción; consideración esa que bastaría para desestimar en su totalidad el recurso de apelación, sin tener que realizar otras apreciaciones adicionales. No obstante eso, la Audiencia Provincial se empeñó en un análisis exhaustivo de casi todos los presupuestos de la responsabilidad por culpa, llegando a declarar que el vómito en el vestíbulo de una estación de Metro no excede los riesgos generales de la vida por lo que no tiene consideración de riesgo (especial) cuya materialización daría lugar a un deber jurídico de actuar a cumplir por el demandado. Así, nos encontramos ante un típico ejemplo del llamado «atajo lógico», con tanta frecuencia utilizado por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y algunas de las Audiencias Provinciales. Independientemente de la mencionada imposibilidad de cumplir con el eventual deber afirmativo, más correcto parece admitir que el suelo resbaladizo a causa de un vómito crease un riesgo evidente de producción del daño que amenazó la seguridad y, por tanto, la integridad física de los que deambulan por el vestíbulo; riesgo en cuyo control efectivo se encontraba la empresa Metro de Madrid, dando lugar, por consiguiente, a un deber jurídico de implementar adecuadas medidas de seguridad y señalización que recaía sobre el demandado. El examen de si el daño acae-

<sup>213</sup> F.2 de la SAP de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008, 376932).

cido es o no es imputable objetivamente a la compañía Metro, y más concretamente si puede o no catalogarse dentro de los riesgos generales de la vida, en caso de omisiones, pertenece a una valoración posterior que como objetivo tiene el acotar los resultados lesivos imputables a eventual causante del daño.

Dicho esto, si la existencia de un deber jurídico de actuar depende de la creación y control de una situación de peligro, la extensión precisa de tal deber dependerá siempre de las circunstancias concretas del caso y, en particular, de la extensión del riesgo creado<sup>214</sup>. Como señaló en su tiempo REGLERO CAMPOS, uno de los elementos fundamentales en la imputación por omisión es el de la exigibilidad, entendiendo por tal la *conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar las situaciones de riesgo* en el marco de las relaciones sociales o de la actividad económica<sup>215</sup>. Constituye, pues, un precepto común tanto para la acción como para la omisión la llamada «regla del peligro (*Gefahrensatz*)» de acuerdo con la que el estándar de diligencia se incrementa con el peligro de que se trate<sup>216</sup>. Así las cosas, el peligro en el contexto del riesgo cuya creación origina un deber jurídico de actuar dirigido a neutralizarlo no es necesariamente un peligro cualificado que da lugar a la «inversión de la carga de la prueba», ni mucho menos un peligro anormal que podría justificar la aplicación de la responsabilidad objetiva<sup>217</sup>.

En Finlandia, por ejemplo, el tema de mayor estándar de diligencia exigible de parte del demandado en los supuestos de omisión de un deber jurídicamente relevante ha sido debatido en ocasión de los casos de mantenimiento de autopistas y otros terrenos abiertos durante la época de invierno. El punto neurálgico en la discusión versaba sobre qué tipo de medidas de prevención habría que implementar para evitar resbaladuras sobre los suelos en cuestión. A este efecto, se declaró exigible en tal materia un estándar más alto que el normal, siendo la negligencia evidente tanto en caso del incumplimiento de las medidas de mantenimiento como en el de cumplimiento inadecuado. Incluso así, se subrayó que, en lo que se refiere al nivel de expectativas relativas a tal mantenimiento, habrán veces que hasta medidas más rigurosas no eliminarían por completo el riesgo de producción del daño si la nevada continuase<sup>218</sup>. En cambio, en los Estados Unidos en casos de agresiones de los terceros, sufridas por los que se encuentran en los establecimientos abiertos al público, incluso si los riesgos son totalmente previsibles, el titular del establecimiento o el empresario no es necesariamente responsable por los crímenes contra los invitados o terceros, puesto que el único deber que le incumbe es el del cuidado razonable y no el de garantizar la seguridad de estos. Si el riesgo de agresión ejercitada sobre los clientes es mínimo o pequeño (y no está generado por el mismo negocio), una adecuada iluminación puede satisfacer dicho

<sup>214</sup> MAGNUS, U.: «Causation by omission», *op. cit.*, pág. 104.

<sup>215</sup> REGLERO CAMPOS, F.: «El nexo causal, las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la...», *op. cit.*, pág. 328.

<sup>216</sup> PETL, com. al artículo 4:102, pág. 117.

<sup>217</sup> P. 3, nm. 3 del artículo 4:103 del PETL.

<sup>218</sup> NORIO-TIMONEN, J., HEMMO, M. y SISULA-TULOKAS, L.: «Finland 2/18», *Digest of European Tort Law. Vol. I, essential cases on natural causation*, Springer, Wien, Nueva York, págs. 145-146.



deber. En otras ocasiones tal deber se puede traducir en la adecuada señalización de peligro, o en la eliminación de los sitios inseguros en los que agresiones pueden ser más frecuentes, o incluso en que se empleen los guardas de seguridad. Hasta cierto punto, la cuestión de si un deber jurídico de actuar ha sido vulnerado o no depende del fallo del jurado cuya decisión se basa en lo que una persona razonable haría en el lugar del causante del daño<sup>219</sup>. De forma parecida, en la *Common Law* británica la responsabilidad en caso de abstención por parte del demandado requiere la remisión al *Tort of Negligence* y, aparte del hecho de que la omisión pura requiere además la existencia de un deber afirmativo de actuar, la existencia del reproche culpabilístico en ambos tipos de conducta depende del estándar de un hombre razonable (*reasonable man standard*)<sup>220</sup>.

Llegado el debate a este punto, parece de nota obligatoria una breve referencia a las llamadas obligaciones de seguridad (*obligation de sécurité*), desarrolladas a principios del siglo XX por el derecho civil francés. Concepto este que por primera vez fue introducido por la Sentencia de 21 de noviembre de 1911<sup>221</sup> como una obligación contractual accesoria al contrato de transporte que se extendió posteriormente con rapidez a otras numerosas relaciones contractuales, entre ellas a la existente entre un comerciante y sus clientes, víctimas de accidentes sufridos en los establecimientos abiertos al público<sup>222</sup>. Adicionalmente, se registró su aplicación también en la materia de actividades deportivas y lúdicas, como parques zoológicos, pistas de patinaje, piscinas, clubs hípicas, estaciones de esquí etc., así como en aquellas que implican cierta labor de custodia, como pueden existir en centros de enseñanza de menores y campamentos. Inicialmente dicha obligación de seguridad se concibe como una obligación de resultado (*obligation de résultat*), traduciéndose, de esta manera, en una suerte de responsabilidad objetiva<sup>223</sup>. Los años ochenta ven, sin embargo, una disminución de la protección otorgada a las víctimas de las lesiones sufridas en los lugares aquí mencionados, traduciéndose aquella en, primero, sustitución de la obligación de resultado por la obligación de medios (*obligation de moyens*.) y, segundo, la generalizada percepción de que las obligaciones de seguridad en realidad no proceden del contrato como tal, sino que derivan de la general norma de prudencia existente entre los particulares, cuya vulneración está sancionada por la responsabilidad extracontractual<sup>224</sup>.

Pues bien, es en el punto en el que se discute el grado de diligencia exigible, precisamente, en que las omisiones concurren y se entrecruzan varios elementos que tanta polémica han suscitado en los últimos años. La no realización de la conducta que hubiera evitado el daño, que

<sup>219</sup> DOBBS, D. B.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 879.

<sup>220</sup> KORTMANN, J.: «Liability for nonfeasance; a comparative study», *op. cit.*, texto después de la nota 229.

<sup>221</sup> *Vid. Dalloz*, 1913, 1, pág. 249.

<sup>222</sup> VINEY, G.: *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité*, 3.ª ed. L.G.D.J., París, 2008, pág. 429.

<sup>223</sup> CARBALLO FIDALGO, M.: «La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y de 31 de marzo de 2003)», *op. cit.*, pág. 266.

<sup>224</sup> VINEY, G.: *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pág. 429.

constituye a la vez la conducta debida, evidencia, aparte de la negligencia, también la existencia del nexo causal entre el daño y la omisión<sup>225</sup>. De esta manera, la conducta esperada y omitida por el demandado se compara, con tal de establecer la existencia del nexo causal entre esta y el daño producido, con la que impidiese o pudiese impedir la realización de este. Por ello, solo se consideran relevantes aquellas omisiones que se producen en contra de un deber de actuar, siempre que la realización de la conducta omitida hubiese evitado o disminuido sustancialmente el daño<sup>226</sup>. La aplicación de esta técnica equivale, en la práctica, a que se eleve el grado de diligencia exigible hasta niveles que presuponen, por parte del demandado, la existencia de una obligación de resultado, traduciéndose, en consiguiente, en la conclusión según la cual, si el daño se ha producido, es evidente que el deber jurídico esperado del causante del daño no puede tenerse por cumplido<sup>227</sup>. Dicho de otra manera, en caso de omisiones la regla del peligro, según la cual quien mantiene una situación de peligro debe adoptar todas las medidas apropiadas para evitar que tal peligro se materialice, puede evidenciar, más que la responsabilidad por acción, una excesiva dogmatización en la que dicha regla no solo se utiliza para establecer y valorar la culpa de una persona que podía y debería haber sido consciente de los riesgos en cuyo control se encontraba, sino que también se puede convertir en un elemento de causalidad y en principio general de antijuridicidad. Dicha dogmatización ha sido criticada por algunos como la que incide en la correcta valoración de la culpa, distorsionando de forma peligrosa la dialéctica relación entre la responsabilidad por culpa y la objetiva<sup>228</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere a omisiones en general, los tribunales franceses y alemanes se han mostrado cautelosos en lo que respecta a la exigencia de un grado de diligencia demasiado elevado en tales supuestos<sup>229</sup>. Siendo así, la acción esperada y omitida revestirá carácter de una obligación de medio, y no de resultado, traduciéndose por consiguiente en que tal acción no es apta para evitar el resultado acaecido por completo, pudiendo solamente aminorar el daño producido. Volviendo otra vez a casos de caídas, la jurisprudencia española en materia objeto de este estudio, a pesar de hacer inicialmente un uso frecuente de la ya descrita doctrina de agotamiento de diligencia<sup>230</sup>, con el tercer periodo aquí comentado identificó el grado de diligencia exigible en el desarrollo de los deberes jurídicos de actuar impuestos sobre los titulares de los establecimientos abiertos al público con un cuidado normal. Así las cosas, se declaró que:

<sup>225</sup> ARCOS VIEIRA, M.ª L.: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia...*, op. cit., pág. 139.

<sup>226</sup> MARTÍN CASALS M. y SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al artículo 1902», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2.046.

<sup>227</sup> ARCOS VIEIRA, M.ª L.: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia...*, op. cit., pág. 135.

<sup>228</sup> PETL, com. al artículo 4:102, pág. 117.

<sup>229</sup> KORTMANN, J., op. cit., después de la n.º 380.

<sup>230</sup> Vide la sección sobre primera etapa.

«[...] se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 del CC (LEG 1889, 27), el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley [S. 3-IV-2006 (2006, 2205); reproche que, como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745)], ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto<sup>231</sup>».

Ahora bien, se distingue entre dos grupos distintos de los deberes jurídicos de actuar:

1. Los que coadyuvan a la potencial víctima a cuidarse a sí misma.
2. Los que comprenden estos deberes jurídicos de actuar cuyo propósito es eliminar la fuente del riesgo<sup>232</sup>.

Así las cosas, dentro del primer grupo se encuentran deberes de información y señalización que alertan de situaciones de peligro particular, que prohíben determinadas conductas o imponen uso de determinadas herramientas. Tales medidas dependen de la situación particular y pueden revestir forma, por ejemplo, de adecuada iluminación de la escalera para que se evite que la víctima resbale sobre ella. En determinadas situaciones la señalización aparte exigirá que la persona sobre la que recae un deber de actuar avise personalmente a la potencial víctima que se encuentra en el peligro. No obstante, no se exigirá advertencia alguna si el peligro es solamente aparente. Así, por ejemplo, el organizador de un parque acuático debe avisar a los usuarios solamente de riesgos excepcionales, poco comunes, los que aquellos posiblemente no puedan reconocer<sup>233</sup>.

Dentro del segundo grupo, en cambio, se hallan, por ejemplo, el deber de instalar una barandilla en la escalera. En caso de un vertedero de basura sito en algún lugar público, una adecuada señalización, dependiendo del caso particular, puede constituir medida insuficiente, por lo que se exigirá además la puesta del contenedor en otro sitio. Hoyos y pavimentos habrán

<sup>231</sup> F.1 de la STS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541). Así también con anterioridad la SAP de Vizcaya de 21 de febrero de 2001 (AC 2001, 285).

<sup>232</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, págs. 230-231

<sup>233</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pág. 230.

de estar rellenos eliminándose, de esta manera, los desniveles, mientras en suelos resbaladizos se exigirá instalación de materiales antideslizantes. Pues bien, el cumplimiento con el primer grupo de deberes jurídicos evidentemente contribuye menos a la seguridad de las potenciales víctimas que la implementación de los del segundo. Siendo así, la mayoría de las veces las medidas catalogadas dentro del primer grupo se considerarán insuficientes en lo que respecta el estándar de diligencia exigible en tales casos. Habrá supuestos, sin embargo, en los que estas serán las únicas que razonablemente uno podrá exigir del demandado teniendo en cuenta las circunstancias del caso<sup>234</sup>.

Y finalmente, si alguien no era capaz de reconocer el riesgo, no se le puede achacar conducta ninguna<sup>235</sup>. Si su inconsciencia, sin embargo, deriva del hecho de que intencionalmente ignora los riesgos evidentes, haciendo la vista gorda, se puede afirmar que incumple con las medidas necesarias de forma negligente<sup>236</sup>.

## Bibliografía

ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> L. [2005]: *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*. (Con especial referencia a la responsabilidad por omisión), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

– [2010]: «Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 2009», *CCJC*, núm 83, pág. 688.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [2001]: «Bares, tiendas... y caídas», en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. e YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coords.), *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, págs. 49-65.

BUCHNER, G. y ROTH, H. [1994]: *Unerlaubte Handlungen einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung*, 2.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich.

CARBALLO FIDALGO, M. [2003]: «La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público.», *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 12, núm. 1, págs. 259-273.

CASTÁN TOBEÑAS, J. [1986]: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, ed. 12.<sup>a</sup>, Reus, Madrid.

CAVANILLAS MÚGICA, S. [1987]: *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona.

DE ÁNGEL, R. [1993]: *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Civitas, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid.

– [1999]: «art. 1907», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, págs. 2.044-2.045.

<sup>234</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, págs. 230-231.

<sup>235</sup> Véase el texto que acompaña kas nn.

<sup>236</sup> VON BAR, C.: *The Common European Law of Torts*, vol. II, *op. cit.*, pág. 230, n.º 176.

- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. [2000]: *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, N. [1989]: *Aubry et rau, droit civil français. Responsabilité délictuelle*, PONSARD A. y FADLALLAH, I. (Dir.), vol. VI-2, 8.ª ed., Librairies Techniques, París.
- DÍEZ-PICAZO, L. [1999]: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- DOBBS, D. B. [2000]: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota.
- FEDKE, J. y MAGNUS, U. [2002]: «Germany», en *Unification of Tort Law: strict liability*, Bernhard Koch/KOZIOL, H. (ed.), Kluwer Law International, págs. 147-176.
- FENYVES, A. [2006]: «Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten» en GRISS, I., KATHREIN, G. y KOZIOL, H. (eds.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Tort and Insurance Law, Bd. 15, Wien, New York, págs. 47-56.
- GIGLIOTTI, F. [2002]: «Illeciti de informazione e responsabilità omissiva», *RDC*, núm. 6, págs. 911-938.
- GOLDENBERG, I. H. [1984]: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires.
- HAGER, J. [1999]: «§823», en VON STAUDINGER, J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Sellier de Gruyter, Berlín.
- HONORÉ, T. [1983]: «Causation and remoteness of damage», en TUNC, A. (dir.), *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, International Association of Legal Science.
- INFANTE RUIZ, F. J. [2002]: *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- KORTMANN, J. [2001]: «Liability for nonfeasance; a comparative study», Oxford U Comparative L Forum 1, disponible en [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org) (fc: 13 de diciembre de 2010).
- KÖTZ, H. y WAGNER, G. [2001] *Deliktsrecht*, 9.ª ed., Luchterhand, Neuwied.
- KOZIOL, H. [1997]: *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Bd. I: Allgemeiner Teil, Wien, Meinz.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y RIVIERO FERNÁNDEZ, F. [2009]: *Elementos de derecho civil II. Contratos y cuasi contratos. Delito y cuasi delito*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid.
- [2007]: *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid.
- LARENZ, K. [1959] *Derecho de obligaciones* (trad. española por Jaime SANTOS BRIZ), editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LETE DEL RÍO, M [2005]: *Obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- LIMPENS J., KRUIHOF, R. M. y MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., en TUNC A. (ed.) [1971]: «Liability for one's own acts», *International encyclopedia of comparative law*, vol. XI, ch.2, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), págs. 2-1 y 2-279.
- LUNA YERGA, Á. [2004]: *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*, Thompson Civitas, Madrid.
- MAGNUS, U. [2007]: «Causation by omission», *Causation in law*, Konrad Adenauer Stiftung, Praga, págs. 95-104.

- MARKESINIS, B. S. [1994]: *The German law of obligations, vol. II, The Law of Torts: a comparative introduction*, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1997 (reimpreso del año).
- MARTÍN CASALS M. y RIBOT IGUALADA, J. [2003]: «La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general», *Derecho privado europeo*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Coord.), Madrid, Colex, págs. 827-856.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. [2010]: «Art. 1902», en *Comentarios al Código Civil* (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, págs. 2.046- 2.055.
- MCMAHON, B. M. E. y BINCHY, W. [1989]: *Irish Law of Torts*, 2.ª ed., Butterworths.
- MCNIECE H. F. y THORTON, J. V. [1949]: «Affirmative Duties in Tort», *Yale L. J.*, núm. 58, págs. 1.272- 1.290.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. [2007]: *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- PANTALEÓN PRIETO, F. [1991]: *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, art. 1.902.
- [2000]: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil. Vol. II*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, págs. 1.561-1.591,
- PEÑA LÓPEZ, F. [2006]: *Comentario al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, págs. 2.190-2.191.
- REGLERO CAMPOS, F. [2003]: «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS F. (Coord.), 2.ª ed., Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- [2006] «Comentario a la STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2005, 82)», *CCJC*, núm. 70, enero-abril, págs. 43-55.
- RIBOT IGUALADA, J. [2007]: «Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006», *CCJC*, núm. 74, mayo-agosto, págs. 773-800.
- [2003] «Culpa "relevante" como culpa "adicional": la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. IV, Thompson Civitas, Madrid, págs. 2.869-2.898.
- ROXIN, K. [2003]: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Sraftat, C.H. Beck, Múnich.
- RUDA GONZÁLEZ, A. [2003]: «Comentario a la STS de 12 de febrero de 2003», *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre, págs. 729-742.
- [2002]: «Comentario a la STS de 6 de junio de 2002», *CCJC*, núm. 60, octubre-diciembre, págs. 1.067-1.080.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE [2010]: *Restatement of law third Torts, liability for physical and emotional harm*, vol. II, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers.
- TRAÈGER [1929]: *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg.
- VAN DAM, C. [2007]: *European Tort Law*, Oxford University Press, Nueva York.
- VAN GERVEN, W., LEVER, J. y LAROCHE, P. [2000]: *Cases, materials and text on national, supranational and international Tort law*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York.

VINEY, G. [2008]: *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3.<sup>a</sup> ed., L.G.D.J., París.

VON BAR, C.: [2000]: *The Common European Law of Tort. Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality and defenses*, Oxford University Press.

– [1980]: *Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlín, Bonn y Múnich.

ZIMMERMANN, R.: «Comparative conclusions 2/29», *Digest of European Tort Law. Essential cases on natural causation*, vol. I, Springer, Wien, Nueva York, págs. 165-166.

ZIMMERMANN, R. y KLEINSCHMIDT, J. [2007]: «Germany 2/2», *Digest of European Tort Law*, vol. I. *Cases on natural causation*, Springer, Wien, Nueva York.