



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO
DERIVADA DE SERVICIOS DEFECTUOSOS.

Presentado por:

Claudia Pascual Cruz

Tutelado por:

Profa. Dra. Doña M^a del Mar Bustillo Saiz

*Valladolid
Mayo de 2018*

RESUMEN

En este trabajo se va a estudiar de manera detalla los sistemas de responsabilidad en servicios defectuosos, que se encuentran en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Se compararán ambos sistemas, y las deficiencias que hay al respecto. Además, de abordar las características o elementos que se tienen que tener en cuenta para la correcta prestación de un servicio.

Palabras clave: Consumidores, usuarios, responsabilidad, servicios, defectuosos, empresario, víctima, seguridad, daño.

ABSTRACT

In this work we will study in detail the liability systems in defective services, which are found in the General Law for the Defense of Consumers and Users. Both systems will be compared, and their deficiencies. In addition, the characteristics or elements that must be taken into account for the correct provision of a service will be addressed.

TRADUCIR

Key words: Consumers, users, liability, services, defective, businessman, victim, security, hurt.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO NORMATIVO

1. ÁMBITO NACIONAL.

1.2. Antecedentes: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

1.2. Regulación actual: Texto Refundido de La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2. ÁMBITO EUROPEO.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD POR SERVICIOS DEFECTUOSOS.

1. EL DEBER GENERAL DE QUE LOS SERVICIOS SEAN SEGUROS.

2. CONCEPTO DE SERVICIO DEFECTUOSO.

3. SUJETOS.

3.1 Sujeto Responsable: Prestador del Servicio.

3.2 Sujeto Protegido: Consumidor.

3.2.1 Culpa de la Víctima.

3.2.1.1 La culpa de la víctima: deberes de cuidado hacia uno mismo.

3.2.1.2 El deber de información.

3.2.2 Asunción de riesgo por la víctima.

3.2.3 La persona jurídica ante servicios defectuosos.

4. LA RELACION CAUSAL.

4.1. Ausencia de certeza probatoria y absolución del demandado.

4.2. Ausencia de certeza probatoria y condena del demandado.

4.3. Fuerza mayor y caso fortuito.

4.4 Concurrencia de culpas.

5. DAÑO.

5.1. Daño y culpa.

5.2. Valoración del daño.

5.2.1 El daño moral.

6. RESPONSABILIDAD.

6.1 Consideraciones Generales.

6.2. Dualidad de Regímenes de Responsabilidad.

6.2.1 Responsabilidad del art 147 TRLGDCU.

6.2.2 Responsabilidad del art 148 TRLGDCU.

6.2.3 Diferencia entre la responsabilidad subjetiva (art. 147) y la responsabilidad objetiva (art. 148).

6.3 Productos y servicios: analogías y diferencias.

6.4 La seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio.

6.4.1 La seguridad exigible y la seguridad esperable.

6.4.2 Parámetros para determinar la seguridad que cabe esperar.

6.4.2.1 La ejecución defectuosa del servicio.

6.4.2.2 Riesgos inherentes.

6.4.2.3 Apariencia del servicio y riesgos ocultos.

6.4.2.4 Conducta previsible del usuario. La intensidad del daño.

6.5. El problema de la prestación de un producto defectuoso en el curso de la prestación de un servicio.

6.5.1 Responsabilidad solidaria.

6.6 Causas de exoneración.

IV. CONCLUSIONES.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

VI. LISTA DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN.

El sector servicios o terciario es uno de los grandes sectores en los que se dividen las actividades económicas. Podemos definirlo, como el sector que se encarga de dotar a la población los servicios con los que satisfacer sus necesidades. Es un sector variado que engloba amplia gama de actividades, y que en las últimas décadas se ha ido diversificando y creciendo, en España ha pasado de suponer un 67% sobre el PIB en 2005 a un 75% en el 2015. Además, según el INE, el 75,8% de la población en 2016 estaba empleado en este sector.

Por tanto, comprobando el elevado porcentaje que representan los servicios en nuestra sociedad, y en Europa en general, considero necesario estudiar la regulación relacionada con éstos y con los usuarios en mayor profundidad, ya que todos terminamos siendo consumidores.

El objeto de este trabajo se centra en la responsabilidad que tiene el empresario cuando presta un servicio defectuoso, viendo la gran importancia que tienen los servicios es interesante hacer un estudio ante la problemática y la responsabilidad que nace cuando por desgracia se presta un servicio y causa daños. Por ello, se va a centrar en torno al Real Decreto Legislativo 1/2007, que actualmente en España, es la única fuente "más específica" que tenemos en relación a la defensa de los consumidores y usuarios. Se van a analizar las deficiencias que ya procedían de la regulación anterior y se han trasladado a la actual. También se van a abordar las diferencias entre productos y servicios, que aunque ambos sean términos relacionados con el consumidor a la hora de la responsabilidad y su estudio son realidades diferentes.

Todo ello, acompañado de gran variedad de casos reales, que hacen que con el análisis de estas cuestiones se aprenda y comprendan las situaciones de manera más interesante y amena.

II. MARCO NORMATIVO.

1. ÁMBITO NACIONAL.

1.1. Antecedentes: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En la regulación española la primera mención que encontramos en relación a la defensa de consumidores y usuarios es en 1978 en la Constitución Española, concretamente en su artículo 51.1, tenemos este principio constitucional, el cual establece a *"los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"*.

Por lo que hasta la llegada en 1984 de una regulación específica en materia de responsabilidad y defensa de los consumidores y usuarios se tenía que acudir a las reglas de responsabilidad del Código Civil, tanto de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.) como de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss.).

Con la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) se busca tener una regulación más concreta y detallada en esta materia, la cual estaba descolgada de unas bases firmes para la defensa de los consumidores y usuarios.

Lo relativo a la responsabilidad se encuentra en el Capítulo VIII: "Garantías y responsabilidades", que entre los artículos 25 a 31 se regula la responsabilidad por productos y servicios defectuosos. Únicamente es en estos artículos donde se hace referencia a las responsabilidades por servicios defectuosos, ya que en el ámbito europeo no hay ninguna Directiva comunitaria que establezca este régimen de responsabilidad.

Al estudiar más detenidamente estos artículos, observamos que no diferencia entre productos y servicios defectuosos, es decir, que los engloba como un mismo conjunto. Por ello, cuando entró en vigor la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por

productos defectuosos (LPD), todo lo relativo a la regulación por productos pasó a estar regulado por esta ley, y por lo tanto, este Capítulo VIII de la LGDCU se pasó a utilizar sólo para la responsabilidad de servicios defectuosos.

Para la imputación de la responsabilidad en el ámbito de los servicios hay que valorar la conducta del prestador de servicios en el desempeño de esa actividad, además de otras circunstancias como: la asunción del riesgo de la víctima, la intervención de otros empresarios en la prestación del servicio, las condiciones ambientales en las que se da el servicio (cuestiones que iremos abordando a lo largo del trabajo con más detalle) etc. Sin embargo, estas cuestiones no se estudian ni en los derogados arts. 25 a 28 LGDCU, ni tampoco en los actuales arts. 147 y 148 TRLGDCU, a pesar de que constituyen el núcleo central para la resolución de los casos de responsabilidad por daños causados por servicios.

El sistema previsto entre los arts. 25 a 28 LGDCU dejó de aplicarse en la responsabilidad por productos, para aplicarse a los daños ocasionados por servicios, es paradójico que un mal sistema diseñado para los productos termine resolviendo los daños ocasionados en los servicios. Este Capítulo VIII es uno de los Capítulos más criticados por la doctrina, precisamente, por la desafortunada redacción de sus preceptos¹.

Por otra parte, otra causa que generó el fracaso de los arts. 25 a 28 es la gran heterogeneidad de los servicios abarcables en su ámbito de aplicación, porque hay servicios en los que el usuario asume un riesgo inherente y otros en los que se tiene certeza absoluta de indemnidad, o

¹ Vid., en este sentido, la opinión de BERCOVITZ R, en sus dos trabajos ("La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y Alberto, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 226 y 246 y ss; y "Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU", cit. p. 661); CAVANILLAS MÚGICA, "Responsabilidad civil y protección del consumidor", cit. pp. 41 y 213; CABANILLAS SÁNCHEZ, "Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español", Estudios sobre Consumo, núm. 19, 1989, p. 146; QUINTANA CARLO, "La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la CEE), Actualidad Civil, núm. 13, 1987, p. 807.

servicios en los que el usuario tiene una participación activa y otros en los que es un mero sujeto pasivo de la actividad porque desempeña toda la acción el prestador etc.

Se puede afirmar que ni los anteriores arts. 25 a 28 LGDCU, ni los actuales arts. 147 y 148 contengan un auténtico sistema de responsabilidad civil, porque no delimitan un ámbito de imputación de responsabilidad, ni establecen reglas de distribución de la carga probatoria, ni causas de exoneración, como tal².

Por todo ello, tanto la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos fueron derogadas por el actual y vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias para en teoría aclarar la confusión que había hasta entonces.

1.2. Regulación actual: Texto Refundido de La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios se produce la habilitación de refundición en su Disposición Final 5^a para obtener un cuerpo legal único sobre consumidores y usuarios³.

² REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. (2011): "La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 1/2007", ob. cit. pp.1906 y ss.

³ Ley 44/2006, 29 diciembre. Disposición final quinta: "**Disposición final quinta Habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido**": Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en lo relativo a la materia que estamos tratando lo encontramos en el Libro III bajo la rúbrica "*Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*", que a su vez está dividido en dos Títulos:

- El Título primero, hace referencia a las disposiciones comunes en materia de responsabilidad, y
- El Título segundo, a las disposiciones específicas en materia de responsabilidad, que a su vez consta de dos capítulos, el primer Capítulo engloba los daños causados por productos (artículos 135 a 146), y el segundo Capítulo los daños causados por otros bienes y servicios (artículos 147 a 149).

La refundición planteó dudas de interpretación, principalmente en el referido al régimen de responsabilidad por servicios, ya que aparecían normas que en la derogada Ley de 1984 no estaban, por lo que se entiende que el Texto Refundido sobrepasa los límites de la delegación legislativa⁴.

Además, el hecho de que el TRLGDCU fuera compatible con la aplicación de otras normas de responsabilidad como las contenidas en los artículos 1101⁵ y 1902⁶ del CC deja entrever que estamos ante una regulación insuficiente.

Hay que tener en cuenta que estamos ante dos tipos de responsabilidades, ya que por un lado la responsabilidad por productos defectuosos es

⁴ PARRA LUCÁN M.A. (2011): "La protección del consumidor frente a los daños: Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios.", ob. cit. p. 12.

⁵ Artículo 1101 CC: "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*"

⁶ Artículo 1902 CC: "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*"

extracontractual, y en cambio, la responsabilidad por servicios defectuosos es generalmente contractual.

Dentro de la responsabilidad por servicios, hay una gran clasificación, que es la que distingue entre responsabilidad subjetiva o por culpa, y la responsabilidad objetiva o por riesgo. Esta distinción es difícil de manejar (como veremos más adelante en el apartado de responsabilidad) con coherencia, porque a menos que reservemos la responsabilidad objetiva a su modalidad más extrema (navegación aérea, energía nuclear) en la que únicamente la ruptura total del nexo causal (fuerza mayor) permite al titular de una actividad peligrosa exonerarse de responsabilidad por el daño acaecido, nadie ha logrado explicar con precisión cuándo y por qué es más adecuado el criterio subjetivo de imputación y cuándo lo es el objetivo, lo que hace que convivan libremente en el análisis de cualquier caso de responsabilidad por daño, suministrando soluciones mucho más parecidas de lo que cabría esperar teniendo en cuenta una filosofía tan diferente entre una y otra clase de responsabilidad⁷.

La responsabilidad por culpa (art. 147) centra su atención en la conducta, pero en función del resultado, mientras que la responsabilidad por riesgo (art. 148) comienza por el resultado y desde él busca la conducta que ha introducido el riesgo que se produzca. En la primera, la responsabilidad surge porque la conducta ha sido descuidada desde el punto de vista de la no evitación del riesgo, y en la segunda, la responsabilidad se atribuye al titular de la actividad de cuyo riesgo se manifiesta el daño sufrido por la víctima⁸.

Esto nos demuestra, que el objetivo del Texto Refundido el cual era aclarar ambas regulaciones no se ha logrado, porque en la actualidad tenemos un

⁷ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. (2015): "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas.", p.60.

⁸ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños...", p.61.

sistema que sigue siendo confuso en lo relativo a la responsabilidad por bienes y servicios defectuosos.

2. ÁMBITO EUROPEO.

En el Derecho comunitario, existe regulación sobre productos defectuosos⁹, sin embargo, no existe ninguna normativa horizontal sobre seguridad ni responsabilidad de servicios.

Hubo una iniciativa de realizar una Directiva sobre responsabilidad de servicios defectuosos análoga a la Directiva de responsabilidad por productos, pero no prosperó.

El 6 de junio de 2003, se aprobó el Informe sobre la seguridad de los servicios a los consumidores (COM 2003, 313 final), el cual trata de dar respuesta a la solicitud que formuló la Directiva 2001/95/CE del Parlamento y del Consejo sobre la seguridad general de los productos, para definir las necesidades, posibilidades y prioridades de una acción comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios a los consumidores¹⁰. El problema que surgió es que era muy complicado comparar y analizar las distintas políticas y medidas de los diferentes Estados miembros, además de que había muchos vacíos en lo relativo a información sistemática y efectiva sobre los accidentes asociados a los servicios, con lo que finalmente el Informe determinó centrar su atención en la mejora de información sobre la seguridad de los servicios¹¹, dejando de lado las cuestiones relativas a normativa sobre responsabilidad por servicios defectuosos.

⁹ Para productos existe una Directiva horizontal de seguridad y de responsabilidad: Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

¹⁰ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor..." ob. cit.p.16.

¹¹ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor...", ob.cit. p. 16 y ss.

El Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 27 de septiembre, sobre las obligaciones de los prestadores de servicios transfronterizos [2006/2049 (INI)], en la que se pide a la Comisión que realice un programa de trabajo para una evaluación apropiada del impacto de la legislación presente y futura del mercado interior en lo relativo a las obligaciones de los prestadores de servicios transfronterizos, y en la necesidad de establecer un instrumento que alinee las normas relativas a la prestación de servicios transfronterizos y se obtenga un mayor grado de protección para el consumidor. Se buscaba conseguir normas generales básicas sobre información de precios, términos de contratos y soluciones para casos de servicios defectuosos o prestados con retraso. Todo ello, porque en la legislación vigente no existen normas relativas a los prestadores de servicios ni soluciones concretas para el consumidor. Además, de que en lo relativo a los productos el consumidor está protegido tanto a nivel internacional como comunitario, pero en lo relativo a servicios no es así¹².

Lo más parecido a un estudio sobre la prestación de servicios en ámbito europeo fue un encargo que hizo la Comisión Europea a los profesores Ulrich Magnus y Hans W. Micklitz, el cual se centra en la responsabilidad por daños causados con la prestación de un servicio público, asistencia sanitaria y servicios de ocio y turismo en siete países de la Unión Europea¹³.

¹² PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor... ", ob. cit. pp. 17 y ss.

¹³ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor...", ob. cit. p 18.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD POR SERVICIOS DEFECTUOSOS.

1. EL DEBER GENERAL DE QUE LOS SERVICIOS SEAN SEGUROS.

Las reglas de responsabilidad son el último remedio que tienen las víctimas de daños para los casos en los que la prevención no ha logrado su objetivo, que no se produzcan daños.

El artículo 11 del TRLGDCU establece que los bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros, este artículo tiene su antecesor en el artículo 3.1 de la LGDCU¹⁴, aunque la redacción es diferente.

Este artículo 11 hace referencia tanto a bienes como a servicios, y en su segundo apartado¹⁵, es donde explica cuándo son seguros. Los responsables de que dicho servicio sea seguro y no presente riesgos para las personas serán los empresarios, profesionales o la propia Administración que los oferten.

La seguridad de un servicio se construye a partir de la seguridad en una serie de elementos, que podrían sintetizarse en: el local o recinto donde se presta el servicio, las instalaciones de las que conste tal recinto, los productos que puedan emplearse en la prestación del servicio, los procesos, y los sujetos intervinientes en la prestación del servicio.

Este artículo explica que el uso ha de darse en condiciones *"normales o razonablemente previsibles"*, el uso normal está directamente relacionado

¹⁴ Artículo 3.1 LGDCU: *"Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicaran riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización."*

¹⁵ Artículo 11.2 TRLGDCU: *"Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas."*

con la prestación del servicio atendiendo a su naturaleza, pero el servicio no puede comportar un riesgo aun cuando su uso no sea el "normal" pero sí el "razonablemente previsible". Tanto la normalidad como la previsibilidad son cuestiones que están directamente relacionadas con la información que se tiene que dar al usuario en relación al servicio que vaya a utilizar (cuestiones que abordaremos en el apartado 6.4, la seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio).

Se tiene que partir de la idea de que la seguridad no es absoluta, que siempre hay un riesgo¹⁶, pero se aceptan los riesgos por las posibles ventajas que se van a obtener. La admisibilidad de esos riesgos debe tener lugar "dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas", un concepto que es indeterminado y que tendrá que usar el interprete para delimitar qué riesgos son admisibles.

La admisibilidad del riesgo también depende de su destinatario, es decir, si el destinatario es un menor, incapacitado o una persona mayor se entiende que el riesgo que tiene ese servicio ha de ser bajo (por ejemplo: en guarderías, geriátricos)¹⁷.

2. CONCEPTO DE SERVICIO DEFECTUOSO.

El TRLGDCU no contiene una definición propia de servicio. La RAE define servicio, como la función o prestación desempeñada por organizaciones de servicios y su personal. También define servicio público como la actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de ésta, por una organización, especializada o no, y

¹⁶ Artículo 2 c) del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos: "**Riesgo**»: posibilidad de que los consumidores y usuarios sufran un daño para su salud o seguridad, derivado de la utilización, consumo o presencia de un producto. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, entre otras posibles circunstancias, se valorará conjuntamente la probabilidad de que se produzca un daño y la severidad de éste. Se considerará riesgo grave aquel que en virtud de tales criterios exija una intervención rápida de las Administraciones públicas, aun en el caso de que los posibles daños para la salud y seguridad no se materialicen inmediatamente."

¹⁷ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor..." , ob. cit. pp. 18 y ss.

destinada a satisfacer necesidades de la colectividad, ej: servicio público de sanidad.

En el artículo 57 del TFUE el servicio se define como *"las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas"*, también incluye los tipos de servicios que se comprenden: *"actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, actividades artesanales y actividades propias de las profesiones liberales"*.

Partiendo de estas ideas podemos llegar a la conclusión de que un servicio será defectuoso cuando las instalaciones o el personal provoque un riesgo o un daño para el usuario, es decir, cuando su prestación sea peligrosa.

Finalmente, M. PASQUA LIAÑO define que un servicio es defectuoso cuando la producción del daño, en las condiciones concretas en que se produjo, puede valorarse como sorpresivo para un sector no insignificante del tipo de consumidores normalmente destinatarios del servicio, pudiendo objetivamente apreciarse que, respecto de ellos, el daño debe imputarse más al modo de prestación del servicio que a la falta de prevenciones del perjudicado¹⁸.

Hay que tener en cuenta que no todos los usuarios son iguales, lo que se busca es proteger suficientemente adoptando medidas de seguridad en función no del individuo mas desprevenido, sino de categorías de destinatarios, por ejemplo: STS. Sala de lo Civil de Madrid, de 23 de Diciembre de 2004, *"Un matrimonio se disponía a realizar un viaje en la estación de Renfe de Girona, el marido padecía de una tetraplejia, que le permitía estar de pie en determinados momentos pero siempre con la asistencia de otra personas por riesgo a que le fallaran las piernas. Una vez recogieron los billetes, se dirigieron a los andenes, el marido ayudado por su esposa subió por unas*

¹⁸ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A.: "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." , ob. cit. p.111.

escaleras mecánicas. Estas escaleras eran mecánico automáticas, es decir, se ponen en marcha por contacto y presión con tiempo de funcionamiento y paro programado. El tiempo de traslado de una persona desde la carga hasta la descarga es de 21 segundos, después sigue funcionando durante 20 segundos y se detiene. Si el viajero no concluye el traslado en 41 segundos la escalera se detiene hasta que otro pise las planchas del rellano. La pareja tardó más de 21 segundos debido a la tetraplejía del marido, lo que hizo que la escalera se detuviera antes de concluir el trayecto, como desconocían el sistema de funcionamiento, debido a que no había carteles explicativos de su funcionamiento, creyeron que la escalera se había roto, intentaron terminar de subir a pie, momento en el que otro viajero la puso en funcionamiento, lo que sorprendió a la pareja, y la mujer para proteger a su marido y que no se cayera, terminó cayendo ella. Consecuencia de la caída resultó lesionada, de manera que en un futuro sufriría un proceso degenerativo artrósico de forma precoz. La lesión supuso tener una incapacidad del 25% para su vida ordinaria y la imposibilidad de realizar su trabajo habitual. Los hechos ocurrieron dentro de la estación y utilizando un medio mecánico imprescindible para acceder a los andenes, porque el otro medio alternativo era una ascensor que estaba averiado. La empresa demandada no adoptó las medidas de precaución oportunas para los cónyuges demandantes, porque no informaron del mecanismo de las escaleras viendo el estado del marido, ni prestando una ayuda extra para que pudiera entrar de forma segura en el tren, o indicándoles de la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. Por todo ello, la empresa fue condenada al pago de los daños causados por un defecto de seguridad que afectaba a discapacitados."

En este caso se condena a la empresa por un defecto que sólo afecta a personas con discapacidad, a esto me refiero al hablar de una categoría de destinatarios, esta situación hubiera sido peligrosa para cualquier persona que tuviera alguna discapacidad motora, además de que no se informaba del funcionamiento de las escaleras que puede que sea completamente innovador y desconocido para personas mayores, por lo que, aquí se aprecia que a la hora de prestar un servicio y hacerlo de la forma más segura posible se tienen que tener en cuenta todos los "estereotipos" de usuarios que puede llegar a utilizar el servicio, teniendo en cuenta un amplio abanico de circunstancias (edad, enfermedades, dificultades motoras, capacidades físicas etc.).

3. SUJETOS.

3.1 Sujeto Responsable: Prestador del Servicio.

Ni la derogada LGDCU, ni el actual Texto Refundido ofrecen una definición de prestador de servicios, aunque en su artículo 4 TRLGDCU tenemos el concepto de empresario, el cual dice que se trata de *"toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."*

En el artículo siguiente se define al productor, al cual lo equipara con el término de prestador ¹⁹.

Ante la falta de una definición de servicio en el TRLGDCU, parece adecuado englobarlo como toda actividad humana realizada por una persona que no sea el propio usuario, independientemente de que sea una personas física o jurídica, que no esté sometida a una relación de subordinación con el usuario (se excluyen relaciones laborales) y que no dé lugar a la venta de un bien.²⁰ De ahí, que el concepto de prestador de servicios se pueda definir como un sujeto responsable que de forma amplia englobaría a empresarios, profesionales liberales, asociaciones de hecho, organismo públicos y cualquier empresa de derecho público o privado que ejerza una actividad profesional o preste un servicio²¹.

¹⁹ Artículo 5 TRLGDCU: **Concepto de productor.** *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."*

²⁰ REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. : "La Defensa de los consumidores y usuarios...", ob. cit. p.94.

²¹ REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. : "La Defensa de los consumidores y usuarios...", ob. cit. pp. 94 y 95.

La ausencia de una definición legal genera cuestiones problemáticas, el régimen de responsabilidad será aplicable siempre que el perjudicado sea un usuario y el daño lo haya causado el prestador del servicio. El problema principal es la multiplicidad de servicios existentes en el mercado y su gran diversidad, por ello, los mismos serán prestados de acuerdo con contratos de distinta naturaleza que determinen las obligaciones que asume el empresario. Según se trate de un contrato de obra o un arrendamiento de servicios, el prestador de servicios cumplirá si consigue el resultado propuesto o si pone los medios adecuados en orden a la consecución del mismo²².

Otra cuestión que también se plantea es que la prestación de un servicio se relaciona con un establecimiento, en el que hay varios empleados que nos ofrecen diferentes servicios dependiendo del sector que necesitemos, por ello, se da el supuesto de daños causados por dependientes, caso en el que el responsable será el empresario por unos daños que no le son imputables como establece el artículo 1904.1 CC²³. Lo mismo ocurre en lo relativo a la Administración con relación a sus funcionarios.²⁴

En estos casos, estamos ante una "coparticipación del daño", ya que es el dependiente o funcionario quien provoca el daño y será el empresario o la Administración el responsable de resarcir a la víctima por el daño causado. Sin embargo, como el empresario es el que responde, nace un derecho de crédito frente al dependiente que ha causado el daño por el mismo valor que la indemnización que haya abonado. La jurisprudencia entiende que los supuestos del artículo 1903 CC²⁵ son de responsabilidad directa, al

²² REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. : "La Defensa de los consumidores y usuarios...", ob. cit. p.95.

²³ Artículo 1904.1 CC: *"El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho."*

²⁴ BELADIEZ ROJO M. (1997): "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos", ob. cit. pp.147 y ss.

²⁵ Artículo 1903 CC: *"La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los*

igual que la responsabilidad de la Administración por los daños que causen sus empleados²⁶. Este precepto (1903.4) se constituye en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y emplear la debida cautela en la elección de estos dependientes y en la vigilancia de su actos²⁷.

La responsabilidad por hecho ajeno encuentra su fundamento en una doble razón: por una parte la presunción de que por parte de los responsables ha existido una culpa *in vigilando* o *in iligendo*, esto es, negligencia en el control del comportamiento de los dependientes o negligencia en su elección. El empresario respondería por haber contribuido indirectamente a la causación del daño por un dependiente suyo, al haber elegido mal a esta persona o haber controlado de forma negligente su actividad. Y por otra parte, se invoca una consideración de orden social: la conveniencia de asegurar a las víctimas la percepción de la indemnización por los daños que sufran²⁸.

3.2 Sujeto Protegido: Consumidor.

El TRLGDCU en su artículo 3 define el concepto de consumidor y usuario como *"las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Y también las personas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."*

perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones."

²⁶ BELADIEZ ROJO M. : "Responsabilidad e imputación...", ob. cit. p.149.

²⁷ GAZQUEZ SERRANO L. (2012): " Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario", ob. cit. p. 16.

²⁸ Cf. GÓNZALEZ ÓLVIZ, M.E (2007): " Responsabilidad por culpa eligiendo o in vigilando. Responsabilidad del cabeza de familia; responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos menores. Responsabilidad de los centros docentes por los daños de sus alumnos y de los empresarios por los daños causado por sus empleados",

El artículo anterior comprende en la definición de consumidor tanto a personas físicas como a personas jurídicas, en este último caso también se exige que su actuación sea en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial. En este sentido, ALFARO ha señalado que *"una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los empresarios, carecen de una organización que les permita auto protegerse, circunstancia que no concurre con los casos de las personas jurídicas"*²⁹. Pero, es excesivo excluir del ámbito de aplicación de protección del TRLGDCU a asociaciones y fundaciones que su intervención es al margen de cualquier actuación empresarial o profesional que se financian para realizar actividades culturales o filantrópicas. Inclusive, se consideran consumidores los entes que sin personalidad jurídica, como las comunidades de vecinos, que contraten sin ánimo de lucro y al margen de su actividad comercial³⁰.

En sectores específicos, el consumidor puede ser concebido desde otras perspectivas, como con los productos defectuosos, ya que no es necesario que el consumidor sea el contratante, sino que se considera consumidor a la víctima que ha sufrido los daños por dicho producto³¹.

También existe el supuesto de consumidor mixto, es decir, una persona que puede ser operador económico en unas ocasiones y consumidor en otras. En cada supuesto habrá que determinar si actúa como consumidor, o si lo hace en el seno de una actividad productiva. Los problemas pueden surgir cuando el servicio adquirido se utiliza al mismo tiempo con un destino profesional y particular (ejemplo STJCE 20 enero 2005 asunto Johann Gruber contra Bay Wa Ag, había comprado tejas para una granja con el objetivo de retejar su propiedad, incluyendo vivienda familiar "en tales actuaciones mixtas", el adquirente solo merece la protección propia de los

²⁹ REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. : "La Defensa de los consumidores y usuarios...", ob. cit. p.68.

³⁰ ALVAREZ MORENO M.T. (2015): "La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto", ed. Reus S.A, Madrid, ob, cit. pp. 26 y 27.

³¹ ALVAREZ MORENO: "La protección jurídica del consumidor... ", ob, cit. p. 28.

consumidores cuando el destino manifiestamente predominante del bien o servicio adquirido sea para un uso o disfrute particular, mientras que el destino profesional sea menor, esto es, residual³²).

3.2.1 Culpa de la víctima.

En el Código Civil no hay ningún precepto que reconozca la culpa de la víctima entre los elementos institucionales de la responsabilidad civil. El ordenamiento español ha regulado normas para el supuesto de concurrencia de culpas³³ y para la culpa exclusiva de la víctima³⁴.

Parece un poco ilógico pensar que la propia víctima participa en su propio daño. Sin embargo, el criterio judicial ha considerado la existencia de una conexión causal entre los daños y los riesgos inherentes que tiene el usuario en materia de seguridad.

Se tienen dos percepciones, una que considera que hay una conexión causal entre el daño y los riesgos que asume el perjudicado, y otra que imputa las consecuencias dañosas por falta de cuidado de sí mismo,

³² ALVAREZ MORENO M.T: "La protección jurídica del consumidor... ", ob, cit. p. 29.

³³ Por ejemplo: Artículo 1.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor: " Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de acuerdo con el apartado 1, cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño.

³⁴ Por ejemplo: Aunque ya derogado, pero el artículo 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: "El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente."

pero que en definitiva transmiten la misma idea, la asunción de riesgo por la víctima³⁵.

A la hora de utilizar un servicio, el prestador tiene una obligación, la de informar sobre los posibles riesgos que supone realizar tal servicio, o la de explicar el funcionamiento de las instalaciones donde se va a realizar, es por ello, que el usuario al tener conocimiento de los posibles riesgos y al asumirlos, soportará las posibles consecuencias que el servicio tenga³⁶ o que se causen por un mal uso de las instalaciones³⁷. De ahí, que el grado de culpa de la víctima esté directamente relacionado con una mayor o menor cuantía indemnizatoria.

Hay que lograr averiguar en qué grado cada causa (si ha sido un defecto en el servicio que se podía haber previsto o si ha intervenido la culpa del usuario) ha sido la que ha provocado el daño. Para ello, se tiene que obtener una conexión causal característica entre el daño y las competencias asumidas por la propia víctima³⁸.

Solo en los casos en los que la víctima haya tenido un comportamiento grave y causante del daño, la sentencia exonerará al prestador, porque en la mayoría de supuestos se intenta culpar al prestador (aunque sea de forma simbólica, a pesar de que exista una mínima relación causal entre el daño y el modo de actuar del prestador) y que la víctima reciba algo de indemnización.

³⁵ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p. 147.

³⁶ Por ejemplo: SAP. Lleida, de 21 de diciembre de 2007 (lesión producida por una excursión en quad); SAP Madrid, de 28 de noviembre de 2017 (lesión en una atracción de miedo).

³⁷ STS. Sala de lo Civil. Madrid, de 22 de julio de 1997 (lesión por lanzarse de modo incorrecto en la piscina); STSJ. Sala de lo Contencioso. Murcia, de 3 de mayo de 2005 (lesión por correr en la parte resbaladiza al borde de la piscina); STS. Sala de lo Civil. Madrid, de 23 de agosto de 2008 (accidente al colarse en la piscina de un hotel en estado de embriaguez).

³⁸ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p.149.

Es difícil que el usuario del servicio no reciba una indemnización, ya que con una mínima prueba que demuestre que el prestador haya actuado con negligencia o se haya producido un error en los sistemas de seguridad el juez se va a decantar de su lado.

El criterio doctrinal mayoritario ha tomado en cuenta una explicación por completo objetiva. El daño se reparte entre el prestador del servicio y el usuario en proporción a las respectivas implicaciones causales que expresan una distribución característica del riesgo vinculado con la actividad³⁹. La imputación del daño a la víctima no es un castigo, sino la realización de un reparto del riesgo relacionado con su propia seguridad⁴⁰.

3.2.1.1 La culpa de la víctima: deberes de cuidado hacia uno mismo.

La culpa del usuario se relaciona con un comportamiento inusual de éste, nos referimos por ejemplo: a tirarse de cabeza en las piscinas en la zona menos profunda, o cuando un pasajero cruza por las vías por las que pasa el tren, o si en estado de embriaguez decide correr en un festejo taurino etc. Dependiendo de cada actividad y del usuario que la realice se tiene que tener más o menos cuidado.

Es por ello, que el usuario comparte competencias en materia de seguridad con el prestador del servicio, porque es él el que participa voluntariamente en el ámbito del riesgo creado por la actividad y asume las consecuencias dañosas que están causalmente conexas con su ámbito de gestión⁴¹.

³⁹ REGLERO CAMPOS L.F. (2006): "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", ob. cit. pp. 380-400.

⁴⁰ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p. 155.

⁴¹ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p.148.

Por tanto, en los supuestos en los que la víctima sea un menor o un incapacitado las medidas de seguridad tienen que ser superiores o estar orientadas específicamente a este sector de la sociedad. Atendiendo al artículo 1104 CC⁴², si el prestador del servicio ha tomado todas las medidas de seguridad, entonces habrá *culpa in vigilando*, es decir, serán los padres o tutores los que absorben la culpa del menor o incapacitado por su mala conducta que es la causante del daño. Si se tratara de un actividad dirigida a menores, el responsable de tomar las medidas de seguridad oportunas y evitar los daños será el prestador, con lo que si ocurriera algún daño recaería sobre él el pago de una indemnización; en cambio si la actividad no está dirigida especialmente para este público, serán los padres o tutores los responsables y en ellos recaerá la *culpa in vigilando* y en caso de daños se excluiría o reduciría la indemnización⁴³.

3.2.1.2 El deber de información.

Es otro punto importante para poder determinar de quién ha sido la culpa. El concepto de seguridad se basa en un consumidor medio que usa correctamente el servicio, con lo que su uso incorrecto supone una causa de exoneración de la responsabilidad del prestador y que el daño lo soportaría el perjudicado⁴⁴. Pero, aparte de ello, hay que instruir al usuario acerca del correcto uso del servicio, que viene regulado en los artículos 12 y 17 del TRLGDCU⁴⁵.

⁴² Artículo 1104 CC: *"La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia."*

⁴³ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. pp.155 y ss.

⁴⁴ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p. 159.

⁴⁵ Artículo 12 TRLGDCU: Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios "1. Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuarios, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización

El artículo 12.1 del TRLGDCU establece un deber de información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes y servicios, este artículo corresponde con el artículo 3.2 de la LGDCU, se trata de un deber que se impone a los empresarios, ya que son ellos los que van a ofertar el servicio, además si no cumplen este deber tiene consecuencias en el Derecho sancionador (artículo 49 TRLGDCU) y también desde el punto de vista de la responsabilidad civil por los daños, que se podían haber evitado si se hubiera suministrado la información adecuada (artículo 128 y ss TRLGDCU)⁴⁶.

Hay tanta variedad y cantidad de servicios que el tipo de información que tiene que darse tiene que estar centrado en su naturaleza, duración y destinatarios, además de hacerlo a través de los medios apropiados, por ejemplo, en un parque de atracciones, debe haber un cartel con la información acerca de la atracción, la edad y alturas necesarias, si pueden montar todos los públicos o está prohibido para cierto sector (embarazadas, personas con problemas cardíacos, etc.).

Hay servicios que tienen un determinado reglamento⁴⁷ en el que se explica el tipo de información que se tiene que dar, si éste es el caso será más fácil para el juez saber si el empresario cumplió de manera adecuada o no con el deber de informar.

La referencia que tenemos en el artículo 12 TRLGDCU, acerca "*los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios*", está relacionada con el uso anormal del servicio,

previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación."

Artículo 17 TRLGDCU: "*1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado."*

⁴⁶ PARRA LUCÁN: "La protección del consumidor...", ob. cit. p. 26.

⁴⁷ Artículo 14 TRLGDCU: **Reglamentos de bienes y servicios.**

es decir, hay determinados comportamientos que aunque son anormales se pueden prever (como balancearse en una noria), sin embargo hay otros comportamientos anormales que debido a su peligrosidad se entiende que no se van a producir (hacer un salto mortal en una zona de la piscina que tiene poca profundidad).

La información proporcionada al usuario debe darse antes de utilizar el servicio, para que así se pueda hacer un uso correcto del mismo o que no se use por miedo o porque no se cumplen los requisitos para usarlo. Además, en los casos en los que el servicio suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas existe la obligación de retirarlo o suspenderlo⁴⁸.

Por tanto, es obligación del prestador dar información sobre el servicio al usuario para que éste realice un correcto uso. Aún así, el prestador no puede eludir sus competencias y responsabilidades alegando que ha informado de dichos riesgos, pero el usuario sí que asume los riesgos inevitables que conlleva la actividad y asume las consecuencias al haber sido informado⁴⁹.

Un problema que puede surgir es que en ciertas ocasiones la información que se da es incompleta, en el ámbito sanitario esta causa engloba la mayor parte de las reclamaciones basadas en la vulneración de los derechos de los pacientes, que entienden que la información recibida a lo largo del proceso asistencial, incluido el consentimiento informado, no cubría todos los aspectos relacionados con el tratamiento que debían haber sido informados⁵⁰.

⁴⁸ Artículo 13 f) TRLGDCU: "*La obligación de retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas.*"

⁴⁹ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p.162.

⁵⁰ ARCOS VIERA M.L. (2007): " Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente, ob. cit. p. 32.

- STS, Sala de lo Contencioso, de 20 de Junio de 2006: Caso que está relacionado con lo relativo a dar información incompleta. *"Se trata de un supuesto en el que la madre de la demandante se somete a una operación, y tras la intervención su estado empeora progresivamente hasta que finalmente fallece. En la sentencia se analiza que antes de la operación se da un impreso de consentimiento informado en el que se habla de posibles riesgos (infección, hemorragia, lesión nerviosa, hematomas etc.), sin embargo, no se menciona nada sobre los riesgo personalizados respecto de la necesidad de utilizar otra técnica o procedimiento, por lo que en atención a la causa que produjo el fallecimiento "fallo multiorgánico por shock séptico y la ausencia de sepsis en las cuarenta y ocho horas siguientes a la intervención", se entiende que el impreso utilizado no fue específico para la intervención, por tanto, el consentimiento dado por la paciente era incompleto, y desconoció los riesgos concretos de la operación quirúrgica a la que fue sometida."*

En este supuesto se demuestra que aunque antes de la intervención le dieron un documento con información sobre los posibles riesgos que tenía la operación, no le informaron de todas las posibles consecuencias, ni de los posibles procedimientos que se podían realizar, por lo que, aunque ella firmara dicho consentimiento, en realidad con tenía un conocimiento completo, que es justamente lo que se critica, porque la obligación de un prestador, independientemente del servicio que se ofrezca, es la de informar con una claridad absoluta.

Es un criterio generalmente compartido por la doctrina y la jurisprudencia que el cumplimiento del derecho de los pacientes a ser informados, y a consentir previamente una intervención o un tratamiento, constituye una manifestación más de la *lex artis* o diligencia profesional exigible⁵¹.

⁵¹ ALONSO PEREZ M. (2000): "La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*. Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio", ob. cit. pp. 42 y ss.

3.2.2 Asunción de riesgo por la víctima.

Hay determinados riesgos que se atribuyen a la gestión del usuario, son los riesgos que asume el usuario y que están vinculados con una determinada actividad. El peligro existe y a veces no puede ser controlado, por muy alto que se sitúe el nivel de seguridad, puede ocurrir lo inevitable. En estos supuestos, es probable que se produzca un daño, pero no por culpa de la víctima, sino porque es inherente a dicha actividad⁵².

Los peligros inherentes a la actividad se quedan fuera del sistema de responsabilidad, además si se proporciona la información de forma previa sobre dichos riesgos inherentes a la actividad⁵³, el usuario puede

⁵² SAP Zaragoza de 14 de Diciembre 2017 (FD 2º) [...]hay que analizar las conductas de actora y empresa asegurada en orden a determinar los reproches culpabilístico apreciables. No sin antes señalar que si en accidentes producidos en atracciones de feria es criterio jurisprudencial mayoritario el que declara que la objetivación de la responsabilidad no alcanza a las situaciones en las que en su utilización concurre una asunción voluntaria del riesgo por parte de la víctima - criterio que, como dice la STS 8-11-2000 , se ha asumido con la excepción de que intervengan factores ajenos imputables al industrial por defecto de las instalaciones, falta de mantenimiento o defectuoso, irregular o anormal funcionamiento-[...] (FD3º)[...] En esa línea, la aseguradora demandada debía probar también que proporcionó a los usuarios la información adecuada que posibilitase la asunción por la Sra. Águeda de los riesgos a que por la utilización de la atracción podía quedar expuesta. [...]Así, en el informe de "Addvalora" -folio 80, doc. 1 de la contestación-, emitido a petición de la propia aseguradora, se dice que "En la zona de acceso a la atracción existen a la vista de todos los clientes y usuarios avisos donde se indican los riesgos a los que se ven expuestos (que son perfectamente intuitivos para los propios usuarios)".

⁵³ SAP, Cádiz, de 29 de Junio de 2001 (FD 1º): [...] tratándose de una atracción inspirada en principios similares a los predicables de la conocida como el "Toro Mecánico", consistentes en imprimir al ingenio velocidad, provocando a un tiempo movimientos bruscos de rápido vaivén seguidos de súbitos frenazos, dirigidos precisamente a derribar y hacer caer al suelo a los usuarios, llamados así a desplegar todas sus dotes de habilidad y destreza para conservar el equilibrio sin precipitarse al suelo, acolchado para recibirlos, nos hallamos clara e indiscutiblemente ante una actividad que comporta de suyo el riesgo de caídas y golpes [...]

decidir con más conocimiento de causa si quiere o no participar en dicha actividad⁵⁴.

Ejemplos de sentencias en las que el usuario asume el riesgo:

- SAP Pontevedra, de 20 de Septiembre de 2006: *"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra una empresa ecuestre por una caída que sufrió. En la sentencia se explica que "no se constató ningún problema, anormalidad o peligro ni en el animal, ni en su montura, ni en las circunstancias de la desmonta, sólo se concluye, y es un hecho no cuestionado, el que uno de los animales se movió y, a su vez, movió a otro en el que estaba el actor quien cayó, quien por otro lado, era plenamente consciente y asumía las circunstancias de la monta, con experiencia". El hecho de montar a caballo y más teniendo experiencia hace que el actor asuma el riesgo o la posibilidad de que pueda sufrir alguna caída del caballo."*

- SAP Huesca, de 3 de Mayo de 2005: *"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra una estación de esquí por una lesión que sufrió al caerse del telesilla. En la sentencia se explica que "el demandante estaba saliendo del telesilla y resbaló consecuencia del hielo acumulado en la plataforma, también se señala que el tiempo entre la caída y el golpe que sufrió por otra silla que venía mientras intentaba recuperar el equilibrio fue tan escaso que no dio tiempo al operario del telesilla para detener la marcha de la máquina. Además, la presencia de hielo era previsible debido a las condiciones climatológicas de aquel día, sin que resultara necesario ser un experto esquiador para darse cuenta de tal hecho. Se termina concluyendo que como tenía cierta experiencia en la práctica de esquí y debido a la climatología, fue un riesgo que asumió el recurrente."*

- SAP Salamanca, de 27 de Diciembre de 2002: *"Se produjo un siniestro a resultas única y exclusivamente del comportamiento imprudente y agresivo del propio perjudicado, al intentar montar el animal mecánico (toro mecánico) una vez que había caído y cuando éste se encontraba aún en movimiento, por lo que las lesiones entrarían dentro de los riesgos asumidos*

⁵⁴GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p. 164 y ss.

voluntariamente por el usuario de una atracción ferial en la que participa activamente, al no existir factores ajenos que agraven tales riesgos."

Se aprecian varias sentencias, en diferentes actividades cada una, en las que los usuarios efectivamente asumen los riesgos de dicha actividad.

La asunción de riesgo por el usuario se relaciona con el sujeto que realiza la actividad, pero no con el tercero que no participa en ella pero que la está observando, ya que no es comparable los riesgos que asume un participante en un festejo taurino que un mero espectador⁵⁵, es por ello, que en los supuestos en los que haya espectadores que terminen siendo víctima del servicio, será el prestador el que asuma la responsabilidad porque obtiene un beneficio económico de ella. Aunque también encontramos decisiones judiciales que imputan el riesgo inherente a la actividad, por ejemplo, se considera que el espectador debe asumir las lesiones producidas por el impacto de un balón lanzado desde el terreno de juego en un partido⁵⁶.

3.2.3 La persona jurídica ante servicios defectuosos.

Normalmente se hace referencia a las personas físicas porque hay más casos, sin embargo, también hay que tener en cuenta que las personas

⁵⁵ STSJ. Sala de lo Contencioso, Coruña, de 05 de Abril de 2017 (FD 5º): [...]Dicho Juzgador a quo afirma en la sentencia que, de la prueba practicada, nada se desprende que permita inferir que la Sra. Teodora hubiere incurrido en ningún tipo de culpa o responsabilidad ya que ni los carteles de avisos al público recogían advertencias de precauciones a adoptar por los espectadores ni se indicó nada acerca de la posibilidad de riesgos por desmoronamiento de instalaciones o mobiliario urbano municipal; tampoco se prohibió el acceso del público al lugar en que luego ocurrió el siniestro; la demandante no se encaramó a la barandilla, sino que permaneció detrás del banco y fue, en ese lugar, donde se precipitaron sobre ella los cascotes procedentes de aquellas instalaciones defectuosas.

⁵⁶ SAP Barcelona, de 28 de enero de 2002: [...]Tampoco cabe sostener que se trate de un hecho inusual la salida de un balón del campo de juego, y la aquí apelada expresamente lo reconoció en el acto del juicio (minuto 21:48), y en definitiva al estimarse que se trata de un riesgo admisible en un espectáculo de estas características [...]

jurídicas pueden ser víctima de servicios defectuosos, así se regula en el artículo 3 del TRLGDCU⁵⁷.

Un ejemplo para explicar estos supuestos lo encontramos en una SAP Donostia-San Sebastián del año 2000⁵⁸, *"se trata de un recurso que interpone Telefónica de España S.A contra un laudo arbitral anterior en el cual le imponían el costo de unas llamadas efectuadas a las líneas 906. Solicitan la anulación de dicho laudo alegando que los árbitros se han extralimitado de sus funciones al decidir sobre la reclamación planteada por la Cruz Roja, y también porque se han pronunciado sobre una materia que no puede ser sometida a arbitraje. La Junta Arbitral entiende que Cruz Roja es una persona jurídica que no ejerce ningún tipo de actividad profesional o comercial y ostenta la condición de consumidor final. En este supuesto esta condición de consumidor final del servicio telefónico es atribuible a Cruz Roja ya que cumple los mismos requisitos que un consumidor como persona física, es por ello que se rechazan los motivos de anulación del laudo, y se termina fallando en la desestimación del recurso de anulación interpuesto por Telefónica."*

Al igual que una persona física, una persona jurídica también puede ser un consumidor final, por ello, si se le presta un servicio de forma defectuosa tendrá el mismo derecho a reclamar que una persona física.

4. LA RELACIÓN CAUSAL.

La concurrencia de la relación o nexo de causalidad entre una acción u omisión y el daño cuya relación se reclama se considera imprescindible para que haya una pretensión indemnizatoria.

Para la determinación del nexo causal, se ha defendido el método de la *conditio sine qua non*, que quiere decir que una determinada acción o

⁵⁷ Artículo 3 TRLGDCU: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."*

⁵⁸ SAP Donostia-San Sebastián, de 12 de junio del 2000.

condición es la causa necesaria de un determinado resultado, que como consecuencia del mismo, se comprueba que el factor analizado fue imprescindible para la producción del daño, en la medida que su inexistencia hubiera impedido ese efecto⁵⁹.

La prueba de la existencia del nexo causal corresponde a quien afirma la concurrencia de culpa extracontractual y pretende la indemnización pecuniaria, como se afirma en esta sentencia: *"La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado"*⁶⁰.

La víctima tiene que acreditar la conexión causal entre la conducta del prestador y el daño sufrido, tanto si partimos de responsabilidad basada en la culpa, como si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Con culpa o sin ella, los restantes elementos de la responsabilidad civil están presentes, lo único que varía es la limitación de los supuestos de exoneración de la responsabilidad, cuando la calificación de ésta es objetiva, se asume un riesgo y en consecuencia se asumen los daños derivados del mismo, independientemente de la existencia de culpa o negligencia en el comportamiento del demandado. Si el hecho dañoso es ajeno a la voluntad de la persona a la que se le imputa o si los daños posibles estaban al alcance de su previsión, desaparece el nexo causal y la responsabilidad no llega a ver la luz. El problema de ver si hay o no nexo causal reside en multitud de circunstancias, que pueden intervenir en la producción de un daño, siendo difícil deslindar cuál de ellas es la que más entidad tiene para dar lugar a ubicar el nexo causal. Por ellos, la prueba de la culpa o de la asunción de

⁵⁹ ARCOS VIEIRA M.L (2005) : "Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación objetiva en la Jurisprudencia", ob. cit. p. 27.

⁶⁰ STS. Sala de los Civil de Madrid, de 30 Junio 2000.

riesgo va a ser de capital importancia en el análisis y también a la hora de determinar a quién corresponde probarla⁶¹.

Otro factor imprescindible para que haya una relación de causalidad es la certeza probatoria, es decir, que no se trate de deducciones o probabilidades. Un ejemplo de esto lo encontramos en una sentencia, en la que se analiza la existencia o no de relación causal entre la omisión por parte del médico de cierta información y el nacimiento de un hijo de la demandante con síndrome de Down, en esta sentencia: *"Se alega la inexistencia de un nexo causal entre la conducta que se imputa al médico, por la falta de información, y el resultado producido, el nacimiento de un niño con síndrome de Down. La determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades. Esto es porque el evitar que el nacido estuviera afectado por dichas malformaciones no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. Establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues la demandante en ningún momento quiso abortar. No existen pruebas de que si de haber conocido la gestante el estado del feto hubiera interrumpido su embarazo. No se puede afirmar que exista una relación directa entre la falta de información del médico y que la gestante decidiese poner fin al embarazo*⁶²."

Los problemas aparecen cuando la relación de causalidad no queda acreditada plenamente, y también cuando se producen hechos que rompen el nexo de causalidad, entonces se plantean posibles soluciones, como vamos a ver más detalladamente, a continuación:

4.1 Ausencia de certeza probatoria y absolución del demandado.

Se entiende que en los casos en los que la actividad probatoria no despeje las dudas sobre qué, quién y cómo se produjo tal perjuicio, es decir, no se

⁶¹ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p. 486.

⁶² STS. Sala de los Civil de Madrid, de 7 de Junio de 2002.

establece con claridad la relación causal entre la conducta y el daño sufrido, sean absueltos o libres de responsabilidad. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en esta sentencia:

- STS. Sala de lo Civil de Madrid, de 30 de Enero de 2004: *"Se reclama a un médico y al servicio sanitario una indemnización por la muerte de un paciente. La paciente fue atendida y diagnosticada de una amigdalitis, el médico le receto unos medicamentos y le indicó que en caso de empeoramiento acudiera a la consulta. La paciente fue empeorando, volvió al centro médico, volvió a ser atendida y auscultada, y se le informó de que todo era normal en relación a su diagnóstico, aún así, se le indicó que si persistía la situación acudiese a su médico de cabecera. La madre de la paciente al ver que seguía empeorando, la llevó al médico de cabecera, pero como no podía moverse llamaron a una ambulancia para que la trasladaran, y en el trayecto fallece.*

Para que sea responsable el médico y/o el centro sanitario se requiere que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo. Las pruebas atribuyen al médico una acción negligente en la prestación de su asistencia médica, ya que la sintomatología que presentaba no suponía acudir al servicio de urgencia. Además, la causa del fallecimiento fue una parada cardiorrespiratoria con desconocimiento de la causa fundamental, que podría ser un proceso infeccioso, esta indefinición sobre la causa fundamental de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta del médico. Finalmente, se desestima la demanda, y el médico queda exonerado de responsabilidad."

Es un claro ejemplo para explicar este apartado, en este supuesto concreto al no haber una certeza sobre la relación entre el fallecimiento y la actuación del médico, éste quede absuelto, porque el nexo causal entre los acontecimientos no indica una evidencia absoluta de que estén relacionados directamente.

4.2 Ausencia de certeza probatoria y condena del demandado.

En algunas ocasiones es difícil para la víctima demostrar o aportar una prueba que conecte el nexo causal, se trata de supuestos en los que la actividad de la que han surgido los daños se caracteriza por una gran

complejidad técnica (profesiones sanitarias, jurídicas), y también cuando los daños se deriven de ciertos acontecimientos cuyo origen es susceptible de prueba directa (incendios, explosiones de gas)⁶³.

- STS. Sala de lo Civil de Madrid, de 18 Marzo de 2004: *"Se plantea un caso de responsabilidad civil médica, en el que a una persona joven le practican una intervención quirúrgica en la que contrae una infección y desemboca en un grado de minusvalía del 50%. Es evidente que existe una relación directa entre la intervención quirúrgica y la discitis que provoca la minusvalía. Pero no hay pruebas de la existencia de negligencia o ignorancia inexcusable, esto es porque las pruebas periciales afirman que la actuación del médico era correcta y diligente a la praxis médica, el centro médico estaba en las condiciones adecuadas (medidas de desinfección, esterilización...), y que de la infección no se sabe cuál fue la causa. Sin embargo, es innegable que el origen de la infección, en una causa ajena a uno y otro, porque apareció tras la intervención, siendo ésta el nexo causal. Se estimó la condena y tuvieron que abonar solidariamente la indemnización la clínica y el médico."*

Como se observa con este caso, se condena al médico demandado a pesar de que falta la demostración del nexo causal, además de que se afirma que su actuación fue completamente diligente. Sí que hay un nexo causal entre la operación y la minusvalía, porque a raíz de esa intervención se deriva en una minusvalía del 50%, pero lo que no se puede demostrar es el origen exacto de esa infección, la cual pudo deberse a causas completamente ajenas a la actuación del médico. Sin embargo, se aprecian casos que, a pesar de no demostrar la certeza probatoria se termina haciendo responsable a alguien que pudo o no ser responsable, pero no se sabe a ciencia cierta.

4.3 Fuerza mayor y caso fortuito.

En el ámbito de la responsabilidad objetiva por servicios tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son motivos interruptivos del nexo causal, lo cual está directamente relacionado con las causas de exoneración (que veremos en el apartado 6.6: Causas de exoneración).

⁶³ ARCOS VIEIRA M.L. : "Responsabilidad Civil: Nexos causales...", ob. cit. p. 44.

La apreciación de tales conceptos está inseparablemente unida al de la previsibilidad del daños, del art. 1105 CC se deducen como notas fundamentales la imprevisibilidad y la inevitabilidad en relación a un tipo de diligencia media, y así, de los deberes de previsión, se van a excluir aquellos sucesos insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto previsibles en teoría, sin embargo no los puede esperar una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar⁶⁴, como ocurre en el siguiente caso, se trata de una *caída sufrida por un cliente en la ducha de un camping, el Tribunal Supremo terminó concluyendo que se trataba de un caso fortuito. Se contempló como fortuito porque se entiende que este tipo de daño se ha de imputar a quien lo ha padecido, como un resultado de los riesgos comunes de la vida. Además, la Sala de Instancia consideró que la causalidad adecuada exige la presencia de un enlace ente la acción u omisión del agente y el daño o perjuicio producido, y en este caso tras examinar las pruebas aportadas en el proceso no se puede acreditar una conducta negligente por parte de los demandados, ya que la ducha donde se produjo la caída tenía piso antideslizante y una inclinación hacia el centro, donde está el sumidero y en la que se podía haber agua jabonosa, con lo que cualquier persona que se acaba de duchar tendría que tener la precaución necesaria para evitar un resbalón*⁶⁵.

4.4 Concurrencia de culpas

Existen causas externas que rompen el nexo causal entre la acción u omisión y el daño, como la acción del propio perjudicado, de manera que si esa acción es la causa del daño, solo él va a sufrir las consecuencias. Por tanto, la culpa de víctima es una circunstancia que incide en el nexo causal, que dependiendo de su participación en la relación de causa-efecto y en el resultado dañoso, puede llegar a romper el nexo causal, o sin llegar a romperlo se convierte en causa concurrente del mismo⁶⁶ (como en la culpa

⁶⁴ MORENO DE TORO, C. (1999): " La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados", ob. cit. p. 96.

⁶⁵ STS. Sala de lo Civil de Madrid de 17 de Diciembre de 2007.

⁶⁶ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p.1070.

exclusiva de la víctima, de lo cual hablamos en el apartado 6.6: Causas de exoneración).

También existe la posibilidad de concurrencia de culpas, cuando el perjudicado contribuye con su actuación a la producción del daño que determina la moderación de la responsabilidad que se encuentra en regulada en el art. 1103 CC⁶⁷, como vamos a apreciar a continuación:

- STS. Sala de lo Civil de Madrid de 5 de Enero de 2010: *"Una actriz sufre una caída por las escaleras de una suite en un hotel de lujo debido a la falta de luz y porque el alumbrado de emergencia no funcionó. Es una caso de concurrencia de culpas, por un lado se aprecia la negligencia del hotel demandado porque es obligatorio la instalación de alumbrado de emergencia en las habitaciones que cuentan con dos alturas, como era el caso, además el alumbrado de señalización de vía de evacuación no estaba activado. Por otro lado, también hay que valorar la conducta de la actora lesionada, ya que se destaca su conducta imprudente al introducirse una habitación totalmente a oscuras sin conocer su distribución y características, es un comportamiento imprudente, ya que lo razonable hubiera sido lo que hizo el otro huésped, que fue a recepción a pedir ayuda para restablecer la luz de la habitación. Se aprecia una contribución de la lesionada al acaecimiento lesivo, produciendo una interferencia notable en el nexo causal, si bien no llega a ocasionar su ruptura, se termina concretando porcentualmente el aporte causal de la actora en un 75% y el 25% restante corresponde al establecimiento hotelero, lo que supondrá una reducción proporcional de la indemnización a percibir por aquella."*

Como ocurre en este caso, el resarcimiento deberá reducirse proporcionalmente en atención a la gravedad de la culpa en correlación con la incidencia de su comportamiento sobre las consecuencias del siniestro⁶⁸.

⁶⁷ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p.830.

⁶⁸ REYES LÓPEZ M.J. (1998): " Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otros supuestos de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (análisis

5. EL DAÑO

Toda declaración de responsabilidad civil va dirigida a la obtención de la reparación del perjuicio causado. Es necesaria la existencia del mismo, de un daño, para que se declare la responsabilidad. La Jurisprudencia exige la existencia y prueba del mismo para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. De esta manera, todo daño material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a responsabilidad y a la consiguiente reparación ⁶⁹.

Larenz⁷⁰ definió el daño como <<el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio>>.

5.1 Daño y culpa

Si se toma como criterio de imputación la culpa del profesional, deberá ser él, el encargado de demostrar su inocencia respecto de los daños sufridos por la víctima.

El principio fundamental de la reparación del daño es que el demandado para probar su inocencia, o su no exclusiva participación en el hecho dañoso, deberá romper el nexo causal demostrando la participación de otros agentes, incluida la propia víctima, o demostrando su total inocencia, y por tanto, derivándose ésta a la propia víctima, o a la víctima con terceros, o que fuera responsabilidad por un producto defectuoso utilizado en la prestación del servicio, con lo que se dirigiría la responsabilidad al fabricante, o incluso por que se dé un caso fortuito o de fuerza mayor, que son imprevisibles e inevitables al control del agente.

Demostrar tanto el nexo causal como su ruptura es complicado debido a la cantidad de factores de todo tipo que pueden intervenir en la producción del

de la ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial.", ob. cit. p. 188.

⁶⁹ MORENO DE TORO C. : " La responsabilidad civil...", ob. cit. p. 76.

⁷⁰ LARENZ K. (1978): "Derecho de Obligaciones", Madrid, ob. cit. p. 193.

daño, y será el Juez, atendiendo a todas y cada una de las circunstancias que giran alrededor del caso, quien las analizará y podrá o no determinar si se ha producido tal ruptura y en consecuencia imputar la responsabilidad a agentes distintos al demandado⁷¹.

En sede de responsabilidad objetiva, la importancia del nexo causal prácticamente desaparece, en el sentido de que el prestador asume la relación causa-efecto desde el momento que se compromete a llevar a cabo tal actividad, esto supone que asume cualquier resultado dañoso o no deseado, y solo en caso de clara existencia de caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima, podrá exonerarse de ella⁷².

5.2 Valoración del daño

Nuestro ordenamiento jurídico se rige por el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*). Las indemnizaciones de daños y perjuicios incluyen tanto los daños patrimoniales, dentro de los cuales está el lucro cesante y el daño emergente, y los daños no patrimonial como daños personales, físicos, psíquicos y morales. La obligación de indemnizar responde al principio general en materia de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, que abarca todos los daños alegados y probados por el perjudicado⁷³.

Hay que tener presente que no cabe una verdadera reparación del daño moral en cuanto eliminación del daño y sus consecuencias. Y ello por cuanto no cabe una reparación específica ni se produce un vacío patrimonial que quepa llenar en metálico. Dicha reparación se dirige a proporcionar una <<sensación placentera>> a la persona perjudicada, en medida más o menos equivalente al sufrimiento que le proporcionó la

⁷¹ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p. 487 y ss.

⁷² GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p.490.

⁷³ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p. 492.

ofensa⁷⁴. ALBALADEJO⁷⁵, ha admitido la idea de que, antes que dejar sin nada al lesionado, es preferible concederle un sustitutivo, una suma de dinero, que si no es la reparación sea al menos una compensación del daño irreparable.

5.2.1 El daño moral

Aunque en el TRLGDCU no encontramos ningún artículo que regule el daño moral, considero que se trata de un tema a tener en cuenta en relación con la prestación defectuosa de los servicios.

La referencia al daño moral está presente en la jurisprudencia civil y en la contenciosa, en el ámbito sanitario y en muchos otros sectores materiales (carreteras, urbanismo, servicios sociales, etc.)⁷⁶.

El daño moral integra todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado o la persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales, a causa de una conducta ilícita, y que por su naturaleza no son traducibles a la esfera económica. Estos daños morales no pueden entenderse dentro de la categoría de daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles y traducibles en lo económico⁷⁷.

El daño moral incluye toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia de un hecho ilícito, por ejemplo, que por las características de la gravedad de la lesión en el lesionado se origine un componente de desquiciamiento mental. También se pueden incluir dentro de este daño moral cualquier sufrimiento, tristeza, angustia, frustración o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos por naturaleza o sangre entre personas allegadas o con

⁷⁴ MORENO DE TORO, C. : " La responsabilidad civil...", ob. cit. pp. 83 y ss.

⁷⁵ ALBALADEJO M. (1989): " Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Vol. 2º. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales", ob. cit. p. 561.

⁷⁶ TOMILLO URBINA J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS J. (2010): " La protección jurídica del paciente como consumidor", ob. cit. p. 306.

⁷⁷ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. pp. 844 y ss.

vínculos familiares, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o indefinidamente de la presencia o convivencia con la persona dañada por ese hecho.

El daño moral tiene que ser demostrado o probado por parte del perjudicado, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al causante del ilícito, que ha de demostrar su conducta exonerativa. No hay que olvidarse que en tema de daños, el criterio general rige que la carga de la prueba incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía tienen que demostrarse de forma indiscutible por la persona que reclama esa responsabilidad y resarcimiento, por tanto, dentro del daño moral la víctima tiene que acreditar ese sufrimiento⁷⁸.

En el siguiente caso se aprecia el elevado daño moral que sufre la víctima por un accidente, y en el cual la indemnización es elevada teniendo muy en cuenta e incluso desarrollando los diferentes daños morales que sufre dicha víctima de forma muy esclarecedora:

- STS, Sala de lo Civil de Madrid, de 22 de Febrero de 2001: *"En la que un cliente en un hotel sufre una caída desde una terraza exterior de un hotel debido al mal estado de la barandilla, que le ocasionó la incapacidad permanente y pasó a necesitar una silla de ruedas para moverse. En esta sentencia se habla en detalle de la indemnización que tiene que recibir por daños morales.*

Habla de tres fases:

- *La fase "preexistente", situación médica del paciente antes del accidente.*

- *La fase "post-accidente", que se da antes de la consolidación de las secuelas, en la que se tienen que incluir los gastos médicos, los gastos hospitalarios, la incapacidad temporal, los gastos de transporte y el daño*

⁷⁸ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos..." ob. cit. p. 846.

moral entendido como sufrimiento o padecimiento de la víctima, experimentado durante el curso de la curación como: las primeras curas, dolores de la intervención quirúrgica, dolores tras la anestesia, preocupaciones por el futuro familiar y profesional.

- Y una tercera fase llamada "post-consolidación" que incluye los gastos médicos futuros, los gastos de asistencia de una tercera persona durante la vida del enfermo, gastos de prótesis, y el daño moral entendido como la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las propias energías y desarrollo de la personalidad en el medio social, pérdida de optimismo, y una situación parcial de desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su futuro."

La cuantificación de las indemnizaciones o el montante del *pretium doloris* por daños de carácter no patrimonial, como en este caso y en la mayoría es una de las cuestiones de mayor complejidad en el ámbito de la responsabilidad. Por ello, a la hora de determinar la indemnización se tiene que tener en cuenta no solo el sufrimiento y el dolor, sino los daños que implican una minoración de la capacidad de la vida. Se trata de buscar una compensación en dinero, con la complicada tarea de que la cuantía se adecue a daño, sin que resulte escasa o excesiva.

Hay que distinguir dos situaciones claras sobre el daño moral y su relevancia jurídica respecto a un adecuado resarcimiento del daño:

1) Casos en los que la lesión genera quebrantos propios de su proceso de curación, y después de la recuperación el lesionado no va a tener taras futuras. En estos casos el resarcimiento por daños y perjuicios "absorbe" el daño moral, porque si no, se abusaría y todas las lesiones terminarían siendo objeto de una compensación económica por daño moral.

2) Casos en los que la lesión causada es de gran gravedad, como el caso anterior, en el que la víctima terminaba en una silla de ruedas. En estos casos en los que por su gravedad y persistencia terminan en un permanente estado anímico de frustración y

sufrimiento, se intentan paliar (en lo posible) con el reconocimiento de una compensación económica más elevada por esos daños morales.

6. RESPONSABILIDAD.

6.1 Consideraciones Generales.

En los últimos años ha adquirido importancia el hecho de dotar de una mayor seguridad a los servicios prestados a los consumidores, y por ello se ha retomado la iniciativa relacionada con el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores de 6 de junio de 2003 (COM 2003, 313), cuyo objetivo es establecer un marco normativo para mejorar la base de conocimientos y establecer unas normas europeas que sirvan de apoyo a las políticas nacionales, tales como la creación de un procedimiento de intercambio de información sobre la evolución de políticas y reglamentaciones, sobre los resultados conseguidos y la cooperación administrativa entre las autoridades, también la adopción de disposiciones que prevean la recopilación y evaluación sistemática de datos sobre los riesgos de los servicios y la creación de una base de datos a escala de la Unión, y además establecer procedimientos para la adopción de normas europeas en lo que respecta a la seguridad de los servicios⁷⁹.

Hay tanta variedad de servicios, que atendiendo a cada caso es necesario acudir a los regulados en las reglas generales sobre responsabilidad contractual (las del Código Civil, arts. 1101, 1902), al marco contractual en el que se prestan los servicios (arrendamiento de servicios, contrato de obra), y también las reglas específicas que existan sobre ese determinado sector o actividad (transportes, viajes combinados). Si existe una relación jurídica previa, en principio excluye la responsabilidad extracontractual, sin embargo, existe la posibilidad de aplicar reglas de este tipo, principalmente en el ámbito de responsabilidad médica, pero también en otros servicios,

⁷⁹ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor...", ob. cit. p. 226.

como los notarios, o en los transportes. Esto ocurre porque se crean dudas sobre la naturaleza contractual de la relación entre el beneficiario del servicio y quien lo presta (aseguradoras), o porque el perjudicado es un tercero que no contrató con el profesional⁸⁰.

6.2. Dualidad de Regímenes de Responsabilidad.

En el TRLGDCU la responsabilidad civil por servicios defectuoso se halla en el Libro Tercero, en sus artículo 128 a 134 se encuentran las disposiciones comunes en materia de responsabilidad, de manera más específica en el artículo 147 se establece el régimen general (revocado artículo 26 de LGDCU), y en el artículo 148 un régimen especial (revocado artículo 28 de LGDCU) de responsabilidad civil por los servicios.

6.2.1 Responsabilidad del artículo 147 TRLGDCU.

Artículo 147. Régimen general de responsabilidad: *"Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio."*

Este artículo 147, transcribe la misma idea que el derogado artículo 26 LGDCU⁸¹, con la única diferencia, que en el 147 hace referencia única y exclusivamente a los prestadores de servicios, y en el derogado 26 hacía referencia tanto a lo relativo a servicios como a productos.

La regla general en materia de responsabilidad por servicio es un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la

⁸⁰ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor...", ob. cit. p. 225 y ss.

⁸¹ Artículo 26 LGDCU: *" Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad."*

prueba, consagrando la interpretación jurisprudencial del artículo 1902⁸² del Código civil, es decir, el demandado solo puede liberarse de responsabilidad con la prueba de que adoptó todo el cuidado y diligencia requeridos⁸³.

Esta regla general, que sólo implica una inversión de la carga de la prueba de la culpa y una acentuación en la diligencia exigible al empresario, en realidad está vacía de contenido. Simplemente se limita a establecer una distribución de la carga de la prueba, es decir, la víctima tiene que probar que el daño ha sido causado a consecuencia de la prestación negligente del servicio y al empresario le toca probar que ha cumplido las exigencias, reglamentos y demás diligencias naturales al servicio para poder exonerarse. Sin embargo, no delimita el ámbito de imputación del daño, es decir, qué es lo que exactamente tiene que probar la víctima, ni tampoco cuál es el deber de diligencia del empresario que le permite exonerarse de responsabilidad. No se establecen unos criterios para determinar hasta dónde llega el límite de la carga probatoria de la víctima y dónde empieza la obligación del empresario en probar su máxima diligencia en la prestación del servicio. La imputación o no de responsabilidad dependerá en gran medida de dónde quiere el juzgador situar este límite entre el deber de probar la causa y el de probar una conducta diligente⁸⁴.

⁸² Artículo 1902 CC " *Las acciones El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño*".

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (2006): en "Comentarios al Código Civil" dice que este artículo se convierte habitualmente en un régimen complementario de los especiales de responsabilidad tanto subjetiva - actuando como supletorio en todo lo no regulado por aquellos- como objetiva- mediante expedientes como la concurrencia o compensación de culpas-. , ob. cit. pp. 2178 y 2179

⁸³ PARRA LUCÁN M.A. : "La protección del consumidor...", ob. cit. p. 250.

⁸⁴ REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. : "La Defensa de los consumidores y usuarios...", ob. cit. p.1907.

En sentido práctico, este artículo no resulta útil, esto es porque o se sigue el artículo 1902 CC o se termina aplicando del régimen de responsabilidad especial del artículo 148.

6.2.2 Responsabilidad del artículo 148 TRLGDCU.

Artículo 148. Régimen especial de responsabilidad: " *Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.*

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros."

El artículo 148, nace del derogado artículo 28 de la LGDCU que consagraba un régimen de responsabilidad objetiva. Estos servicios comprendidos han de incluir necesariamente la garantía de unos niveles de <<pureza, eficacia o seguridad>> predeterminados y objetivables, así como suponer <<controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad>>⁸⁵.

⁸⁵ JIMÉNEZ LIÉBANA D. (1998): "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", ob. cit. p. 89.

Este artículo nos presenta un sistema de responsabilidad "especial" que aplica para los daños producidos por determinados servicios: los servicios sanitarios, los de reparación de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, los servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, los servicios de revisión, instalación y similares de gas y electricidad y los servicios relativos a medios de transporte.

Este régimen especial se diferencia del general en que la responsabilidad no se basa en la culpa (la aplicación de una responsabilidad objetiva debe partir de una premisa: la desaparición de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad⁸⁶), el prestador del servicio responderá de los daños sufridos por el usuario siempre que éste haya hecho un uso correcto del servicios, es decir, estamos ante una responsabilidad objetiva, con lo que el prestador de servicios responderá, salvo que sea un caso de culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito.

Este régimen es aplicable a aquellos servicios que por su propia naturaleza, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, además de controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, para cuando lo reciba el usuario⁸⁷. Sin embargo, nada se dice acerca de los servicios en los que se proporcionan o aplican productos que puedan ser defectuosos, de este problema nos ocuparemos más adelante (apartado 6.5: El problema de la prestación de un producto defectuoso en el curso de la prestación de un servicio).

Tampoco se dice nada sobre otros muchos servicios que aunque no estén directamente relacionados con una instalación o revisión defectuosa de un producto pueden afectar de manera directa a la seguridad y salud de los usuarios, como pueden ser servicios de ocio (discotecas, parques de atracciones, hoteles), o relativos a la práctica de

⁸⁶ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ C. (2006): " Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario", ed. Comares, Granada, ob. cit. p. 109.

⁸⁷ PARRA LUCÁN M.A : "La protección del consumidor...", ob. cit. p. 253.

deportes (escuelas de surf, esquí, snowboard, centros hípicas, gimnasios, piscinas), o servicios de belleza (centro de depilación, bronceados, masajes, peluquerías); para saber dónde ubicar estos servicios se atiende lo regulado por el art. 148, cuando dice "*o por estar así reglamentariamente establecido*", es decir, que muchos de estos servicios estarán sometidos a una reglamentación dirigida a aumentar su seguridad en su respectivo ámbito, por ejemplo: los servicios de ocio tendrán reglamentaciones técnicas sobre los locales y licencias, o en lo relativo a la práctica de deportes o belleza tendrán una reglamentación específica en cualificaciones del personal.

6.2.3 Diferencia entre la responsabilidad subjetiva (art. 147) y la responsabilidad objetiva (art. 148).

JIMENEZ DE PARGA⁸⁸, sostiene que la responsabilidad basada en el criterio de imputación de la culpa, es adecuada sólo para tratar supuestos de daños esporádicos, cuyo causante es fácilmente identificable, y que responderá sólo si es culpable. Considera que debe darse un proceso de revisión del Derecho de la responsabilidad, dando el paso de un criterio de imputación basado en la culpabilidad del causante a un criterio de imputación objetivo, basado en el riesgo de una actividad de empresa. Estableciendo un criterio objetivo de responsabilidad, el Derecho puede cumplir la función de procurar una adecuada indemnización a las víctimas, fraccionando los costes de la reparación entre todas las víctimas potenciales. Un sistema de responsabilidad objetiva crea una presión para racionalizar la producción, para evitar que se causen daños, el coste de su reparación es superior al coste de su prevención. Estas son las ideas que se defienden para evolucionar hacia un sistema de responsabilidad objetiva.

Para entender la diferencia entre ambos artículo y tipos de responsabilidad (subjetiva y objetiva), es necesario situarnos en el siglo

⁸⁸ JIMENEZ PARGA R. (1991):" Derecho mercantil de la comunidad europea. Estudios en homenaje a Jose Giron Tena.", ob. cit. pp. 645 ed. Civitas, S. A, Madrid.

XIX, época en la que se concebía a la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil. Con lo que, cuando se producía un daño, inmediatamente se analizaba el factor de culpabilidad. Sin embargo, volviendo al siglo XXI, con el desarrollo de la sociedad y la interacción del ser humano en distintos ámbitos se introducen otros factores distintos a la culpa, como por ejemplo el riesgo y el peligro que genera la práctica de ciertas actividades. Así, en estos supuestos bastará que el prestador ocasione un daño derivado de una actividad riesgosa o peligrosa, para que responda por el evento dañoso, no siendo determinante analizar si se actuó con culpa o dolo. Por tanto, podemos decir que⁸⁹:

- Estaremos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, del artículo 147, cuando el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor, ya sea por dolo o culpa. Es decir, cuando el prestador actúe de forma negligente.

- Y respecto a la responsabilidad objetiva, del artículo 148, ésta es aquella en la que el cumplimiento de la misma tiene como consecuencia directa la responsabilidad del deudor. Es decir, se prescinde del requisito de infracción o culpa como punto de partida. Se establece como indemnizable cualquier daño, aunque se haya producido por un acto normal y legal. Esta responsabilidad impone la obligación de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de los riesgos de determinadas actividades, con independencia de la diligencia del agente.

A pesar de todo esto, será el legislador quien determine si estamos ante uno u otro tipo de responsabilidad. Con lo que, se establece un sistema de reparto de responsabilidades, ya sea para incentivar o desincentivar un tipo de conducta en el ámbito de la investigación, medicina o avance tecnológico. Por ejemplo, si se desea incentivar el desarrollo de la

⁸⁹ Legis.pe: ¿Cual es la diferencia entre la responsabilidad civil subjetiva y la objetiva?, < <http://legis.pe/diferencia-responsabilidad-civil-subjetiva-objetiva/> >

tecnología o de la medicina, resulta más adecuado optar por un tipo de responsabilidad subjetiva, que es más flexible y en donde bastará acreditar la diligencia del sujeto, para liberarlo de responsabilidad. Por el contrario, si se quiere desincentivar una conducta por considerarse, para determinado ordenamiento, inadecuada con ciertos valores o costumbres (por ejemplo investigaciones o avances científicos con embriones o fetos humanos), se preferirá un tipo de responsabilidad objetiva que limite tal actuación.

BUSTO LAGO⁹⁰, tiene un estudio muy interesante y comparativo de ambas responsabilidades en el sector sanitario. Sostiene que el legislador español ha optado por el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva (independiente del juicio acerca de la diligencia o negligencia del agente del daño, tanto en sanidad pública como privada.). El artículo 148 establece un sistema de responsabilidad objetiva para los servicios sanitarios que incluyan una garantía de pureza, eficacia o seguridad cuyo mero incumplimiento por el prestador junto con la causación de un daño al usuario determinan la imputación de la responsabilidad civil, y por tanto, una obligación indemnizatoria.

Pero el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva en el ámbito de los servicios médicos a primera vista no parece resultar compatible con la configuración de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios sanitarios en las obligaciones de medios. Si la obligación del profesional sanitario se configura como una obligación de medios, en la que tiene que desplegar las normas de diligencia profesional, esto no sería compatible con la aplicación de un sistema de responsabilidad en el que se suprima toda valoración de la diligencia de la conducta a la que se atribuye el daño. Sería una contraposición porque se terminaría igualando al personal sanitario que actúa con

⁹⁰ BUSTO LAGO J.M. (2011): " La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto", ob, cit. pp 103 a 133. La Coruña.

negligencia y al diligente, ya que ambos responderían siempre de cualquier resultado no deseado.

Por el contrario, tradicionalmente, en materia de responsabilidad de los profesionales sanitarios se afirmaba la aplicación de la responsabilidad subjetiva o por culpa (art. 1902 CC), de tal manera que sería el paciente perjudicado a quien le incumbe demostrar la carga de la prueba (existencia del daño, antijuridicidad, relación de causalidad y la prueba de la culpa en que haya incurrido el profesional). La observancia de las reglas que rigen la actuación médica y que conforman su *lex artis*, formada por los protocolos médicos, permiten rechazar la calificación de negligente o imprudente del comportamiento del profesional de la medicina. Con esta argumentación, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior del paciente dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, ya que en todos los pacientes existe un margen de error independientemente de las pruebas que se realicen. Con lo que si se producen consecuencias negativas por la enfermedad (no ligadas a la práctica incorrecta) no son susceptibles de generar una responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad del profesional médico en determinadas ocasiones es de medios, con lo que no se puede obligar a garantizar un resultado concreto. El médico es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, utilizando los recursos que le parezcan más eficaces atendiendo a cada caso. En un caso, el TS establece que no hay una relación de causalidad culposa entre la lesión producida a un bebe y el tipo de parto elegido (cesárea), porque atendiendo al embarazo y aplicando los protocolos, era el procedimiento más adecuado a seguir, a pesar de que el bebé nace con ciertas lesiones. Se exonera a los ginecólogos, y también a la clínica donde se realizó el parto, porque todo se calificó conforme a la *praxis médica adecuada*⁹¹.

⁹¹ STS. Sala de lo Civil, de 29 enero 2010.

Atendiendo a las diferentes opiniones que tiene cada autor a la hora de aplicar una responsabilidad objetiva o subjetiva, considero que la diferencia principal es saber si el prestador actuó con la diligencia requerida, es decir, si éste actuó con negligencia de manera consciente yo lo englobaría dentro de la responsabilidad subjetiva. Mientras que si prestó el servicio con diligencia yo lo englobaría dentro de la responsabilidad objetiva. Aún así, no es una regla absoluta, porque siempre se va a tener duda a la hora de su aplicación, como en el siguiente caso (y en otros muchos), que se plantea el problema de donde ubicarlo, si dentro del artículo 147 o del 148:

- SAP Oviedo, de 10 de Diciembre de 2012: *"Recurso de apelación interpuesto contra una autopista concesionaria, el demandante sufrió una caída en la autopista, alega que la información por parte del personal de la concesionaria de la autopista no fue adecuada, porque no había señales que indicasen peligro por la existencia de nieve, incluso alega que le dijeron "que no nevaba y que podía circular sin peligro". Para analizar si la valoración de la prueba es correcta debe partirse de las acciones ejercitadas por el demandante por su incidencia en la atribución de la carga de la prueba."*

La demanda se plantea en base al régimen de responsabilidad del prestador de un servicio (TRLGDCU), ya que se trata de un usuario (demandante) y un servicio que lo presta una entidad concesionaria (demandada), en el cual por el pago del peaje se circula por una carretera que en teoría está en mejores condiciones que una nacional o cualquier otra en la que no haya peaje.

El problema que se planteó fue ubicar este supuesto, es decir, englobarlo dentro del régimen de responsabilidad general (art.147) o en el especial (art. 148).

El artículo 147 establece un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, pero con inversión de la carga de la prueba, con lo que en este caso, es el prestador del servicio el que ha de probar que

ha cumplido con las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos, además de los cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio (en este caso: información sobre las condiciones climatológicas, si se permite el paso para determinados vehículos según el estado de la carretera, la limpieza de la carretera en caso de nevada con los quitanieves etc.).

Por otro lado, el artículo 148 establece un sistema de responsabilidad objetiva, del que se respondería salvo culpa exclusiva de la víctima, o como dice el propio artículo "daños originados en el correcto uso de los servicios". El demandante prefiere decantarse por este régimen, sin embargo, las empresas concesionarias de autopistas encajan mejor en el régimen general, esto es, porque ni esta clase de prestación aparece en la enumeración de servicios del artículo 148, ni tampoco parece incluida dentro de la descripción del artículo 148 " cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad" que es lo que pretende el demandante al relacionarlo con el artículo 27 a) de la Ley de 10 de mayo de 1972 reguladora de autopistas privadas, ya que una interpretación tan amplia de los conceptos de eficacia y seguridad dejaría sin sentido al artículo 147 TRLGDCU.

Una vez que se ha logrado delimitar el régimen de responsabilidad, el general, se tiene que valorar la prueba. Teniendo en cuenta el sistema en el que estamos, en este supuesto hay que examinar si la concesionaria probó haber cumplido las exigencias reglamentarias establecidas y los demás cuidados relacionados a la naturaleza del servicio. El resultado de las declaraciones de los testigos corrobora que la concesionaria actuó con diligencia, porque tenía a varias máquinas quitanieves limpiando la carretera, incluso un testigo alega que el demandante se cayó justo cuando iba detrás de un quitanieves, que se entiende que es el momento en el

que más limpia va a estar la carretera, este mismo testigo también alega que el personal de la autopista no les dijo que "no nevaba y que podía circular si peligro" como alegó el demandante, sino que les preguntaron "cómo estaba la carretera" y respondieron "que estaba bien", lo cual es compatible con que nevara pero estuvieran trabajando las máquinas. Incluso el grupo de motoristas con el que iba el demandante eran conscientes de la situación de nieve en ese puerto. Teniendo en cuenta que eran conscientes de la situación meteorológica que había, que conducían detrás de un quitanieves, y que es probable que hubiera paneles informativos en las carreteras, se concluye con que la demandada cumplió la diligencia exigida, y por tanto, se desestima el recurso interpuesto por el demandante.

Es un claro ejemplo en el que se presenta la duda de acudir a un régimen o al otro. Sin embargo, al leer diferentes casos, no se establece una regla clara por la cual se acude al régimen general o al especial, salvo que sea uno de los servicios que describe directamente el art. 148. En muchas sentencias se plantea la duda, y en última instancia esta decisión va a ser jurisprudencial, es decir, basándose en sentencias anteriores en las que se ha planteado un caso similar.

6.3 Productos y servicios: analogías y diferencias.

Es difícil equiparar los productos con la prestación de servicios, ya que se tratan de realidades distintas, únicamente y en parte con la responsabilidad es donde tienen rasgos análogos.

El concepto de producto viene regulado en el art. 6 TRLGDCU, como todo bien mueble que se pueda transportar. Más adelante, en el art. 137, define el concepto de producto defectuoso como *"aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En todo*

caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."

Respecto a la defectuosidad y uso inadecuado del producto, PASQUAU extrae dos notas que definen la defectuosidad del producto⁹²: la defectuosidad de un producto se valora porque presente un déficit de seguridad que determine la producción de un daño que pueda considerarse <<sorpresivo>> desde una perspectiva objetiva; y que la obligación de comercializar únicamente productos seguros no exime al consumidor de su obligación de velar por su propia seguridad. Lo que implica que el uso normal o anormal del producto, la falta de precauciones por parte del perjudicado y su conducta hayan de ser valorados para determinar en qué medida la causación del daño ha de imputarse objetivamente a alguna deficiencia del producto o al propio perjudicado.

La ley no menciona meramente el uso razonable sino <<*raisonnablement prévisible*>>, matiz que significa que las condiciones de seguridad exigibles al producto han de ser consideradas, no sólo en relación con el uso normal del producto sino también a usos inadecuados o anormales, siempre que hubieran podido preverse al concebir el producto o ponerlo en circulación. En consecuencia, el fabricante responderá siempre que el uso no pueda calificarse de especialmente imprevisible. (Estas características sirven para poner de relieve que el soporte en el que la ley apoya su sistema de responsabilidad es relativo, pudiendo llegar a crear situaciones en las que reine la inseguridad, pues mientras se exige al consumidor confiar en que el producto cuente con unos mínimos de seguridad en el momento de su comercialización, simultáneamente el fabricante debe presumir que el producto no sea utilizado de una manera que razonablemente no se pueda prever, cuestión cuya dificultad aparece en el momento en que es necesario concretar el nivel de seguridad y de usos que, siendo anormales,

⁹² PASQUAU LIAÑO M. (1995): " La noción de defectos a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos"

sean previsibles y deban resolverse atendiendo a la naturaleza del supuesto.)⁹³

El concepto de servicio lo terminamos definiendo con anterioridad como toda actividad humana realizada por una persona que no sea el propio usuario, independientemente de que sea una personas física o jurídica, que no esté sometida a una relación de subordinación con el usuario (se excluyen relaciones laborales) y que no dé lugar a la venta de un bien.

No hay distinción entre productos y servicio en cuanto a la responsabilidad regulada en el artículo 1902 CC, según el cual "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Por tanto, en el caso de que se ocasionara un daño causado por culpa o negligencia, independientemente de que provenga de un producto o de la prestación de un servicio, se tiene la obligación de responder. Esta responsabilidad general es el fundamento principal que tienen en común, ya que tienen más diferencias que similitudes.

Diferencias entre producto y servicio:

Con respecto a los servicios, su suministro puede realizarse por profesionales o por empresas, puede ser un servicio realizado por medios mecánicos y automatizados, incluso puede tratarse de una mera puesta a disposición para que el usuario desarrolle la actividad pretendida o que sea el usuario el que recibe pasivamente una determinada utilidad sin tener que desplegar ninguna actividad⁹⁴. Esto supone que al haber más variedad de servicios hay que tener en cuenta mas variables con respecto al régimen de responsabilidad, que en relación a los productos.

⁹³ REYES LÓPEZ M.J. : " Seguridad de productos...", ob, cit. p. 82.

⁹⁴ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. (2006): " La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas.", ob. cit. p.60.

La responsabilidad civil de los productos está directamente relacionada con su fabricación, y por tanto, el responsable de comprobar que ese producto es seguro para su uso sería el fabricante, mientras que en la prestación de un servicio lo relevante es el momento en el que se presta dicho servicio, es decir, lo que se va a valorar es si la actividad que se va ofrecer junto con el usuario que la va a recibir se realizan cumpliendo todos los requisitos para que se desarrolle con la mayor seguridad posible y sin que medie culpa del prestador.

Otro factor que es diferente es la implicación de la víctima en la producción del daño según sea receptora de un producto o de un servicio. En los productos el sistema de responsabilidad es el <<*uso razonablemente previsible*>> del producto (por la víctima)⁹⁵. En cambio, en relación a los servicios hay que diferenciar entre si el servicio esté concebido de manera que la víctima debe desempeñar una actividad que pueda tener incidencia causal en la producción del daño (por ejemplo, gimnasio, piscinas), o que la víctima sólo sea receptora de la actividad exclusivamente desempeñada por el prestador del servicio (por ejemplo, prestaciones sanitarias)⁹⁶.

Además, la falta de seguridad del producto nace porque el sujeto extrae la utilidad propia del productos (ej: crema con un componente químico que irrita la piel), pero en los servicios la falta de seguridad puede producirse a causa de la actividad que realice el prestador a la hora de dar el servicio al usuario (ej: centro de bronceado, en el que el personal al seleccionar la potencia o tiempo de la máquina lo pone más fuerte o durante más tiempo del que corresponde al tipo de piel del usuario, creando quemaduras).

Analogía:

Hay una única analogía entre producto y servicio si se enfocan con un fin de comercialización en cadena con un objetivo económico. Consecuencia de la fabricación de productos en serie y la prestación de servicios de forma

⁹⁵ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit., p.73.

⁹⁶ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit., p.74.

estandarizada, se genera un riesgo inherente que se multiplica tantas unidades como ejemplares se ponen en circulación u ocasiones se presta el servicio, y esta repetición comporta necesariamente una multiplicación cuantitativa del riesgo⁹⁷.

Se plantea la cuestión del nivel de prevención o los supuestos en los que se tendría que indemnizar el daño sufrido por la víctima cuando le toque ese mínimo porcentaje de posibilidades de daño. En primer lugar, hay que comprobar si tanto el fabricante como el prestador del servicio lo realizaran teniendo en cuenta las medidas de seguridad necesarias para que no se produjera ese posible daño, pero hay que entender que tampoco es correcto elevar la seguridad a su máximo exponente porque entonces dicha prestación sería imposible de realizar (por ejemplo, <<envolver en plástico la montaña>>⁹⁸). Por tanto, se entiende que ese <<riesgo estadístico>> no convierte al servicio en peligroso, sino que será peligroso cuando la probabilidad del daño en cada ejemplar o en cada prestación aislada no sea despreciable. En el resto de casos, el daño se va a contemplar como una anomalía que por previsible estadísticamente tiene que ser considerada por el prestador del servicio, pero que, por improbable en cada ocasión no ha de ser considerado por el usuario⁹⁹.

6.4 La seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio

Surge de nuevo el problema de qué entender por el término "*seguridad*", en nuestro Derecho no se ha llegado a formular una regla de responsabilidad por servicios defectuosos en cuanto cuáles son inseguro, sólo una escueta mención en el art. 11 TRLGDCU que no es muy aclaratoria. Porque si se lleva el término "*seguro*" al tenor literal, muchos servicios no estarían permitidos porque tienen intrínseco un porcentaje de riesgo (parques de atracciones, deportes de riesgo: esquí, hípica etc.), y otros muchos

⁹⁷ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit., p.75.

⁹⁸ SAP Huesca 6 noviembre 2001.

⁹⁹ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit., p.77.

prestadores de servicios dejarían de ofertarlos por temor a reclamaciones desproporcionadas (personal sanitario, operaciones estéticas). Y si además añadimos "el nivel de seguridad exigible" lo dificulta aún más porque no todos los servicios son iguales, y por lo tanto, no se puede exigir el mismo grado de seguridad por igual a todos.

En mi opinión, se tendría que tener en cuenta o incluso establecer una clasificación de servicios atendiendo a su naturaleza para poder relacionarlo con el "nivel de seguridad exigible", se me ocurre por ejemplo:

- Por el modo de prestación o ejecución del servicio: Es un aspecto muy importante, ya que muchos de los servicios que utilizamos están destinados específicamente a nuestro cuerpo (servicios de belleza, sanitarios, estéticos), es por ello, que opino que se deberían englobar en un mismo grupo. En este grupo, como el destinatario es el cuerpo, el modo de prestación tiene que contener unas líneas de seguridad más elevadas, teniendo en cuenta la sensibilidad o delicadeza del cuerpo humano, que en comparación con otros servicios, los cuales tienen por finalidad otro objetivo (servicios de transporte, turísticos, o de ocio, como discotecas, instalaciones recreativas) y esa seguridad se tiene que centrar en otro aspecto concreto, atendiendo a su naturaleza.

En esta sentencia, como ejemplo de lo anteriormente mencionado, se aprecia cómo no se cumplen unas medidas mínimas de cuidado o protocolo para prestar el servicio de la manera más segura posible.

- SAP Madrid, de 14 de Junio de 2016: *"Recurso de apelación que interpone una empresa de estética contra una clienta. En la sentencia anterior la clienta demanda a esta empresa por unas ampollas y quemaduras en sus piernas causadas por un tratamiento de depilación láser. Acreditado el daño, unas ampollas y quemaduras de 1º y 2º grado, y también la relación de causalidad, porque aparecieron tras la sesión de depilación, debe ser el centro de estética quién corre con la carga de la prueba para exculparse. Quien crea un riesgo, aunque su actuar fuera lícito, debe asumir las consecuencias derivadas de ese actuar del que se beneficia*

económicamente, por lo que tiene que demostrar que obró con la mayor de las diligencias para evitar el resultado dañoso ocasionado."

Estamos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva. Un perito considera compatible las ampollas que sufrió con la exposición del láser. Además el testimonio de las trabajadoras del centro no ofrece la credibilidad suficiente porque no consta que estuvieran en posesión de la capacitación oficial para el uso del aparato, ni tampoco que hayan asistido y superado las formaciones impartidas respecto a esta práctica, tampoco demuestran qué potencia se aplicó a la demandante y en su historial se aprecian potencias entre los 24 julios a los 28 julios, tampoco explican en que se basan para aplicar una u otra potencia, y tampoco consta que hubiera habido un estudio previo bajo supervisión médica. Con toda esta información entendemos que hubo un comportamiento negligente por parte de la empresa, que en este caso concreto no cumplió el nivel de seguridad exigible en el modo de prestación o ejecución del servicio, y efectivamente termina indemnizando a la víctima.

- Destinatario del servicio: La seguridad exigible puede variar mucho dependiendo de la edad, características físicas y psíquicas del usuario que reciba el servicio. Hay muchos servicios que para poder llevarlos a cabo se necesita una altura mínima, un peso máximo, o no tener ninguna enfermedad cardiovascular, o fobia a algún determinado elemento del servicio (parques atracciones, deportes de riesgo), es por ello que dependiendo de cada prestación, la seguridad relativa a este aspecto sea más elevada que en otro servicio que por su naturaleza estas características no sean tan importantes, como por ejemplo los servicios que pueda prestar una peluquería, ya que una altura, un peso, una edad, o un enfermedad no son elementos a tener en cuenta para el servicio que va a dar.

En los servicios destinados a los menores de edad y más concretamente a los menores de 16 años (a esta edad se puede tener más raciocinio y

discernimiento), se entiende que los niveles de seguridad han de ser más elevados, por ejemplo:

- SAP Pamplona de 2 de Marzo de 2016: *"Sentencia en la que unos padres demandan a una parque de juegos infantil porque su hija (de 3 años) mientras estaba jugando es empujada por otro niño de manera que se golpea contra el canto de la puerta de la zona de juegos sufriendo lesiones. El hecho gira en torno a que la puerta con la que se golpeó se encontraba abierta cuando en condiciones normales está cerrada para que los niños estén controlados dentro de la zona de juegos, primera medida de seguridad que no se cumplió. En este caso se aplicó el art. 147 TRLGDCU, porque la menor sufre el daño al utilizar el servicio que ofrecía la demandada (relación causal), y además en este caso concreto la empresa tenía que haber tomado las medidas de cuidado, vigilancia y atención necesarias para evitar todo incremento previsible, y que esa puerta estuviera abierta supone un incremento de riesgo, además no es lo mismo golpearse con el canto de la puerta abierta, que con la misma cerrada, porque en el primer caso el golpe es más fuerte. Además a los padres se les informaba que hay monitores vigilando a los niños que estuvieran dentro de la zona. Finalmente la demandada tiene que indemnizar a los padres de la niña que sufrió el golpe."*

Con este ejemplo entendemos que como el usuario del servicio es una niña de 3 años, se tienen que tener unas medidas de seguridad más elevadas y evitar todo incremento previsible de riesgo propio de esta actividad. Por tanto, no debería ser imprevisible que un parque infantil con niños de 3 años haya empujones, juegos bruscos, es por ello que tendrían que evitarse elementos de riesgo evidentes y haber puesto alguna protección o hacer esa puerta de un material más acolchado.

El uso correcto de un servicio debe tener en cuenta todas las circunstancias tanto relativas al usuario, como relacionadas con las herramientas, instalaciones, personal que va a prestar ese servicio. Tener todo bajo un control en que sólo sea posible que ocurra un incidente en situaciones que era imposible prever.

Este breve intento de clasificación busca mostrar la gran variedad de servicios y destinatarios posibles.

Con todo ello se entiende que la frase "*defecto de seguridad de servicio*" si se entiende como la falta de las condiciones y niveles de seguridad que legítimamente pueden esperarse es vaga y muy versátil como hemos visto, porque hay una gran variedad de servicios (como servicios médicos, sanitarios, de atención social, servicios de transporte y turísticos, servicios y actividades de ocio, espectáculos, servicios de deportes peligrosos, servicios recreativos infantiles y juveniles, y largo etc.), por tanto, hay una gran variedad de posibles causas de defectos en la seguridad (un mal diseño en la prestación del servicio, un fallo humano o instrumental), atendiendo a la naturaleza de cada servicio.

El prestador de servicios tiene que garantizar al usuario que el servicio no va a suponer más peligros que los esperables si se presta en condiciones normales. Esta obligación la encontramos en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) en su artículo 4.103: "*Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber*".

Si se garantiza una seguridad que excluya los riesgos no considerados admisibles, es para que los usuarios puedan confiar en esa seguridad, por tanto, la confianza es la base de la noción "*seguridad que legítimamente cabe esperar*¹⁰⁰".

6.4.1 La seguridad exigible y la seguridad esperable

Al intentar definir la responsabilidad del empresario lo primero que se pretende definir es la expectativa de seguridad, es decir, el hecho constitutivo de la responsabilidad sería la producción de un daño que

¹⁰⁰ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit p.81.

debe ser calificado como <<inesperado>> en función de la naturaleza del servicio, su apariencia, las informaciones dadas por el empresario y el comportamiento de la víctima. Si puede calificarse como <<razonable>> el que la víctima no haya tomado especiales precauciones para salvaguardar su indemnidad y aún así se haya producido un daño con motivo de la prestación de un servicio, tiene que responder el empresario salvo que alegue y pruebe una causa de exoneración.

En relación al concepto de <<riesgo asumido>> por el usuario, puede ser porque de la naturaleza del servicio resulte notorio que para la obtención de su utilidad sea inevitable exponerse a una posibilidad de sufrir daño (aunque se crea que no ocurrirá) o porque exista la posibilidad de que se produzca o no un daño dependiendo más de la adopción de conductas de cuidado por parte del usuario que del modo concreto en que se presta el servicio¹⁰¹. Vamos a ejemplificar esto con la siguiente sentencia:

- SAP de Vigo, de 23 de Octubre de 2017: *" La demandante reclama una indemnización por los daños derivados de una lesión que sufre por una caída en un gimnasio. La caída se produjo cuando salía de la piscina y se dirigía a los vestuarios caminando por una esterilla, en ese momento se encontró con otras dos chicas que salían muy apuradas, de modo que para no tropezar con ellas se apartó, apoyó un pie fuera de la esterilla, como la baldosa estaba húmeda, resbaló y se cayó.*

En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados.

La Sala declaró que para la aplicación de la doctrina del riesgo como fundamento de la responsabilidad, tiene que producirse un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea, el objeto que puede ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien crea los efectos de un determinado resultado dañoso, siempre sobre la base de que la creación de

¹⁰¹ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas...", op. cit pp.82 y ss.

un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad, porque se requiere la concurrencia de culpa.

En este caso la exigencia de una responsabilidad nacida del riesgo no puede ser asumida por la empresa demandada, porque se trata de una actividad en la que es apreciable un cierto riesgo dentro de los parámetros medios. Una piscina propicia la existencia de suelos mojados, húmedos, con lo que no puede exigirse una actuación de limpieza o vigilancia en esas zonas constante, porque sería desproporcionada e inútil dada la continua entrada y salida de usuarios a la piscina por los vestuarios. Justamente como medida de seguridad está la esterilla. Además, la actora era usuaria de muchos años de ese gimnasio, de modo que conoce el hecho de que esa zona esté mojada. Se termina concluyendo que la situación de riesgo era plenamente previsible para ella, y que la caída no se puede imputar a una inobservancia de la empresa demandada, porque cumple los requisitos reglamentarios establecidos y los cuidados y diligencias exigibles, lo que supone que no hay nexo causal entre la acción y el daño".

No puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales los daños se deben 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 por la víctima, como hemos visto con este caso.

Para intentar diferenciar "lo exigible" de los "esperable", volvemos a los Principios de derecho europeo de la responsabilidad, que en su artículo 4.202 explica que: *"La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible."*

La noción de responsabilidad gira en torno al "defecto", que luego se define como *"aquella desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios"*.

Con lo que la noción de expectativa de seguridad se sustituye por la exigencia de seguridad

Para abordar el concepto de seguridad esperable, tendremos que determinar quién es el sujeto desde cuya perspectiva ha de valorarse la seguridad esperable o no esperable. Entiendo que no puede tratarse de cada víctima porque sería imposible de manejar, esto se debe, a que cada persona es más o menos imprudente, más o menos precavida, con lo que estaríamos teniendo en cuenta demasiados factores que no se pueden prever. No se puede exigir una previsión de seguridad al prestador de servicio que cubra todos los usos irracionales, o las expectativas más inesperadas porque esto supondría alargar la responsabilidad infinitamente o que se tomaran medidas de prevención excesivas, de tal modo que terminaran siendo antieconómicas y disfuncionales para los usuarios (como hemos visto en el caso de la piscina, en el sentido de que no se puede estar secando una zona en la que hay constantemente tránsito de personas mojadas al salir de una piscina).

El objetivo sería englobar por categorías de consumidores atendiendo a sus niveles de resistencia al daño sean superiores o inferiores (niños, ancianos, discapacitados, con enfermedades cardíacas) para que así se creen subgrupos dentro de los posibles usuarios del servicio. Así cada prestador adoptará unas medidas de seguridad u otras según el subgrupo o categoría al que pertenezca el usuario (por ejemplo, en el caso del matrimonio que viajaba en Renfe, si el usuario no hubiera tenido ninguna discapacidad no es necesario ninguna medida en relación a las escaleras mecánicas, sin embargo, para este "grupo" de usuarios, se tendría que haber tenido en consideración el hecho de que es más difícil usar las escaleras mecánicas, se tenía que haber ofrecido alguna facilidad o medida de seguridad especial, como un trabajador ayudando, o arreglar el ascensor, o informar del correcto uso de esas escaleras, porque al fin y al cabo es un usuario mas de ese servicio).

Con esto podemos concluir que un servicios sería defectuoso cuando la producción del daño, en las condiciones concretas en que se produjo, puede valorarse como sorpresivo para un sector no insignificante del tipo de consumidores normalmente destinatarios del servicio, pudiendo objetivamente apreciarse que, respecto a ellos, el daño debe imputarse más al modo de presentación del servicio que a la falta de prevenciones del perjudicado¹⁰².

- SAP Pontevedra de 17 noviembre de 2005: *"Relativo a unas lesiones que sufrió una persona mayor en un balneario por una caída en sus instalaciones. La sentencia dice literalmente que como un balneario tiene por objeto la prestación de servicios y tratamientos relacionados con el agua, es necesario la adopción de unas medidas de precaución o de mayor seguridad que las que se pudieran exigir a otros establecimientos hoteleros, y si además se tiene en cuenta que estos servicios son utilizados por colectivos de personas aquejados de algún padecimiento físico que se espera mejorar o por mayores que por su edad no tienen las mismas capacidades y reflejos que la gente joven, es lógico que se tomen medidas de precaución dirigidas a este "grupo de usuarios".*

6.4.2 Parámetros para determinar la seguridad que cabe esperar

Para determinar si se ha ofrecido o no la seguridad que legítimamente cabe esperar hay que valorar qué defecto de seguridad hubo. Puede ser porque el tipo de diseño de la prestación fue erróneo, o por un fallo en la ejecución del servicio, o falta de información, esto lo vamos a ver en los siguiente apartados con más detalle:

6.4.2.1 La ejecución defectuosa del servicio

Se produce una ejecución defectuosa del servicio que se va a prestar cuando una o varias de las medidas de seguridad no han funcionado correctamente o como de costumbre (por ejemplo: la atracción de feria se bloquea y deja a los usuarios colgados a mitad de recorrido, el láser en una sesión de depilación se sobrecalienta y no se puede

¹⁰² GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit pp. 86 y 87.

finalizar la sesión), o cuando la actuación del personal que presta el servicio, el material o las instalaciones donde se lleve a cabo ese servicio sean irregulares, (por ejemplo: socorrista se pone a hablar por teléfono y deja de prestar atención a los bañistas, el encargado de un zoológico cierra mal el recinto donde se encuentran los animales y alguno se escapa).

En estos y más casos lo que ocurre es que la prestación del servicio no se ha podido realizar como se había previsto, en muchos casos no supone ningún riesgo, simplemente no se llega al resultado esperado del servicio en ese momento. Sin embargo, si el usuario sufre un daño y demuestra que ha sido causado por el incremento o la aparición de algún riesgo en relación al uso normal de dicho servicio, y demuestra que de no haberse producido ese fallo no habría sufrido el daño, se demostraría un defecto la seguridad, y por lo tanto, la responsabilidad del prestador de dicho servicio o empresario¹⁰³.

6.4.2.2 Riesgos inherentes

Hay servicios más o menos peligrosos, y es posible que en algunos servicios debido a su factor de riesgo los usuarios asuman una posibilidad de daño. La peligrosidad propia del servicio es un parámetro para delimitar dónde empieza la responsabilidad del empresario y dónde está el riesgo asumido por la víctima (como vimos anteriormente en el apartado 3.2.2: Asunción de riesgo por la víctima).

Por recordar y añadir un ejemplo fácil, si se organiza un festejo taurino en el que el animal corre suelto por una plaza, los organizadores se tienen que asegurar de que no le ocurra nada al espectador de dicho festejo, sin embargo, las personas que hayan decidido participar voluntariamente recortando o corriendo delante del toro se exponen a la posibilidad de sufrir algún daño, y si la sufren no será responsabilidad de los organizadores del festejo.

¹⁰³ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p. 115.

6.4.2.3 Apariencia del servicio y riesgos ocultos

El empresario tiene que garantizar al usuario que no existen más riesgos que los que se derivan de la naturaleza del servicio y/o de los que son perceptibles por el usuario porque los asume voluntariamente al decidir recibir esa prestación o servicio.

Se tiene que diseñar el modo de ejecución del servicio teniendo en cuenta los riesgos estadísticos, que son aquellos daños poco probables, pero que estadísticamente son muy probables por la multiplicación del porcentaje de posibilidad derivada de la repetición de la prestación. Habrá que estudiar cuáles son las medidas de seguridad necesarias para evitar esos daños inesperados para un usuario precavido.

Los defectos en la información prestada en relación con el servicio tiene un papel muy importante, esto es porque es más fácil valorar en qué medida es correcta y completa una información sobre las precauciones a tener en cuenta sobre el servicio, o sobre los peligros del servicio para así evitarlos, que juzgar si el servicio pudo haberse prestado en otras condiciones más seguras.

A la hora de elegir un servicio queda incluido el hecho de que por el pago de una determinada cantidad de dinero, el servicio se va a prestar de la manera más segura, con la condición como hemos mencionado antes de dar una información adecuada y suficiente sobre los riesgos que se pueden sufrir, y esta información ha de estar adaptada a las categorías de usuarios especialmente expuestas a sufrir el daño que se trata de evitar.

La información que se proporcione tiene que ser proporcional y específica atendiendo a la naturaleza de la actividad y de los riesgo que puedan surgir, así como a la previsible conciencia o inconsciencia de los usuarios sobre éstos riesgos. Además en el caso de los servicios la eficacia, intensidad y adecuación de la información se puede realizar de manera más flexible, es decir, se pueden establecer

sistemas de advertencia dependiendo de las características personales de cada usuario¹⁰⁴ (por ejemplo: informar que cierta atracción no está permitida para embarazadas, o que un determinado tratamiento láser o de bronceado no se puede aplicar en zonas donde haya tatuajes).

6.4.2.4 Conducta previsible del usuario. La intensidad del daño

El usuario deberá ajustar su conducta a los márgenes de seguridad esperables, sabiendo que éstos no son absolutos, y el empresario de servicios deberá concebir y prestar el servicio teniendo presente la posibilidad de conductas anómalas en los usuarios.

En muchos casos, encontramos que el empresario demandado busca convencer de que el daño ha sido causado por la conducta de la víctima, y que el servicio no tenía defectos de seguridad, por el contrario, el perjudicado argumentará que aunque su conducta se pudiera calificar como anómala, se tenía que haber previsto por estadística, es decir, que el servicio debía haberse ejecutado con mayor seguridad, por ejemplo: en el metro, el conductor del metro tiene que tener en cuenta que en muchas ocasiones los viajeros apuran al máximo en el momento de entrar, incluso en el momento que se están cerrando las puertas, ese comportamiento se puede prever, sin embargo lo que no es previsible es una persona empuje a otra justo cuando está llegando el metro¹⁰⁵.

Respecto a la intensidad del daño hay que decir, que en muchos servicios debido a su naturaleza, el usuario se expone a daños que se admiten porque son insignificantes y porque es poco probable que sucedan. En cambio, cuando el resultado sea una lesión grave, lo lógico es que se haya producido porque se trate de actividades de peligrosidad extrema en las que el riesgo es evidente, pero en otras

¹⁰⁴ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit pp. 94 y ss.

¹⁰⁵ GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "Daños a la salud y seguridad de las personas... ", op. cit p.97.

actividades en las que el riesgo no es tan alto, el empresario no puede alegar que dicha actividad comporta un riesgo intrínseco. Para entenderlo mejor, en esta sentencia SAP Ávila de 21 de Noviembre de 2002, *"una chica sufrió una fractura en una atracción de feria. Es cierto que se trata de una actividad recreativa con cierto riesgo, pero la cuestión que se planteó fue hasta qué límite ese riesgo era previsible por los usuarios. En esta atracción es previsible que puedas salir con arañazos, contusiones debido a las caídas y encontronazos con otros usuarios, pero lo que no es previsible es salir gravemente herido, porque si fuera así nadie accedería a ella. Aunque la víctima aceptara cierto riesgo, esto no supone aceptar toda consecuencia dañosa, se tiene que ponderar la actividad que se va a realizar con las consecuencias previsibles, y es más, esta aceptación no elimina de responsabilidad al titular. Ubicando el suceso, un grupo de jóvenes se iban a montar en dicha atracción, es probable que los usuarios solicitasen al demandado que aumentara la potencia de los movimientos, sin embargo, el dueño no debería haber atendido sus peticiones porque tenía haber previsto que si aumentaba los movimientos o sacudidas era probable que muchos usuarios cayeran a la vez a la colchoneta central, provocando choques entre los usuarios excesivamente bruscos, por eso tenía que haber controlado la potencia de los movimientos, cosa que no hizo y que acabó con la fractura abierta que sufrió la lesionada. Finalmente, se determinó que era responsable el demandado de esta lesión, porque este tipo de lesión no se considera consecuencia normal de esta actividad."*

6.5 El problema de la prestación de un producto defectuoso en el curso de la prestación de un servicio.

La responsabilidad por productos y la responsabilidad por servicios tiene un zona de conexión en aquellos supuestos en los que el daño se produce durante la prestación de un servicio porque se suministra o se utiliza un producto defectuoso (un medicamento en una intervención quirúrgica, un alimento en un restaurante).

Este problema puede producirse con ocasión de la prestación de todo tipo de servicios (ej: un tinte defectuoso en una peluquería, o una pieza defectuosa en un taller mecánico), si bien es cierto que la mayoría de casos

que hay son relativos al suministro de medicamentos o de productos sanitarios en la prestación de asistencia sanitaria.

La víctima de un daño causado por un producto defectuoso suministrado con ocasión de la prestación de un servicio sanitario puede optar por:

- a) Ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad por productos. Por ejemplo: STS. Sala de lo Civil de Madrid de 15 de Noviembre de 2000, *"Se condena únicamente al fabricante de un catéter que al introducirse en una vía venosa se rompió y se quedó en una arteria pulmonar, lo que supuso una grave intervención quirúrgica y cicatrices en el tórax."*
- b) Ejercitar las acciones derivadas de la prestación de la asistencia sanitaria. Por ejemplo: STS. Sala de lo Civil de Madrid de 11 de Febrero de 1998, *" Se condena al hospital en el que la actora ha recibido una transfusión de sangre infectada con el virus del Sida, lo que ha ocasionado que tenga anticuerpos de esa enfermedad. Además se corroboró que la entidad incumplió la normativa legal sobre el control de la sangre donado por terceros."*
- c) Ejercitar de forma acumulada las dos. Por ejemplo: STS. Sala de lo Civil de Madrid de 24 de Septiembre de 1999, *"Se condena solidariamente a la Diputación Provincial de Valencia (Centro de Planificación Familiar de Gandía) y a la empresa DIU S.A, porque a la actora se le implantó un dispositivo intrauterino anticonceptivo que era defectuoso e inadecuado, resultó probado porque quedó embarazada en el periodo de uso del referido DIU".*

El régimen de responsabilidad previsto para los productos permite que se reclame contra el fabricante del producto defectuoso. Se podría considerar a quien presta el servicio como proveedor¹⁰⁶ del producto e imputarle la

¹⁰⁶ **Artículo 146 TRLGDCU. Responsabilidad del proveedor :** *" El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a*

responsabilidad, por lo que sólo responderá en los supuestos en que responde el proveedor, es decir, cuando no identifique el fabricante, o actúe a sabiendas de que el producto era defectuoso.

El fabricante solo se podrá exonerar si prueba que el producto no era defectuoso cuando salió de sus manos, es decir, cuando se pruebe que el daño se produjo por una defectuosa aplicación, por ejemplo: la dosis no fue correcta, se aplicó de forma incorrecta.

En muchas ocasiones, no se puede demostrar con total certeza si el producto era defectuoso, o fue el trabajador quien le dio un uso incorrecto, que fue lo que provocó que fuera defectuoso. Es difícil demostrar que dicho producto se comercializó sabiendo que era defectuoso, pero también es difícil culpar al trabajador cuando realizó las diligencias previstas. Por ello, pienso que salvo casos muy claros, en los que se demuestre que la culpa fue exclusiva del fabricante o del prestador del servicio que utilizó ese producto, la responsabilidad debería ser solidaria.

6.5.1 Responsabilidad solidaria.

El artículo 132 TRLGDCU recoge una regla de responsabilidad solidaria, que regula que *"las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño."* Esta disposición es común tanto para los daños causados por productos y también los causados por servicios.

La finalidad de esta solidaridad es la de facilitar la reclamación de la víctima, que puede dirigirse contra cualquiera de los agentes responsables para obtener íntegramente la indemnización.

sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."

El perjudicado debe acreditar las circunstancias que exige el artículo 139TRLGDCU¹⁰⁷. Cuando no sea clara la contribución de cada uno de los agentes que tiene en cuenta la ley, el perjudicado corre el riesgo, si solo se dirige contra uno de ellos, de que el demandado se exonere por alguna de las causas previstas en el artículo 140 (por ejemplo, se demanda solo al productos de la parte defectuosa y éste acredita que siguió las instrucciones dadas por el fabricante del producto acabado). Respecto a los daños causados por servicios, la responsabilidad es de quien los presta, la ley no dice nada sobre una pluralidad de sujetos que puedan ser responsables, pero cabe que puedan serlo, con arreglo a los criterios legales de imputación, además de coautores, el titular del establecimiento, que es quien presta el servicio y su empleado. Eso sí, no basta con ser un sujeto que interviene en la prestación del servicio, sino que tiene que ser considerado como responsable del daño, que se le pueda imputar la responsabilidad.

En el caso de que el producto sea defectuoso y se suministre en la prestación de un servicio, si la responsabilidad del servicio se puede afirmar con arreglo a los criterios de imputación de los arts. 147 y 148, se puede considerar sujetos responsables solidarios al productor, con arreglo al régimen de responsabilidad por productos del artículo 135 TRLDGDCU¹⁰⁸, y al prestador del servicio con arreglo al régimen de los arts. 147 y ss. Pese a las dudas que puede presentar la solidaridad en estos casos, es lógico pensar que si el que presta el servicio no sólo utiliza un producto que era defectuoso sino que además lo utiliza de forma incorrecta, es normal que responda solidariamente junto con el productor. El producto puede ser defectuoso porque no proporciona a quien lo utiliza en el momento de la prestación del servicio la información

¹⁰⁷ **Artículo 139. Prueba:** "El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."

¹⁰⁸ **Artículo 135. Principio general:** "Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."

adecuada, consecuencia de ello se produce un daño, por lo que tiene que afirmarse que en esta situación también habría solidaridad.

En cambio, si el producto que se utiliza es defectuoso pero quien presta el servicio lo ha adquirido regularmente, pero no ha podido descubrir con una diligencia normal el carácter defectuoso del producto, y además el prestador actuó con arreglo a la *lex artis ad hoc*, no será responsable con arreglo al art. 147 y ss., y tampoco responderá con arreglo al régimen de responsabilidad por productos porque no es ni el productor, ni el suministrador, con lo que en esta situación la responsabilidad sería exclusivamente del productor¹⁰⁹.

6.6 Causas de exoneración.

Las causas típicas de exoneración son: caso fortuito, culpa de la víctima y la fuerza mayor. Tenemos que tener en cuenta, que si el usuario decide asumir un determinado riesgo, y consecuencia de ello sufre un daño, el cual no ha sido causado por un defecto en la seguridad del servicio, no estaríamos ante un supuesto de exoneración, esto es, porque el usuario que ha sufrido el daño ha sido consciente en todo momento de que esa posibilidad existía y aun así ha decidido usar el servicio, así se establece en el artículo 7:101 apartado d) de PETL¹¹⁰ (Por ejemplo: en las montañas rusas golpes en las articulaciones por movimientos bruscos, el cliente es consciente de que por la velocidad puede sufrir golpes, arañazos, pero aún así decide montarse).

Causas de exoneración:

- **La culpa exclusiva de la víctima.** (Hicimos referencia sobre este tema en el apartado 3.2.1 La culpa de la víctima). En relación con las causa de exoneración, estaríamos hablando de que la víctima ha llevado a cabo un comportamiento poco normal, incluso inadecuado, que debido a su

¹⁰⁹ PARRA LUCÁN M.A : "La protección del consumidor...", ob. cit. pp. 169 y ss.

¹¹⁰ En el Título IV Causas de exoneración. Capítulo 7. Causas de exoneración general. El art. 7:101 apartado d) incluye como causa de exoneración el hecho de que la víctima consintiera o asumiera el riesgo de ser dañada.

inusual comportamiento no se podía haber previsto; o que si se hubiera podido prever y además se hubieran tomado las medidas de prevención oportunas, éstas hubieran sido insignificantes por la intensidad de ese comportamiento tan irregular.

- SAP Santander de 28 de Julio de 2003: *"Caso en el que la víctima sufre lesiones por colocar el pie en la puerta del ascensor, que carecía de puertas interiores en el momento del arranque. No se ha acreditado que las lesiones sufridas sean consecuencia del mal funcionamiento del ascensor, o de una avería o defecto interno del mismo. Tampoco se ha demostrado ningún tipo de negligencia o culpa de la empresa propietaria del Hotel, ya que el ascensor estaba en perfecto funcionamiento. Además, hay que tener en cuenta que el actor era un adulto que sabe perfectamente cómo funciona el ascensor y el actor llevaba bastante tiempo residiendo en el hotel donde ocurrió el percance. El demandante informa de que la causa fue colocar su punta del pie sobre la puerta del ascensor en el momento de accionar el botón de bajada, algo que es evidente que no se debe hacer porque supone un uso incorrecto y peligroso del ascensor, para defenderse alegó que se le había quedado pegada la suela de la zapatilla, algo difícilmente de entender cuando estaba solo en el ascensor, con lo que no había problemas de espacio."*

Con este ejemplo, se entiende que en este caso el motivo de las lesiones del demandante es culpa suya, ya que no se demuestra ningún elemento peligroso en lo relativo al funcionamiento del ascensor, pero al hacer un mal uso del mismo se producen estas lesiones. Por tanto, en las situaciones en las que el motivo del incidente sea causado única y exclusivamente por el comportamiento del usuario, es evidente que el prestador del servicio no tenga responsabilidad y se exonere, ya que su actuación es completamente diligente.

- **Fuerza mayor y/o Caso fortuito**, se da cuando se produce una circunstancia extraña de tal modo que al ser imprevisible e inevitable altera el curso causal de los hechos y se termina produciendo un daño que no se esperaba.

El artículo 1105 CC regula que "*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables*". Para el CC se exonera la responsabilidad del deudor en los casos en los que se produzca un supuesto de fuerza mayor o un caso fortuito. Para diferenciar ambos supuestos podemos decir que los hechos que provienen de la naturaleza serían casos fortuitos (por ejemplo: una avalancha en una estación de esquí), mientras que los causados por el hombre serían supuestos de fuerza mayor (por ejemplo: que un esquiador se salga del perímetro de zona esquiabile permitida, y entrara en una zona de aludes, o se fuera a esquiar en una zona no permitida con muchas rocas). Y en relación a la imprevisibilidad del suceso, serían casos fortuitos aquellos que son imprevisibles, y serían fuerza mayor aquellos que son inevitables.

Aún así, se puede concluir que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son expresiones que se pueden considerar como sinónimas, y que se terminan describiendo como hechos o circunstancias que son externas a la voluntad del prestador y termine quedando exonerado de su responsabilidad, por el hecho de ser imprevisibles e inevitables.

Cualquiera de estas causas tiene que ser alegadas y probadas por el demandado, en este caso, el empresario que presta el servicio utilizado¹¹¹.

SAP Murcia, de 6 de Noviembre de 2017: "*Una aseguradora demanda una indemnización con motivo de la pérdida de varios vehículos que estaban siendo transportados en un camión (empresa de transportes). Estos vehículos fueron sustraídos del camión-remolque por terceras personas. En los servicios de transporte de mercancías, el porteador responde por la pérdida de la mercancía desde que la recibe hasta que la entrega, sólo se elude por las causas de exoneración previstas, que es como ocurre en este caso, es decir, el porteador no responderá si prueba que la pérdida ha*

¹¹¹ GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. pp. 125 y 126.

ocurrido por circunstancias que no puedo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir. La empresa demandada demuestra que el conductor no pudo evitar el robo ya que se encontraba durmiendo dentro de la cabina del camión. El conductor aparcó cerca de una gasolinera y un restaurante, en una zona iluminada, en la que había otros camiones, incluso cuando quedó aparcado había dos coches de la Guardia Civil, por lo que puede decirse que no lo hubiera dejado en un lugar inseguro. Además mientras dormía en la cabina tenía las llaves de los vehículos robados, con lo que en condiciones normales se hubiera despertado, el problema fue que le lanzaron un gas por algún orificio que hizo que no se enterase. La Sala coincide con la Juzgadora en que existen elementos para exonerar de responsabilidad al porteador por el robo, con lo que se concluye que el porteador no puede adoptar más medidas para evitar el robo, porque no se le puede obligar a permanecer despierto, ya que tiene la obligación de descansar, y tampoco podía prever que iban a entrar en la cabina y suministrarle un gas que le impidiera cerciorarse del futuro robo."

- **El acto de un tercero** (relacionándolo en servicios deportivos), en determinadas situaciones tiene carácter exoneratorio para el prestador de servicios los daños de naturaleza bilateral que un usuario cause con ocasión de la práctica deportiva a otro usuario. El prestador de servicios no asume una posición de garante de la observancia de las normas de diligencia de los usuarios frente a los demás, ni de los daños fortuitos que como concreción del riesgo inherente a cada actividad deportiva se pueden causar unos a otros¹¹²

STS. Sala de lo Civil de Madrid, de 27 de Septiembre de 2001: " Se trata de un caso en el que se exonera de responsabilidad a la propietaria de un campo de golf por los daños que ha sufrido una usuaria al ser golpeada por otra con el pago, cuando se encontraba detrás de la causante enseñándole a golpear la pelota."

Sólo podría haber responsabilidad del prestador de servicios en relación a los daños de naturaleza bilateral que un usuario cause a otro, si con su actuación hubiera contribuido a aumentar el riesgo de que se produzcan

¹¹² GARCÍA GARNICA M.C y ORTI VALLEJO A. : "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos...", ob. cit. p.923.

este tipo de daños, como si permite mucha saturación de gente en las instalaciones deportivas.

IV. CONCLUSIONES.

Los servicios están presentes en nuestro día a día, tanto en aspecto básicos (la asistencia médica), como en aspectos más "secundarios" (centros de belleza, o actividades de ocio, como parques de atracciones o deportes extremos etc.). Es por ello, que profundizar en su funcionamiento, y más concretamente en la responsabilidad y consecuencias que derivan de una mala prestación es interesante a la par que útil.

Hay tanta variedad de servicios que es comprensible que sea difícil de abarcar, englobar y regularlos de forma correcta y a la primera en un texto. Sin embargo, ya desde el principio aprecié que términos imprescindibles como "seguridad", "riesgo", "seguridad esperable o exigible", "defectuoso" están definidos de manera ambigua, lo que genera una situación de inseguridad jurídica, porque plantea dudas a la hora de acudir al tipo responsabilidad.

Esta falta de interés en definir de manera clara estos conceptos se traslada a su regulación, porque la primera ley relativa a servicios (Ley 26/1984, de 19 julio) englobaba la responsabilidad de productos y servicios dentro de un mismo saco, posteriormente llegó una regulación exclusiva para productos (Ley 22/1996, de 6 julio), y en vez de crear una propia para los servicios (al igual que con los productos) se mantuvo la regulación anterior por descarte, en mi opinión una solución fácil, que da a entender la total despreocupación o desinterés por una creación y mejora de una regulación destinada a los servicios. Todo esto podía haberse solucionado a la hora de redactar la ley que tenemos en la actualidad, sin embargo, no se han solventado las dudas de las regulaciones anteriores y continua teniendo importantes deficiencias, como por ejemplo:

- a) El hecho de que una ley regule la defensa de consumidores y usuarios, y no tenga un concepto legal de servicio, ni de prestador de servicios, pero en cambio sí lo tenga de producto, producto defectuoso, productor, proveedor y empresario, da la sensación que en lo relativo a la prestación de servicio no se ha mostrado mucho interés.

- b) Puesto que el trabajo se centra en los servicios defectuosos, es lógico tratar los posibles daños que se deriven, y en mi opinión tienen gran importancia los daños morales, pero al acudir al texto refundido no se encuentra ningún artículo relativo a esta materia. Si en alguna ocasión se mejora este texto, considero que es un tema que se tiene que incluir, porque en la mayoría de casos se tienen en cuenta los daños morales.

- c) Tras leer las opiniones de juristas y consultar jurisprudencia al respecto, considero que dividir la responsabilidad, entre una general y otra especial más que una función aclaratoria provoca el efecto contrario, la confusión. Es cierto, que abordar el tema de los servicios como se ha dicho es complicado, debido a la gran heterogeneidad que existe. Sin embargo, el hecho de que las dos únicas normas que hay acerca de la responsabilidad sean antagónicas, ya que una defiende la responsabilidad basada en la culpa y la otra se base en imponer la responsabilidad al prestador, independientemente de si su actuación fue diligente o negligente solo por el hecho de causar un daño, en mi opinión crea una constante duda a la hora de resolver los diferentes casos.

- d) También resulta criticable el silencio que se tiene acerca de las causas de exoneración, puesto que hay un artículo que las regula para los productos, sin embargo, no hay nada parecido para las causas de exoneración en los servicios, se termina llegando a unos supuestos en los que es posible la exoneración del prestador (como hemos visto en el trabajo), pero no consta ningún artículo que lo regule de forma concreta.

- e) Otra laguna que también he sentido, es el silencio o la falta de correlación entre los productos y la prestación de un servicio. Da la sensación de que se tratan como materias distintas, sin tener en cuenta que están más unidas de lo que parece, porque no es tan inusual la utilización de un producto a la hora de prestar un servicio, y que de esa prestación se cause un daño, sin saber con certeza el origen del daño,

lo que supone una incertidumbre a la hora de pedir el resarcimiento, y a quién pedirlo.

En mi opinión, estamos ante una ley, que se puede y se debe mejorar, para facilitar la tarea a los jueces a la hora de resolver un caso. Además, da la sensación de que es una situación que está extendida por Europa, debido a la falta de directivas sobre esta materia. Por lo que se podría proponer la búsqueda de una regulación común a nivel europeo, para que al hacerlo de forma conjunta se tengan y comparen distintos puntos de vista, que puedan terminar formando una regulación que acabe con los vacíos actuales.

A pesar de lo dicho, es evidente que hay un avance en la protección de los consumidores en comparación con el pasado, hay reglamentos para determinados servicios, se da más información al usuario de las posibles consecuencias que pueda suponer un servicio, los medios de seguridad son superiores debido al avance tecnológico ya que el empresario busca dotar de unos servicios o actividades seguras para la satisfacción del cliente y así evitar una mala imagen de la empresa durante la ejecución del servicio, que supondría una pérdida de clientes, debido a la competencia empresarial que hay en la actualidad, además de intentar evitar posibles indemnizaciones. Por lo que, con las modificaciones pertinentes en un futuro se podría tener un sistema con mayor aceptación por parte de los jueces y que realmente sea eficaz, solucionando determinados aspectos del sistema actual.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ÁLVAREZ MORENO M.T (2015): "La protección jurídica del consumidor en la contratación general (Normas imperativas y pactos al respecto)", ed. Reus S.A, Madrid.
- ALBALADEJO M. (1989): " Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Vol. 2º. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales", Librería Bosch, Barcelona.
- ALONSO PEREZ M. (2000): "La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la lex artis. Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio", ed. Dykinson, Madrid.
- ARCOS VIEIRA M.L. (2005): "Responsabilidad Civil: Nexo causal e Imputación objetiva en la Jurisprudencia" ed. Aranzadi S.A, Navarra.
- ARCOS VIERA M.L. (2007): " Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente", ed. Aranzadi S.A, Navarra.
- BELADIEZ ROJO M. (1997): "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos", ed. Tecnos. S.A, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (1987): " La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo y Alberto, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, ed. Tecnos, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (1992): " Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 y ss. LCU, en Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", coord., por R. Bercovitz/Salas, ed. Aranzadi, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (2006): "Comentarios al Código Civil" ed, Aranzadi, Navarra.
- BUSTO LAGO J.M. (2011): " La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto", La Coruña.
- CABANILLAS SÁNCHEZ A. (1989): "Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según e ordenamiento español", Estudios sobre consumo, núm. 16
- CAVANILLAS MÚGICA S. (1985): "Responsabilidad civil y protección del consumidor", Palma de Mallorca.

- DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ C. (2006): " Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario", ed. Comares, Granada.
- GARCÍA GARNICA M.C. y ORTI VALLEJO A. (2006): " La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas.", ed. Aranzadi. S.A, Navarra.
- GARCÍA GARNICA M.C. y ORTI VALLEJO A. (2015): "La Responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas.", ed. Aranzadi S.A, Navarra.
- GÓNZALEZ ÓLVIZ M.E. (2007): " Responsabilidad por culpa eligiendo o in vigilando. Responsabilidad del cabeza de familia; responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos menores. Responsabilidad de los centros docentes por los daños de sus alumnos y de los empresarios por los daños causado por sus empleados", ed. Bosch, Barcelona.
- JIMÉNEZ LIÉBANA D. (1998): "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", ed. McGraw-Hill. Interamericana de España, S.A.U, Aravaca, Madrid.
- MORENO DE TORO C. (1999): " La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados", ed. Consejo Económico y Social (CES), Colección de Estudios, Madrid.
- PARRA LUCÁN M.A. (2011): "La protección del consumidor frente a los daños: Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios.", ed. Reus. S.A, Madrid.
- PASQUAU LIAÑO M. (1995): "La noción de defectos a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos", Iniura
- QUINTANA CARLO I. (1987): "La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la CEE)", Actualidad Civil, núm. 13.
- REBOLLO PUIG M. y IZQUIERDO CARRASCO M. (2011): "La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 1/2007", ed. Iustel, Portal Derecho S.A, Madrid.
- REGLERO CAMPOS L.F. (2006): "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, coordinado por Reglero Campos, L. Fernando, Aranzadi, Pamplona

REYES LÓPEZ M.J. (1998): " Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otros supuestos de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (análisis de la ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial.", ed. Práctica de Derecho, S.L, Valencia.

TOMILLO URBINA J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS J. (2010): " La protección jurídica del paciente como consumidor", ed. Aranzadi S.A

Consulta en página web: Legis.pe: ¿Cual es la diferencia entre la responsabilidad civil subjetiva y la objetiva?, <<http://legis.pe/diferencia-responsabilidad-civil-subjetiva-objetiva/>>

VI. LISTA DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

AUDIENCIA PROVINCIAL

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, de 12 de Junio de 2000 (Nº Recurso: 3306/1999)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ, 2916/2001 de 29 de Junio de 2001 (Nº Recurso: 1/2001)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, 313/2001 de 6 de Noviembre de 2001 (Nº Recurso: 480/2000)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, 949/2002 de 28 de Enero de 2002 (Nº Recurso: 814/2001)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA, 263/2002 de 21 de Noviembre de 2002 (Nº Recurso: 343/2002)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA, 533/2002 de 27 de Diciembre de 2002 (Nº Recurso: 652/2002)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER, 264/2003 de 28 de Julio de 2003 (Nº Recurso: 166/2002)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, 122/2005 de 3 de Mayo de 2005 (Nº Recurso: 346/2004)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, 526/2005 de 17 de Noviembre de 2005 (Nº Recurso: 458/2005)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, 363/2006 de 20 de Septiembre de 2006 (Nº Recurso: 295/2006)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, 811/2007, de 14 de Diciembre de 2007 (Nº Recurso: 201/2017)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA, 418/2007 de 21 de Diciembre de 2007 (Nº Recurso: 332/2007)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, 448/2012 de 10 de Diciembre de 2012 (Nº Recurso: 612/2011)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PAMPLONA, 109/2016 de 2 de Marzo de 2016 (Nº Recurso: 465/2015)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, 9248/2015 de 14 de Junio de 2016 (Nº Recurso: 504/2015)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIGO, 496/2017 de 23 de Octubre de 2017 (Nº Recurso: 198/2017)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, 546/2017 de 6 de Noviembre de 2017 (Nº Recurso: 1234/2017)

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, 410/2017 de 28 de Noviembre de 2017 (Nº Recurso: 460/2017)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LOS CONTENCIOSO DE MURCIA, 357/2005 de 3 de Mayo de 2005 (Nº Recurso: 948/2002)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO DE A CORUÑA, 188/2017, de 05 de Abril de 2017 (Nº Recurso:366/2016)

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 697/1997 de 22 de Julio de 1997 (Nº Recurso: 1995/1993)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 101/1998 de 11 de Febrero de 1998 (Nº Recurso: 197/1994)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 766/1999 de 24 de Septiembre de 1999 (Nº Recurso: 3543/1995)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID 661/2000 de 30 de Junio de 2000 (Nº Recurso: 2575/1995)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 1033/2000 de 15 de Noviembre de 2000 (Nº Recurso: 3355/1995)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 139/2001 de 22 de Febrero de 2001 (Nº Recurso: 358/1996)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 859/2001 de 27 de Septiembre de 2001 (Nº Recurso: 645/1996)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 581/2002 de 7 de Junio de 2002 (Nº Recurso: 3834/1996)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 18/2004 de 30 de Enero de 2004 (Nº Recurso: 682/1998)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 225/2004 de 18 Marzo de 2004 (Nº Recurso: 1339/1998)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 1210/2004 de 23 de Diciembre de 2004 (Nº Recurso:3399/1998)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO, de 20 de Junio de 2006 (Nº Recurso: 167/2002)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 1663/2007 de 17 de Diciembre de 2007 (Nº Recurso: 609/2001)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID,720/2008 de 23 de Julio de 2008 (Nº Recurso:1546/2001)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL DE MADRID, 842/2009 de 5 de Enero de 2010 (Nº Recurso: 1609/2005)

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL, 8/2010 20 de Enero de 2010 (Nº Recurso: 2318/2005)

Abreviaturas:

art.: artículo.

CC: Código Civil.

ej: Ejemplo.

etc.: etcétera.

FD : fundamentos de derecho.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LGDCU: Ley 26/1984, General Defensa de Consumidores y Usuarios.

LPD: Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por Productos Defectuosos.

ss.: siguientes.

op. cit.: obra ya citada.

p.: página.

pp.: páginas.

PETL: Principles of European Tort Law, Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad civil.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General Defensa de Consumidores y Usuarios.

RAE: Real Academia Española

Renfe: Red Nacional de Ferrocarriles Españoles

