

## La responsabilidad por los servicios defectuosos: Hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE

**María Ángeles Parra Lucan**

Profesora de Derecho Civil

I. El Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre la responsabilidad por los servicios defectuosos: Introducción  
La Comisión de las Comunidades Europeas presentó, el pasado mes de noviembre, un Anteproyecto de Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad por los daños producidos con ocasión de la prestación de servicios (1). La culminación de este texto en Directiva del Consejo constituiría, desde luego, un paso importante en la obtención de un nivel elevado de protección de los consumidores (2) así como para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como consecuencia de la armonización de las reglas de los distintos Estados comunitarios (3).

Ahora bien, cabe presumir que la aproximación de las disposiciones legislativas, administrativas y reglamentarias de los Estados miembros en materia de responsabilidad por el daño causado por los servicios defectuosos no va a ser tarea fácil. Fundamentalmente porque la gran diversidad de servicios existentes en el mercado, prestados al amparo de contratos de distinta naturaleza, puede hacer dudar de la oportunidad de extender a todos ellos un régimen uniforme de responsabilidad. Así, junto a los servicios en los que nace una obligación de resultado en el plano de la seguridad (por ejemplo, en el transporte de personas) la obligación que surge en otras ocasiones suele ser calificada únicamente como de medios (el médico, se dice, no tiene la obligación de curar, sino de adoptar los medios necesarios para ello) (4).

(1) Avant-Projet de Proposition de Directive sur la responsabilité du fait des services defectueux. Doc. SER-8-11: XI/403/89. Bruxelles, 8-XI-1989.

(2) Desiderátum recogido en el artículo 100.A.3 del Tratado de Roma tras la reforma por el Acta Única Europea, en vigor el 1-VII-1987.

(3) Sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la Comunidad, ver los artículos 52 y ss. del Tratado de Roma.

A estos efectos, conviene llamar la atención sobre el dato de que ni siquiera en la experiencia estadounidense, tan rica y progresista en materia de product liability, se ha llegado a admitir una strict liability para la actividad de los profesionales y la prestación de servicios en general (5).

Con todo, es cierto, sin embargo, que posiblemente no se repita en esta ocasión el largo y difícil itinerario recorrido para la elaboración de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos (6). De una parte, porque con la aprobación de aquélla quedaron zanjados algunos obstáculos, como por ejemplo la discusión acerca de la incidencia real de la diversidad de legislaciones sobre responsabilidad en el funcionamiento del mercado común (7). De otra, porque el régimen de responsabilidad establecido para los productores abre una vía y constituye un precedente del que la Comunidad no puede prescindir. Pero, finalmente, y sobre todo, la adopción de la Directiva en materia de responsabilidad por los servicios puede venir agilizada por las reformas de tipo procedimental introducidas por el Acta Única con el fin de asegurar la realización del mercado interior antes de 1992 y, en concreto, con la sustitución de la unanimidad por la mayoría cualificada para las medidas a que se refiere el artículo 100 A del Tratado de Roma (8).

Circunstancia esta última que, a mi juicio, no impedirá la adopción de soluciones de compromiso —todavía no reflejadas, como veremos, en los trabajos iniciales de la propuesta—, si bien podría tener consecuencias negativas en los ordenamientos que ofrecen mayores cotas de protección al consumidor (9).

(4) Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho civil patrimonial. I, Madrid, reimp. 1979, pág. 442; Sancho Rebullida en Lacruz, Elementos de Derecho civil, II, 1, 2 ed., Barcelona, 1985, pág. 80.

(5) Con cita abundante de jurisprudencia puede verse W. J. Condón, Product Liability-1977, en Food, Drug, Cosmetic L. J., July 1978, pág. 319; E. V. Apel, Jr., Strict liability: recovery of «economic» loss, en Idaho L. R., 13, 1976, pág. 35, notas 52 a 54; Prosser-Keeton, The Law of Torts, 5ed., St. Paul, Minn., 1984, con actualización hasta 1988, pág. 719.

(6) Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio. DOCE, núm. L-210, de 7-VIII-1985. Aun cuando la Primera propuesta de la Comisión al Consejo es de 1976 (DOCE, núm. C-241, de 14-X-1976) ya en 1974 la DG XI había elaborado un Memorándum sobre la materia (Doc. II/332/74-F).

(7) Contra, UNICE, Commentaires du Groupe de travail «Responsabilité». Avant-Projet de Proposition de Directive sur la responsabilité du fait des services presentant un défaut de sécurité. Bruxelles, 2-XI-1989. 22/3/23. En este documento se expresan dudas sobre la oportunidad y necesidad de una Directiva sobre esta materia.

(8) Medidas relativas a la aproximación de disposiciones de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento de mercado interior.

Por lo que se refiere a la protección del consumidor, el Anteproyecto introduce un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios que aparece, en principio, como sencillo y satisfactorio. Se establece un régimen de responsabilidad objetiva cuyo fundamento es el carácter defectuoso del servicio (art. 1). No se exige la prueba de culpa por parte del prestador del servicio. Basta con que el perjudicado pruebe el daño, el defecto del servicio —que, en ciertas circunstancias, se presume— y la verosimilitud del nexo causal entre el defecto y el daño (art. 6). El problema será, en cada caso, precisar el amplio y a la vez ambiguo concepto de seguridad, que cabe legítimamente esperar (art. 5).

Además, este régimen de responsabilidad es imperativo, ya que no se admiten las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad establecida en el texto (art. 8).

El texto del Anteproyecto, inspirado en la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985 de responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos resulta sin embargo, en su redacción actual, más protectora de los intereses de los consumidores que aquélla. No sólo porque en la definición de defecto omite importantes precisiones que aparecen en la Directiva 85/374, o porque presume en determinadas circunstancias el defecto del servicio o porque no exige la prueba cierta de la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Además, no se incluye expresamente la posibilidad de que los Estados introduzcan la no responsabilidad cuando el defecto del servicio sea debido a un llamado «riesgo de desarrollo (10)», a diferencia de lo que sucede en la Directiva sobre responsabilidad por productos. A ello hay que añadir que el texto del Anteproyecto no excluye los daños causados por un profesional a los bienes de otro profesional, ni las pérdidas materiales que de ahí se deriven (art. 4).

(9) En efecto, aunque el artículo 100.A.5 del Tratado de Roma permite a los Estados introducir excepciones provisionales a las medidas de armonización entre otras razones para la protección de la salud y la vida de las personas, tal posibilidad ha sido interpretada restrictivamente por el Tribunal de Justicia de la CEE en relación al artículo 36 del Tratado, a partir de la decisión *Cassis de Dijon* (V. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Selección, Madrid, 1984, pág.443).

(10) Es decir, cuando los conocimientos técnicos y científicos del momento en que es prestado el servicio no permitan calificarlo como defectuoso.

Finalmente, a diferencia de la Directiva de responsabilidades por productos, el Anteproyecto de responsabilidades por servicios defectuosos, ni establece una franquicia para los daños a los bienes, ni permite a los Estados adoptar un límite global al montante de la indemnización en relación a los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por servicios que presenten el mismo defecto.

El texto del Anteproyecto, que extiende la protección a todas las víctimas de un servicio defectuoso, con independencia de que lo hayan contratado o no, limita por otra parte su ámbito de aplicación a los daños a la salud e integridad física de las personas y a sus bienes (art. 4). No se trata, pues, en principio, de garantizar la prestación satisfactoria de los servicios. Afirmando, que no obstante, puede quedar desmentida con la inclusión de los daños ocasionados al propio objeto de la prestación.

Por otra parte, el Anteproyecto, aun manteniendo un concepto amplio de servicio (que comprende, incluso, los servicios públicos —art. 2—) se muestra reticente a la aplicación sin reservas del régimen de responsabilidad objetiva a la asistencia médica. No obstante, la posibilidad, razonable a mi juicio, de que cada Estado miembro excluya los cuidados médicos del ámbito de la futura Directiva no se extiende a la responsabilidad que en cada caso pueda surgir a cargo del centro asistencial como consecuencia de los daños originados en el alojamiento o cuidados.

Los Estados, que por la propia naturaleza de la Directiva (art. 189 del Tratado de Roma) serían los destinatarios de la misma, vendrían obligados, de llegar a convertirse en definitivo el texto comentado, a adaptar su Derecho nacional dentro de los tres años siguientes a su notificación (arts. 13 y 14 del Anteproyecto). Pero este régimen de responsabilidad no se aplicaría a los servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor de tales disposiciones de adaptación (art. 12).

A diferencia de lo que sucede en otras Directiva de protección del consumidor (11), el Anteproyecto no afirma expresamente el derecho de la víctima a ejercitar las acciones que pudieran corresponderle en base al Derecho de responsabilidad existente en cada Estado en el momento de la notificación de la Directiva. Resulta

discutible, sin embargo, la afirmación de que se pretende derogar las reglas nacionales de responsabilidad contractual o extracontractual.

Más problemático sería en cambio calificar, en ausencia de una disposición expresa, al texto del Anteproyecto como de «mínimos», en el sentido de que permita a los Estados adaptar, separándose del objetivo de la armonización, disposiciones más favorables a las víctimas.

Curiosamente, el texto del Anteproyecto sólo deja a salvo la aplicación de la Directiva 89/391 de 12 de junio (12) sobre mejora de la salud y la seguridad de los trabajadores en el trabajo. No se comprende cómo, teniendo un ámbito de aplicación diferente —la Directiva 89/391 tiene por objeto la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores— podría la directiva de responsabilidad por los servicios afectar su aplicación.

II. El Anteproyecto de propuesta de Directiva de responsabilidad por los servicios defectuosos y la Directiva 85/374, 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

La protección del consumidor contra las consecuencias dañosas de los servicios defectuosos aparecía ya como una aspiración de la política comunitaria en el Programa Preliminar de 14 de abril de 1975 de forma conjunta a la seguridad y responsabilidad por los productos defectuosos (13).

(11) Así en la de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos.

(12) Directiva 89/391, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, DOCE, núm. C-141, de 30-V-1989.

(13) JOCE núm. C-92, de 25-IV-1975. En este punto, el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores recogía fielmente el apartado A (a) de la Carta del Consejo de Europa sobre protección del consumidor (Res. 543/1973).

Los representantes de los consumidores en la Comunidad, sobre la base de que al consumidor dañado poco le importa que la causa de su perjuicio sea un producto o un servicio, mantuvieron desde un principio la necesidad de que la Directiva de responsabilidad por los productos defectuosos fuera aplicable también a los servicios (14).

Pues bien, aunque no existe inconveniente en considerar a los destinatarios de servicios como consumidores, la diversidad entre el contenido y la propia naturaleza de los servicios impide una regulación conjunta de los daños por productos y por servicios (15). Parece, incluso, que la solución no puede ser siquiera unitaria con carácter general para todos los servicios ofrecidos en el mercado a los consumidores sino que, por el contrario, deben buscarse soluciones parciales atendiendo en cada caso a la naturaleza del servicio prestado (16).

No obstante, y pese a la constatación de estas dificultades, desde hace algún tiempo, se ha empezado a hablar de la conveniencia de aplicar a los servicios los principios de la responsabilidad civil por los productos (17).

Desde esta perspectiva, el Anteproyecto de propuesta de responsabilidad por los daños ocasionados por los servicios defectuosos pretende, precisamente, extender los principios y reglas de la Directiva 85/374 a los servicios. Así se desprende de la lectura de ambos textos, inspirados fundamentalmente en la idea de responsabilidad por el defecto. Aunque, como ha quedado apuntado más arriba, la redacción actual del Anteproyecto supera con diferencia la protección dispensada al consumidor en la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos.

(14) European Consumer Law Group, *Rapports et avis*, (septembre 1977-mars 1984), Bruylant, 1984, pág. 70.

(15) Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, París, 1985, pág. 84.

(16) Quintana Cario, *La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en EC, noviembre 1987, pág. 60.

(17) P. Gode, *Dictionnaire juridique. Consommation*. París, 1983, pág. 261. Se utiliza incluso por algún estudioso de la materia, y por los propios autores del Anteproyecto de propuesta de Directiva que ahora nos ocupa, la expresión «responsabilité du fait de services», Así, por ejemplo, Bourgoignie, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, 1986, pág. 298.

Resulta impensable la posibilidad de alcanzar una regulación para la responsabilidad derivada de la prestación de servicios que contemple de la misma forma el deterioro en una tintorería en una prenda de vestir, el retraso en un contrato de transporte, la extirpación del aparato genital durante una operación de apéndice o la cesión de un programa de ordenador deficiente.

Pero, quizá sea en relación a los daños ocasionados a la persona y bienes del consumidor (distintos de la propia cosa objeto de la prestación del servicio) donde el tratamiento de la responsabilidad derivada de los distintos servicios no resulte imposible.

En efecto, aunque la tarea no estaría exenta de dificultades, la protección del consumidor contra los servicios que ofrezcan riesgos contra su salud y su seguridad parecería permitir la aplicación con carácter general no sólo de reglas más estrictas de responsabilidad, sino incluso de reglas uniformes.

Expuestas estas cautelas, la aplicación a los servicios de los principios de la responsabilidad civil por productos encontraría además un nuevo problema. El de delimitar con precisión el ámbito de protección de los dos regímenes de responsabilidad. Las dudas pueden suscitarse en relación a los servicios que causan un daño por el carácter defectuoso de cierto producto. Cabe pensar, de una parte, en los supuestos en que la ejecución de un servicio lleva consigo la entrega de un bien: así, por ejemplo, en el alquiler de vehículos. De otra parte, la prestación de un servicio, aun no teniendo como objeto la entrega de un bien al consumidor puede ocasionarle daños como consecuencia del carácter defectuoso de un producto: así, por ejemplo, el producto farmacéutico utilizado por el médico en una clínica, o los alimentos utilizados en un restaurante para servir las comidas, o el cosmético aplicado al cliente en un salón de belleza.

De una parte, la Directiva 85/374 sobre daños causados por productos defectuosos prevee la responsabilidad del suministrador cuando el productor no puede ser identificado (art. 3). Parece lógico entender que el suministrador es toda persona, vendedor o no, que pone en manos del consumidor el producto defectuoso. De este modo, aunque los servicios están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de 25 de julio de 1985 por esta vía pueden quedar incluidas prestaciones de servicios cuyo objeto sea la entrega de un producto (18)

Ciertamente, que el Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los servicios defectuosos, tratando de precisar su ámbito de protección excluye de la noción de servicio los que tengan «por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes o la transmisión de derechos reales o intelectuales» (art. 2).

El comentario de los autores del Anteproyecto a esta previsión (19) parece entender que debe prescindirse en la Directiva de servicios de todos aquellos en los que se entrega un producto, por estar ya sometidos a la Directiva de 25 de julio de 1985 (alquiler de una televisión que explota, o de un vehículo cuyos frenos no funcionan), No parece en cambio que haya inconveniente en incluir la hipótesis en que el daño lo cause un bien de consumo integrado en la prestación del servicio (comidas y bebidas de bares y restaurantes, tinte para el cabello aplicado en una peluquería...) (20).

Pues bien, en primer lugar, sería discutible la tesis que parece subyacer a esta posible exclusión: la de que la entrega de un producto defectuoso suministrado a la víctima como objeto de la prestación de un servicio no es, además, prestación de un servicio defectuoso. A esta observación hay que añadir, de otra parte, que el régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374 no es del todo satisfactorio en estos casos. Porque, en efecto, el suministrador deja de ser considerado como productor a efectos de responsabilidad en cuanto informa al perjudicado de la identidad del productor o de quien le suministró el producto. Puede ocurrir de este modo que, excluida de acuerdo con el artículo 3.3 de la Directiva la responsabilidad del suministrador, el productor se exonere de responsabilidad demostrando, por ejemplo, que fue aquél el causante del defecto del producto al tenerlo almacenado en malas condiciones, o al no efectuar las debidas reparaciones (21).

(18) Contra Fallón, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, 1982, pág. 147.

(19) *Avant-Projet. Commentaires par article. Doc. CO-8-11: XI/404/89. Bruxelles, 8-XI-1989.*

(20) Así parecían entenderlo los autores del anterior proyecto de propuesta de Directiva sobre esta materia que, en el comentario a la noción de defecto (art. 6) afirmaban que pertenecen fundamentalmente a la esfera del riesgo que controla quien presta el servicio los bienes «medios de la prestación del servicio». V. *Projet de proposition de directive sur la responsabilité du fail de services presentant un défaut de sécurité*, 27-11-1989. B88-89-5 y *Commentaires par article. B90-89-5.*

Por todo ello, quizá pudiera ser conveniente no negar, sin más, la responsabilidad del suministrador de un producto defectuoso con ocasión de la prestación de un servicio. La futura Directiva de responsabilidad por los servicios podría venir a completar así una de las deficiencias que ofrece la Directiva 85/374.

¿Qué sucede cuando el objeto de la prestación es un inmueble? No cabe duda de que el Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los servicios defectuosos pretende incluir en su ámbito de aplicación los daños ocasionados por los inmuebles. En efecto, aunque también en esta ocasión cabría afirmar, de acuerdo con lo expuesto más arriba, que la proyección, construcción y posterior entrega de un inmueble no

debe considerarse como prestación de un servicio a los efectos de responsabilidad (art. 2), el artículo 9 del Anteproyecto declara la solidaridad de todos los que intervengan en el proceso de construcción.

Probablemente la razón por la que se pretende incluir en este ámbito los inmuebles es que la Directiva 85/374 expresamente los excluye en su artículo 2. Pero, sin embargo, sí están incluidos los daños causados por bienes muebles incorporados a inmuebles.

El resultado así alcanzado parece ser la existencia de un doble sistema de responsabilidad a nivel comunitario para los inmuebles. De una parte, la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos para los daños que resulten del carácter defectuoso de los «materiales» de construcción (22). De otra, la (futura) Directiva de responsabilidad por los servicios defectuosos para los daños que resulten de la proyección errónea o de la actividad de construcción del inmueble.

El programa de delimitación del ámbito de aplicación entre uno y otro texto no se plantea, en cambio, cuando el daño al consumidor esté causado, en última instancia, por el carácter defectuoso de un producto (o, incluso, de un servicio) del que se sirve el prestador del servicio .

(21) El artículo 7.b de la Directiva 85/374 libera al productor de responsabilidad si prueba que «teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación».

(22) Department of Trade and Industry del Reino Unido, Implementation of E.C. Directive on Product Liability. An explanatory and consultative note, 1986, pág. 11.

Así, por ejemplo, el despeñamiento del autobús en el que resulta lesionada la víctima se debe a un fallo en la dirección del vehículo; o el útil quirúrgico que falló durante la operación estaba mal construido o diseñado. En tales hipótesis el daño pertenece a la esfera de riesgo de la actividad de quien suministra el servicio al consumidor, sin perjuicio de la acción que le pudiera corresponder contra el fabricante o suministrador del producto o servicio defectuoso.

Por otra parte, los autores de la Directiva deberían quizá reflexionar sobre los daños que pudieran originarse con ocasión del suministro de gas, electricidad u otras formas de energía. El suministro de energía puede considerarse como un contrato atípico al que deben aplicarse combinadamente normas de distintos contratos (compraventa, arrendamiento de cosas y de servicios) (23) y, en ciertos aspectos, las normas de las cosas corporales (24).

De lo que se trata por tanto es de saber si los daños causados a los usuarios como consecuencia de la interrupción o de las irregularidades en el suministro estarán sometidas a las reglas de responsabilidad por productos o a las de responsabilidad por servicios defectuosos (25).

La cuestión viene en parte resuelta por el artículo 2 de la Directiva 85/374, según el cual por producto se entiende también la electricidad. Surge entonces la duda, no resuelta por el Anteproyecto de propuesta de directiva, de si el suministro de otras formas de energía distintas de la eléctrica habrá de considerarse como prestación de servicios o no.

(23) A. Blanco, Curso de obligación y contratos, tomo III, La Haba na, 1943, pág. 62 y ss.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II, 12 ed., München, 1981, págs. 433-434.

(24) Lacruz, Elementos de derecho civil, I, 3, Barcelona, 1989, pág. 15.

(25) El tema se ha planteado en la jurisprudencia norteamericana, donde sólo se aplica la strict liability a los productos. En el Ordenamiento español, el RD de 18-VII-1984 sobre suministro de energía eléctrica se remite en estos casos a las «acciones civiles correspondientes». Para el Derecho alemán el 1-IV-1980 entró en vigor un sistema de responsabilidad sin culpa por daños a la salud, lesiones corporales o muerte causadas a los usuarios por las empresas de gas y electricidad (Micklitz-Reich, Consumer Legislation in the Federal Republic of Germany, Wokingham/Berkshire, 1981, pág. 233).

III. El Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

La adaptación, en su caso, del ordenamiento jurídico español a una Directiva sobre responsabilidad por los daños ocasionados por los servicios defectuosos no supondría, al menos en teoría, una modificación radical de los principios inspiradores de la Ley 26/1984.

Nuestra Ley de consumidores y usuarios identifica con carácter general al consumidor y usuario con el destinatario final de «bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones» (art. 1.2) (26). Establece, además, el principio de que los productos y servicios puestos en el mercado a disposición de los

consumidores y usuarios no implicarán riesgos para su salud o seguridad (art. 3) y, sobre todo, regula de forma conjunta en el Capítulo VIII la responsabilidad por los daños causados por los productos y los servicios.

Sin embargo, la lectura de los artículos 25 y ss. de la Ley 26/1984 pone de relieve que el sistema de responsabilidad previsto en el Capítulo VIII contempla, fundamentalmente, la responsabilidad por productos y, en consecuencia, no es de fácil aplicación a los supuestos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios (27). Además, su confusa y deficiente redacción hace compleja su interpretación.

El Capítulo VIII de la Ley 26/1984, de modo similar al Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por servicios defectuosos, se limita a establecer la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por la utilización de un servicio. No se busca, en cambio, satisfacer las expectativas contractuales, el interés de la prestación del consumidor (28).

(26) La ley 26/1984 utiliza a lo largo de todo su articulado esta confusa y variada terminología lo que, sin embargo, no debe impedir al intérprete tratar de establecer el significado general que se desprende de los distintos preceptos de la Ley. En este sentido, Quintana Cario, cit., pág. 51.

(27) Para una crítica de la regulación de los servicios en el capítulo VIII de la Ley 26/1984, Quintana Cario, cit., especialmente, págs. 55 y 59.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el proyecto comunitario, la Ley española no contiene un régimen unitario de responsabilidad. Pero la introducción de un doble régimen de responsabilidad en la Ley 26/1984 no atiende, como hubiera sido deseable, a la naturaleza de las obligaciones que, en cada caso, según el tipo de servicio de que se trate, pueda asumir quien lo presta.

La Ley 26/1984 establece, en primer lugar, un régimen general de responsabilidad (art. 26) que coincide, básicamente, con la interpretación jurisprudencial del artículo 1.902 del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual: responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba. Junto a esta regla general, el artículo 28 de la Ley contiene una regla especial, según la cual el suministrador responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios «cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario». En todo caso, añade la Ley, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad «los servicios sanitarios, de gas y electricidad».

Sin entrar a analizar la difícil interpretación de cuáles son los servicios que necesariamente incluyen la garantía de determinado nivel de seguridad, pureza..., y que pueden obstaculizar la aplicación del régimen previsto, conviene advertir que nuestra jurisprudencia hoy no aplica la responsabilidad objetiva del artículo 28 ni siquiera a los servicios sanitarios, expresamente mencionados en el precepto (29).

(28) Esta diferenciación entre lo que constituye reclamación por la prestación defectuosa de un servicio y reclamación por los daños que se produzcan como consecuencia de ella ha sido observada en nuestro ordenamiento por Casas Valles en relación al RD de 10-1-1986 (BOE de 16 de julio) sobre actividad industrial y prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos. Según este autor [La ejecución de obra sobre vehículos, en EC, núm. 10, págs. 100 y 101] el RD regula las cuestiones relativas a las reparaciones de vehículos y otras obras. Sin embargo, los daños originados por la cosa como consecuencia de la reparación defectuosa son reclamables al amparo de los artículos 25 y ss. de la Ley 26/1984. Lo mismo podría decirse en relación a los servicios de reparación de aparatos de uso doméstico, regulados por el RD de 29-1-1988 (BOE de 3 de febrero). (29) V. por ejemplo, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13-VII-1987 (P.: Sr. Santos Briz), 16-XII-1987 (P.: Sr. Martín-Granizo Fernández), 12-11-1988 (P.: Sr. Latour Brotons), 29-IV-1988 (P.: Sr. Albácar López), 22-VI-1988 (P.: Sr. Bárcaia Trillo-Figueroa), 12-VII-1988 (P.: Sr. Serena Velloso).

Cabría argumentar, a fin de ampliar en relación a los servicios el ámbito de aplicación del artículo 28 de la Ley, que también quedarán incluidos en él aquellos servicios en que el empresario pone a disposición del cliente alguno de los productos que «en todo caso» se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad. Así, por ejemplo, el alquiler de vehículos de motor, los contratos de transporte, los servicios de restauración, la instalación y reparación de ascensores, los servicios prestados en salones de belleza, peluquería y masaje...

Con todo, el régimen de responsabilidad previsto en la redacción actual del texto del Anteproyecto de propuesta de Directiva resulta más beneficioso a la víctima, especialmente por el sistema de presunciones de defecto que adopta. A ello hay que añadir que el artículo 28 establece un límite al quantum de la indemnización para las responsabilidades derivadas de este régimen en quinientos millones de pesetas, lo cual puede suponer un

grave inconveniente en la protección del consumidor aplicado a servicios como el de gas o electricidad a una población.

Existen, además, otras diferencias entre el texto del Anteproyecto y la Ley 26/1984. Esta última, de acuerdo con la noción de consumidor y usuario de su artículo 1, no protege al profesional de los daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio, a diferencia de lo que sucede en la redacción actual del texto del Anteproyecto de propuesta de Directiva que, como veremos, no tiene en cuenta la condición de la víctima.

En cambio, la Ley 26/1984 no limita la responsabilidad a plazo alguno, en contra de lo previsto en el artículo 10 del Anteproyecto que, junto a un plazo de prescripción, adopta un plazo de extinción de la responsabilidad a partir del momento de la prestación del servicio.

#### IV. El régimen de responsabilidad en el Anteproyecto de propuesta de Directiva

##### 1. Delimitación objetiva

###### A) El concepto de servicio

El artículo 2 del Anteproyecto de propuesta de Directiva establece que, para la aplicación de la misma, el término servicio «designa toda prestación realizada a título profesional o de servicio público y de manera independiente, a título oneroso o no, que no tenga como objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes o la cesión de derechos reales o intelectuales» (30).

La definición de servicio es, en principio, muy amplia, pues comprende las distintas ramas de actividades y profesiones del sector terciario que, de una manera u otra, tienden a satisfacer las necesidades más diversas de los consumidores. Hay que contar, sin embargo, con algunas limitaciones.

En primer lugar, el Anteproyecto exige que quien preste el servicio no esté vinculado con el destinatario del mismo por una relación laboral. Es decir, la actividad la presta una persona, por supuesto distinta del propio usuario, pero de modo «independiente», al margen de una relación de dependencia o subordinación (31). Se da, pues, la nota de ajenidad, pero falta la de dependencia, que sometería la relación de servicio al ámbito del Derecho del trabajo.

El Anteproyecto recoge la posibilidad de que la prestación se realice a «título oneroso o no». La interpretación literal del precepto supondría que quedarían incluidos en el futuro régimen de la Directiva los daños ocasionados en la prestación gratuita o a título de amistad de ciertos servicios.

Tal interpretación resulta sin embargo sorprendente, sobre todo si se piensa que la razón de ser de un régimen especial de responsabilidad por los servicios defectuosos —en el que incluso se llega a presumir el defecto y su relación causal con el daño sufrido— es proteger al consumidor frente a quien, al actuar profesionalmente, se encuentra en una situación de desigualdad real (32).

No obstante, esta exigencia de que la prestación del servicio se realice en el marco de una actividad profesional se confirma en el propio artículo 2 del Anteproyecto.

(30) La traducción es mía.

(31) En la doctrina ponen de relieve la necesidad de esta nota en la definición del concepto de servicio, Bourgoignie, op. cit., pág. 58; Quintana Cario, op. cit., pág. 51.

(32) N. Reich, Mercado y Derecho. Teoría y praxis del Derecho económico en la República Federal Alemana, traducido y anotado por A. Font, Barcelona, 1985, págs. 170 a 175; Calais-Auloy, Droit de la consommation, 2ed., París, 1985, pág. 5 yss.; Bourgoignie, cit., pág. 41.

Según la redacción actual de este precepto, «servicio» designa a toda prestación «realizada a título profesional o de servicio público». Además, el artículo 3 del mismo texto identifica al sujeto responsable con quien «en el marco de sus actividades profesionales o de servicios públicos» presta un servicio.

A la vista de este dato, y dejando a un lado los problemas que plantea la inclusión de los servicios públicos en el régimen de la Directiva, puede afirmarse, por lo que aquí nos interesa ahora, que la intención de los autores del Anteproyecto no es la de aplicar la futura regulación a las prestaciones realizadas a título de amistad (el amigo o pariente «manitas» que nos arregla un electrodoméstico o el coche), cortesía o simple benevolencia (transporte del autoestopista). Ello no equivale a considerar que tales personas están libres de toda responsabilidad si su conducta imprudente o dolosa causa un daño. Pero tal responsabilidad se regulará por las normas de los artículos 1.902 y ss. del Código Civil.

¿Significa esto que siempre quedarían sometidas a la Directiva de responsabilidad por servicios las prestaciones de servicios realizadas por un profesional, aun cuando sean a título gratuito? Aun cuando es

discutible, parece razonable considerar que lo que se pretende es aplicar el régimen del Anteproyecto a quien, en el marco de su actividad profesional, presta un servicio, aunque no a cambio de un precio, pero sí con fines económicos, es decir, gratuito pero interesado. Por ejemplo si, a modo de publicidad, un garaje realiza ciertas reparaciones gratuitas, o no se cobran en un salón de belleza ciertas prestaciones, o se sortea un viaje, o se pone a disposición de quienes asisten a determinados espectáculos autobuses gratuitos. Incluso, tratándose de servicios públicos cabe pensar en las hipótesis en que el usuario no debe abonar una cantidad para su disfrute. La definición del artículo 2 del Anteproyecto, que no es idéntica a la contenida en el artículo 60 del Tratado de Roma (34), sí que pretende dejar en claro, en la línea de las definiciones doctrinales sobre esta materia (35), la diferencia entre la prestación de un servicio y la transmisión de derechos sobre un bien o producto. Con ello lo que se persigue, fundamentalmente, es distinguir los servicios de los productos (en sentido amplio), así como el ámbito de aplicación de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos del de la futura Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos.

De esta forma no se pretende excluir sólo los contratos de compraventa, sino también los contratos de obra en que se encarga la fabricación, construcción de una cosa (una vivienda, un traje, una máquina, un proyecto o un programa de ordenador) (36). No, en cambio, aquellos contratos de obra que supongan la modificación de una cosa (reparación de un electrodoméstico) o que consistan en cualquier otro resultado producto de la actividad humana (arreglo de la nariz por operación de cirugía estética).

Pero el que la prestación no tenga como objeto «directo y exclusivo» la elaboración y/o cesión de bienes no impide, de una parte, considerar como servicios a efectos de la directiva los que, junto a la elaboración o entrega de un bien conlleven prestaciones conexas. O, tampoco, las prestaciones a las que se acompañe, de modo accesorio, la transmisión de un derecho sobre una cosa (37). No parece, pues, que haya inconveniente en incluir en el ámbito de la Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos servicios como el de hospedaje, en el que el hotelero, junto al alojamiento que supone el uso y disfrute de una habitación, ofrece otros servicios (limpieza de la misma, cambio de ropa, alimentación...); o las de alquiler de vehículos, o las de reparación del electrodoméstico en el que se inserta una pieza de recambio...

Esta interpretación, además de ser compatible con el tenor del artículo 2 del Anteproyecto, integraría, como ha quedado apuntado más arriba, el régimen de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos que, por el juego de las reglas sobre determinación de los sujetos responsables, puede dejar a la víctima desprotegida en múltiples ocasiones.

(33) Según el artículo 7.c) de la Directiva 85/374 el productor queda exonerado de responsabilidad si prueba que «no fabricó al producto para venderlo o distribuirlo de forma alguna con fines económicos».

(34) Según este precepto se consideran como servicios "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. La expresión «servicios» comprenderá, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de los profesionales liberales".

(35) Savatier, *La vente de services*, D. 1971, chr, 223; Calais-Autoy, *Droit de la consommation*, pág. 185; Bourgoignie, *op. cit.*, pág. 58; Quintana Cario, *op. cit.*, pág. 51.

(36) Esta exclusión queda sin embargo desmentida en el propio Anteproyecto para los contratos cuyo objeto es la proyección, construcción y reparación de un inmueble en los artículos 9 (que establece la solidaridad de los distintos sujetos responsables) y 11 (que establece el plazo de extinción de la responsabilidad).

(37) En este sentido, Bourgoignie, *op. y loe. últ. cit. Contra*, parece, *Avant-Projet. Commentaires parátele*, cit., pág. 3.

Otra limitación al concepto de servicios recogido en el artículo 2 del Anteproyecto deriva de la delimitación del daño indemnizable contenida en el artículo 4. Porque si, como veremos más adelante, no se trata de indemnizar el valor de la prestación no realizada o realizada defectuosamente, sino los daños a la salud e integridad física, así como los daños a otros bienes (pérdida o destrucción de cosas), habrá servicios que difícilmente darán lugar a la aplicación del régimen de la futura Directiva. Así, por ejemplo, los servicios bancarios, los seguros o los asesoramientos financieros.

Pero, además, el propio artículo 2 del Anteproyecto establece, en sus párrafos 2 y 3, condiciones especiales para la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de dos servicios: Los transportes internacionales y los cuidados médicos.

## B) Los transportes internacionales

Según el párrafo 2 del artículo 2 del Anteproyecto, la Directiva se aplica a los transportes internacionales cuando las Convenciones Internacionales sobre la materia que ofrezcan, al menos, igual grado de protección, no son aplicables en el correspondiente Estado miembro. Dicho en otros términos, los transportes internacionales quedan excluidos del campo de aplicación de la Directiva si las citadas Convenciones Internacionales son de aplicación.

Por «transporte internacional» hay que entender, a la vista de la mayoría de los Convenios Internacionales de Derecho privado actualmente en vigor, todo transporte en el que, de acuerdo con el contrato de transporte, el lugar de partida y el lugar de destino, están situados en dos Estados diferentes o en un mismo Estado si con arreglo al contrato de transporte o al itinerario programado se pasa o hay un punto de escala intermedio en otro Estado, con independencia de la vía o medio a través del cual se realice el transporte.

La exclusión de los transportes internacionales del ámbito de la Directiva de responsabilidad por servicios, que no aparecía en la redacción anterior del Anteproyecto de propuesta (38), resulta lógica, a mi juicio, si se piensa en la existencia de Convenios que, a nivel internacional, contienen normas sobre responsabilidad por daños en el transporte.

El esfuerzo unificador en materia es el resultado, sobre todo, del deseo de zanjar los problemas de conflictos de leyes y de jurisdicciones planteados como consecuencia del carácter eminentemente internacional del tráfico marítimo y de la navegación aérea.

Pero el Anteproyecto de Directiva condiciona la exclusión del transporte internacional de la Directiva de responsabilidad por servicios a dos circunstancias. De una parte, es preciso que el Convenio Internacional sobre responsabilidad por daños causados en el transporte sea de aplicación en el correspondiente Estado miembro de la CEE, de forma tal que, en el caso concreto que se plantea ante los tribunales, dicho Convenio resulte de aplicación. Pero, además, y en segundo lugar, el Anteproyecto de propuesta de Directiva exige que la protección dispensada a la víctima por el Convenio resulte igual o más favorable que la que resulta de la propia Directiva. En caso contrario, los transportes internacionales no quedan excluidos de la Directiva, y el régimen de ésta será el aplicable a los daños ocasionados.

De este modo, los autores de la Directiva pretenden que ésta no interfiera en la aplicación de los Convenios Internacionales que, desde hace tiempo, han ido cuajando en esta materia. Siempre, claro está, que ello no suponga para la víctima una menor protección que la que resultaría del texto comunitario.

Ahora bien, la elección en cada caso no resultará sencilla, pues, como ha puesto de relieve un autor (39), la minuciosidad, extensión y tecnicismo de los textos legales en materia de transporte hacen del dominio de este ámbito del Derecho una auténtica especialización.

(38) La introducción de esta regla para los transportes internacionales se debe a una observación procedente del Servicio Jurídico de la DG XI de la Comisión CEE. En la anterior redacción del Proyecto de propuesta directamente se excluían de su ámbito de aplicación los transportes internacionales (art. 2 del texto de 27-11-1989).

(39) Vicent Chuliá, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2 ed., 1986, pág. 320.

Por otra parte, y aun cuando la mayor parte de los Convenios actualmente en vigor o en elaboración en la materia pretenden favorecer la reclamación de la víctimas, no puede decirse, sin embargo, y como regla general, que actualmente esté vigente en el ámbito de los transportes internacionales un sistema de responsabilidad objetiva. Así, y sin ánimo de exhaustividad, para los transportes terrestres de mercancías, el Convenio de Ginebra sobre transporte internacional de mercancías por carretera de 19 de mayo de 1956 (40) y el Convenio de Berna sobre transporte internacional por ferrocarril de 9 de mayo de 1980 (41) establecen un sistema de responsabilidad por culpa presunta del transportista, que se exonera si prueba circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo obviar. Para el transporte marítimo, el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974 (42) basa en la culpa o negligencia la responsabilidad del transportista por el perjuicio originado por la muerte o las lesiones corporales a un pasajero y por la pérdida o daños sufridos por el equipaje. Aunque se admite prueba en contrario, la culpa o negligencia se presume si el daño resulta de modo directo o indirecto de naufragio, abordaje, varada, explosión, incendio o deficiencia del buque. Para la navegación aérea, el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (43) establece un sistema de responsabilidad por culpa presunta. Sólo el Protocolo de Montreal de 1975 para el

transporte aéreo de mercancías y el Protocolo de Guatemala para transporte de viajeros, que no han sido ratificados por España, introducen un sistema de responsabilidad objetiva.

Las ventajas de un sistema de responsabilidad por riesgo en materia de transporte, que permitiría obviar los inconvenientes del sistema tradicional de responsabilidad (complejidad de las causas de los accidentes, lentas y costosas pruebas periciales para determinar la culpa del transportista, dificultades para establecer la relación de causalidad...), ha llevado a la doctrina desde hace algún tiempo a preconizar su extensión a todos los medios de transporte (44). La inclusión en la Directiva de responsabilidad por servicios de los transportes internacionales para los casos en que los Convenios Internacionales vigentes no ofrezcan un grado de protección al menos igual de elevado podría suponer un paso decisivo en la consagración del principio de la responsabilidad objetiva del transporte, tanto de mercancías como de pasajeros.

Lo cierto es, sin embargo, que la diferente determinación de las condiciones de responsabilidad, y de los sujetos responsables en cada Convenio, la introducción de distintos plazos de prescripción, la existencia de diferentes límites a la cuantía de la indemnización... hacen incluso difícil imaginar que los Estados miembros de la CEE acaben por aprobar un texto que permita, siquiera de forma subsidiaria, la unificación de la responsabilidad por daños a las personas (viajeros o no) y a los bienes (mercancías, equipaje, e incluso bienes de terceros).

### C) La asistencia sanitaria

El párrafo 3 del artículo 2 del Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos establece que: «Cada Estado miembro puede excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva la asistencia sanitaria en cuanto tal, siempre que dicho Estado miembro tenga en funcionamiento en la fecha de exclusión un fondo de compensación de responsabilidad sin culpa para las víctimas de tales daños».

Es decir, en la redacción actual del texto del Anteproyecto, la asistencia sanitaria no está excluida, en principio, de su ámbito de aplicación. Sin embargo, en atención, según los autores del Anteproyecto de propuesta de Directiva (45), «al carácter particular del sector de los cuidados médicos», se prevé la posibilidad de que cada Estado miembro pueda excluirlos del concepto de servicio a efectos de la Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos. Pero tal posibilidad de exclusión no es incondicionada. Es precisa la existencia, en el Estado que quiera llevar a cabo la exclusión de estos servicios, de un fondo de garantía que indemnice a la víctima de los daños sufridos, con independencia de que el prestatario de tales servicios haya incurrido o no en culpa.

(40) BOEde7-V-1974.

(41) BOE de 18-1-1986.

(42) BOEde6-V-1987.

(43) Ratificado por España el 31-1-1931, con la revisión introducida en el Protocolo de La Haya de 28-IX-1955, ratificado por España también.

(44) Quintana Cario, El Protocolo de Guatemala y el transporte aéreo internacional de pasajeros, en RDM, núm. 128-129, 1973, pág. 321; La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros, Salamanca, 1977, pág. 127 y ss.

(45) Avani-Projet. Commentaires par article, cit., pág. 2.

Se trata, sin duda, de un sector problemático, como prueba el hecho de que, en este punto, el Anteproyecto de propuesta de Directiva en su redacción actual se aparte de lo dispuesto en la anterior propuesta de Directiva, de febrero de 1989 (46), cuyo artículo 2 expresamente excluía de la noción de servicio, a efectos de responsabilidad, la asistencia sanitaria en cuanto tal. La razón de tal exclusión, según apuntaban los autores de la propuesta (47), era que en muchas ocasiones la asistencia sanitaria implica en sí misma un riesgo físico que el enfermo o paciente asume con la esperanza de mejorar su salud.

Tal razón, a mi juicio, no es totalmente convincente, sobre todo si se analiza el sistema de responsabilidad previsto en la propuesta de Directiva. Porque, en efecto, aun cuando para obtener la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la prestación del servicio no es preciso probar, de acuerdo con el régimen de la misma, la culpa del agente, ello no significa que se deban indemnizar cualesquiera daños. Por el contrario, y como vamos a ver, sólo son indemnizables los daños causados por una prestación defectuosa, en el sentido de que no ofrezca la seguridad que legítimamente cabe esperar. Y tal falta de seguridad deberá valorarse en cada caso, como es lógico, en función del concreto tipo de servicio de que se trate.

Es cierto, sin embargo, que por la propia naturaleza de la actividad a que se compromete el prestatario de tales servicios, la doctrina y la jurisprudencia, fuera y dentro de nuestro país (48), sue len poner de relieve cómo la

obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo.

(46) *Projet de proposition de directivo*, cit.

(47) *Commentaire par article*, B90-89-5, cit., pág. 1.

(48) La cita del texto está tomada de la Sentencia de la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo de 12-VII-1988 (P.: Sr. Serena Velloso), que se hace eco de la jurisprudencia anterior sobre la materia y, en concreto, de las Sentencias de 26-V-1986, 13-VIM9B7 y 12-11-1988. En nuestro país, afirma rotundamente que no existe responsabilidad sanitaria sin conducta culposa Santos Briz, *La responsabilidad civil*, II, Sed.. Madrid, 1989, pág. 819. Fuera de nuestro país v., para el Derecho francés, G. Viney, *La responsabilité: conditions*, París, 1982, en *Traite de Droit civil de Ghestin*, págs. 651 a 655. Tampoco en la jurisprudencia norteamericana se somete a una responsabilidad objetiva (*strict liability*) la prestación de servicios sanitarios. V. Addenda de 1966 a la nota 43 de la pág. 720 de la 5 ed. de Prosser-Keeton, *The Law of Torts*, cit.

O lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia.

El resultado es que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, en la conducta de los profesionales queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida por nuestra Sala Primera del Tribunal Supremo para los daños de otro origen, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y de la culpa (49).

De este modo —y pese a que el Anteproyecto de propuesta de Directiva no prevé una responsabilidad absoluta por todos los daños que se ocasionen en la prestación del servicio, sino sólo los que deriven del carácter defectuoso de éste—, la inclusión de la asistencia sanitaria en el régimen de la futura Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos supondría un agravamiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios con carácter general. De una parte porque, como tendremos ocasión de ver (50), en el Anteproyecto se presume que el servicio es defectuoso cuando el daño se produce durante la prestación del servicio o en el plazo de un año a partir de ese momento. Pero, además, se facilita a la víctima la prueba del nexo causal entre el defecto del servicio y el daño producido (51). Será entonces el profesional quien deberá probar, para exonerarse de responsabilidad, que su prestación no fue defectuosa y que el daño sufrido por el paciente fue debido a otra causa no reconducible a la esfera de su actividad.

Por ello, la solución propuesta en el Anteproyecto de propuesta de Directiva merece, desde la consideración de los diversos intereses presentes, un juicio positivo.

(49) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12-VII-1986 y 13-VH-1987

(50) Apartado IV.2.B. de este trabajo: Existencia y prueba del defecto.

(51) V. apartado IV.6.A. de este trabajo: La relación de causalidad entre la actividad del demandado y el defecto y entre éste y el daño sufrido por la víctima.

Porque, si bien es cierto que existe un aleas en el arte médico, que juega a favor de la calificación de la obligación asumida por los profesionales sanitarios como de medios, no es menos cierto que el progreso de la medicina reduce cada vez más el aleas de esta actividad y que el paciente suele poner en el médico y en las técnicas por él empleadas una gran confianza (52). A este dato hay que añadir la tendencia actual referente a la compensación de los daños corporales, con independencia de la culpa del agente, y que, según se ha puesto de relieve, ha de traducirse, en relación a las víctimas de accidentes médicos, en la necesidad de obtener una compensación, a través de fondos de garantías sufragados mediante cotizaciones obligatorias de los médicos, con independencia de la culpa en la actuación del médico (53).

El Anteproyecto desplaza de esta forma sobre los Estados miembros la solución al problema de los daños causados en las prestaciones sanitarias. Sobre el principio de que la indemnización a que tiene derecho la víctima de tales daños no dependerá en ningún caso de la culpa del profesional sanitario, el Anteproyecto deja a la libre elección de cada Estado la inclusión de los servicios médicos del ámbito de aplicación de la Directiva o la creación de un fondo de compensación.

Finalmente, hay que llamar la atención sobre un dato. Y es que, en cualquier caso, la referencia del artículo 2.3 lo es sólo a la asistencia sanitaria «en cuanto tal». Esto es, a la actividad curativa, la prestación del acto médico en toda su amplitud, incluidos diagnóstico y tratamiento. Parece que deben quedar fuera, por tanto, de la

expansión introducida por el artículo 2.3 del Anteproyecto de las prestaciones accesorias al tratamiento médico propiamente dicho como, por ejemplo, la prestación hotelera (alojamiento, alimentación, etc.)

(52) En este sentido el Comité Consultivo de Consumidores, para el que el Anteproyecto de Directiva debería incluir expresamente la asistencia sanitaria, con independencia de que los Estados dispusieran de un fondo de compensación. V. Avis du CCC sur la responsabilité du fait de services présentant un défaut de sécurité. Adopté le 30-XI-1989. CCC/29/89 final, pág. 3.

(53) Sobre el británico informe Pearson, que formula esta tesis, v. Tunc, Le rapport Pearson sur la responsabilité civile et l'indemnisation des dommages corporels, en Rev. Int. Dr. Comp., núm. 2, 1987. Entre nosotros, haciéndose eco del informe Pearson y de cierta doctrina francesa, Ataz López, Los médicos y la responsabilidad civil, Madrid, 1985, págs. 329 a 332,

## 2. El concepto de defecto

### A) La seguridad que legítimamente cabe esperar

El Anteproyecto establece una responsabilidad sin culpa para el prestatario de un servicio defectuoso (art. 1). Se considera, según el párrafo 2 del proyecto de Exposición de Motivos de la Directiva, que este criterio es el más adecuado por responder al principio de responsabilidad por el riesgo creado por la propia actividad.

El Anteproyecto de Directiva no pretende proteger a los usuarios de la falta de calidad o de utilidad de los servicios. Se trata de proteger frente a daños personales o en las cosas (incluida la que es objeto de la prestación del servicio) causados por la prestación de un servicio.

En consecuencia, el concepto de defecto relevante a estos efectos es aquel que puede producir tales daños. La no obtención del servicio en las condiciones pactadas, el que sus características no sean las esperadas por el usuario, si no afectan a la seguridad del servicio, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva.

La noción de defecto, entendida como falta de seguridad, como capacidad para causar daños a las personas o a sus cosas, no queda equiparada al concepto de «peligrosidad». Por tanto, no todos los servicios que a priori pudieran ser calificados como de «peligrosos», serán, por ese solo hecho, defectuosos a los efectos de la Directiva. Ni, por el contrario, tampoco quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma los servicios que pudieran ser considerados como «no peligrosos». De este modo, una compleja operación de corazón no tiene por qué ser considerada como un servicio defectuoso, aunque el paciente fallezca en el transcurso de la operación, mientras que sí puede serlo, en cambio, una «sencilla» operación de apéndice en la que, por error, se extrae el aparato genital del paciente.

Continuando el planteamiento de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos —que, a este respecto, se inspiró en los trabajos del Consejo de Europa (54)—, el Anteproyecto vincula la noción de defecto a la falta de seguridad y, en concreto, a la de seguridad que legítimamente cabe esperar. No cabe duda de que la noción, suficientemente amplia y flexible para poder adaptarse a supuestos quizá impensables en la actualidad, ha hecho fortuna en el ámbito del derecho del consumo.

(54) Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, le 27 janvier 1977. Serie des Traités européens, núm. 91, Strasbourg, 1986.

No obstante, y a diferencia de lo que sucede en la Directiva 85/374, el Anteproyecto no lleva a cabo una enumeración —ni siquiera ejemplificativa— de las circunstancias que han de valorarse en cada caso para precisar si el servicio es o no defectuoso.

Es más que improbable, sin embargo, que el Anteproyecto se convierta sin modificaciones en el texto definitivo de la Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos y, posiblemente, acaben por introducirse los matices que en la Directiva 85/374 configuran la noción de defecto (55). Con independencia de ello, serán los tribunales los encargados de precisar cuándo el servicio ofrecía la seguridad que legítimamente cabe esperar en cuanto a la salud e integridad de los bienes.

Y, en cualquier caso, la seguridad que «legítimamente» cabe esperar remite a la confianza que el servicio pueda suscitar en un consumidor medio, y dependerá de las circunstancias de cada caso e, incluso, del tipo de servicio de que se trate.

El régimen de responsabilidad previsto en el Anteproyecto supondría de este modo un profundo cambio en relación a las reglas tradicionales de responsabilidad. Porque, aun cuando en el marco de algunos contratos el cliente no tiene que probar la culpa del contratista, y éste es responsable salvo que pruebe fuerza mayor (así, en general, en el contrato de obra, donde la obligación del contratista constituye una deuda de resultado, en el contrato de transporte —artículos 1.601 del Código Civil y 361 del Código de Comercio— o en el de depósito

del artículo 1.784 del Código Civil), en otras ocasiones el obligado no puede ser declarado responsable si no se prueba su negligencia (para el arrendamiento de cosas, art. 1.553 del Código Civil en relación al 1.486 del mismo cuerpo legal).

(55) Sin ánimo de exhaustividad el artículo 6 de la Directiva 85/374 enumera las circunstancias que considera más relevantes a la hora de valorar la seguridad de un producto: presentación del producto, uso razonable y momento de puesta en circulación del mismo.

La modificación resulta más patente si se tiene en cuenta que, especialmente para los daños a la persona — principal objetivo de protección en el texto del Anteproyecto de propuesta de Directiva—, nuestra jurisprudencia ha venido entendiendo que, aun mediando un contrato con la víctima, la responsabilidad nacía, no de los artículos 1.101 y ss. del Código Civil, sino del incumplimiento de la obligación general de no causar daño a otro del artículo 1.902 del Código Civil y, en consecuencia, exige la prueba de la culpa. Así ha venido sucediendo, por ejemplo, en relación al transportista (56) o a la responsabilidad médica (57).

#### B) Existencia y prueba del defecto

Al igual que ocurre en el artículo 4 de la Directiva 85/374, el texto del Anteproyecto sobre responsabilidad por servicios defectuosos exige a la víctima del daño la prueba del defecto. Pero, a continuación, el artículo 6.2 del Anteproyecto señala expresamente circunstancias en las que, producido un daño, se presume un defecto del servicio.

(56) Tal sería, por ejemplo, el caso resuelto por la Sentencia de 9-XII-1949, que concedió ex-artículo 1.902 la indemnización reclamada a la empresa propietaria de un autobús accidentado por un viajero que perdió la facultad sexual como consecuencia del golpe recibido en una vértebra lumbar. En la Sentencia de 17-11-1956, relativa a un contrato de pasaje, se considera como extracontractual la responsabilidad del porteador por la muerte de un pasajero. Igualmente, la Sentencia de 30-IV-1959, sobre indemnización debida a un viajero de autobús por la pérdida de visión de un ojo como consecuencia del accidente sufrido: El Tribunal afirmó que la obligación surgía del incumplimiento del contrato pero al mismo tiempo había de estar a lo dispuesto en los artículos 1.902 y ss. del Código Civil. Sánchez Gambo-riño, Responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas, RDM, núm. 70, 1958, pág. 339 y ss; A. Menéndez, El contrato de pasaje marítimo, en Centenario de la Ley del Notariado, IV, Madrid, 1963, pág. 280 y ss.

(57) En la práctica, aun cuando exista un contrato entre el médico y el paciente, la responsabilidad se ha venido afirmando con base en el artículo 1.902 del Código Civil. Según Puig Brutau la aplicación de normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en estos casos se justifica en la lesión de los derechos de la personalidad del paciente {Fundamentos de Derecho civil, II, 3, Barcelona 1983, pág. 133}. En el mismo sentido se manifestaba Santos Briz en las anteriores ediciones de su obra La responsabilidad civil. En la 5 edición, de 1989, sin embargo, se afirma que cuando existe un contrato de servicios en tre facultativo y enfermo, los daños derivados del tratamiento médico defectuoso se originan en el cumplimiento defectuoso del contrato y han de disciplinarse en sus efectos por los artículos 1.101 y ss. del Código Civil (op- cit., pág. 812).

Para una exposición de las razones que, a su juicio, motivan esta «huida» de las normas contractuales así como una crítica de las mismas, v. M. Izquierdo Tolsada, La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general, Madrid, 1989, págs. 189-193.

Así sucede, en primer lugar, cuando el daño se origina durante la prestación del servicio o, en segundo lugar, en el plazo de un año desde aquel momento. Este plazo, dentro del cual si se produce el daño se presume el defecto, es de diez años «cuando el objeto de la prestación del servicio consiste en la concepción, construcción o renovación de un inmueble».

Finalmente, el artículo 6.3 del Anteproyecto establece una presunción de defecto que no admite prueba en contrario: cuando se demuestre que en la prestación del servicio su suministrador no observó «las reglas imperativas emanadas de los poderes públicos que tengan por objeto directo o indirecto asegurar la protección de la salud y la seguridad física de las personas».

Aunque el precepto no hace ninguna precisión a este respecto, sin embargo, parece lógico entender que ha de ser el incumplimiento de tales disposiciones de seguridad, que configuran al servicio como defectuoso, la causa del perjuicio sufrido por la víctima. Es decir, la presunción iuris et de iure de que el servicio es defectuoso no libera de la prueba, requerida en el texto del Anteproyecto, del nexo causal entre el defecto del servicio y el de los daños sufridos y cuya reparación se reclama.

Pero si la prueba del incumplimiento por parte del prestatario del servicio de las normas imperativas en materia de seguridad equivale a la prueba irrefutable de que el servicio era defectuoso, ello no implica lo contrario. Es decir, que la prueba del incumplimiento por parte del prestatario del servicio de que éste se ajustaba a las exigencias legales y reglamentarias en materia de seguridad no le permitirá exonerarse de responsabilidad

salvo, como veremos, en la hipótesis en que ésa sea precisamente la causa del carácter defectuoso del servicio (58).

(58) V. el apartado IV.6.A de este trabajo.

En los casos en que el daño se produzca, bien durante la prestación del servicio, bien en los plazos señalados por el artículo 6 del Anteproyecto a partir de aquel momento, la presunción de que el servicio es defectuoso admite prueba en contrario, es decir, puede ser desvirtuada por quien prestó el servicio. La presunción legal enlaza de esta forma con la idea, expresada por la doctrina y la jurisprudencia más progresistas en la materia, de que en numerosas ocasiones la prueba del defecto puede resultarle a la víctima casi imposible y que, por tanto, hay que conceder una amplia relevancia a la prueba por presunciones. Y, si esto es cierto para los productos —donde a la complejidad de los procesos de elaboración de los mismos hay que añadir que el producto ha podido desaparecer con ocasión del consumo del producto o del accidente que origina el perjuicio (alimento que se ingiere, vehículo que explota)—, no lo es menos para los servicios. Fundamentalmente por la complejidad de los servicios, que hace que al usuario le resulte en ocasiones imposible demostrar con evidencia la existencia de un defecto.

Por ello, parece lógico admitir que para la prueba del defecto basta con demostrar la concurrencia de una serie de circunstancias que permitan razonablemente presumir el defecto. Mucho más sencillo será para el profesional, habida cuenta de sus conocimientos técnicos específicos, demostrar que el servicio no era defectuoso.

El Anteproyecto llega a identificar esas circunstancias que permiten presumir el defecto del servicio, como hemos visto, con la producción del daño durante la prestación del servicio o en un plazo de tiempo a partir de ese momento. Quiere eso decir que existe la presunción de defecto siempre que se produzca un daño mientras se está cumpliendo o ejecutando determinado servicio. Así, por ejemplo, si la televisión explota mientras la está manipulando el técnico que iba a repararla, o si el accidente se produce al resbalar en la escalera del hotel, o si la maleta se pierde en el transcurso del viaje. O, incluso, si el electrodoméstico explota al poco tiempo de haber sido reparado, o la cornisa de la casa se cae cuando la construcción es relativamente nueva.

Lo que sucede es que el plazo de un año fijado en el artículo 6 del Anteproyecto puede resultar arbitrario y, en determinadas ocasiones, carente de sentido. Así, no parece igual presumir que la reparación de frenos de un vehículo fue defectuosa porque en el plazo de un año se produjo un accidente que reclamar por el pequeño molinillo de café o la batidora o por la comida que, servida hace tiempo, difícilmente puede ser la causa de la actual indisposición.

Ciertamente, que la objeción viene entonces salvada porque en estas circunstancias el demandado no sólo podrá desvirtuar esa presunción del defecto, sino que raramente quedará acreditada, como veremos que es preciso, la debida relación causal con el daño.

En cualquier caso, si el daño se produce una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 6 del Anteproyecto, ello no impide la reclamación de la reparación. La única diferencia es que entonces la víctima del daño deberá probar que el servicio era defectuoso. La prueba en este caso también podrá basarse en presunciones que hagan llegar al tribunal a la convicción de que el servicio era defectuoso.

Finalmente, la mención a las prestaciones de servicios que tengan por objeto la concepción, construcción o renovación (59) de un inmueble desmiente en parte la definición de servicio contenida en el artículo 2 del Anteproyecto. La adopción en este ámbito de un plazo de diez años dentro del cual si se produce el daño se presume el carácter defectuoso del servicio, viene a coincidir con el plazo establecido en el artículo 1.591 de nuestro Código Civil en relación a la responsabilidad del constructor. La diferencia sin embargo es que, mientras que en el artículo 1.591 se trata de un plazo de garantía, dentro del cual necesariamente ha de aparecer la ruina de la construcción —y la acción debe ejercitarse dentro de los quince años siguientes a ese momento—, en el Anteproyecto los diez años sirven para presumir que, producido el daño en ese plazo, el inmueble era defectuoso. Pero aunque el daño se origine transcurrido ese plazo, la víctima podrá reclamar, demostrando el defecto del inmueble, porque el Anteproyecto adopta, como veremos, un plazo de veinte años en relación a los inmuebles, dentro del cual ha debido producirse la reclamación por la víctima (60).

(59) Llama la atención el acierto de los autores del Anteproyecto de dotar de un tratamiento conjunto no sólo a los supuestos de proyección y construcción de inmuebles, sino también todos los de rehabilitación y reforma, entre los que se incluyen además de las reformas que a título particular pueda encargar una persona en su vivienda, la actividad de rehabilitación de viviendas antiguas por empresas inmobiliarias para luego venderlas.

(60) Apartado IV.5 de este trabajo: Limitación en el tiempo a la reparación.

### 3. Sujetos responsables

#### A) El prestatario del servicio

El principio general en que se basa el Anteproyecto de propuesta de Directiva es el de que quien presta un servicio es responsable del daño causado por los defectos de su servicio (art. 1). Lo lógico es que quien presta un servicio que ha causado el daño responda de ese daño.

En la línea de la noción de servicio contenida en el artículo 2 del Anteproyecto, el artículo 3 del mismo texto define al prestatario del servicio como «cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades profesionales o del cumplimiento de servicios públicos, suministra una de las prestaciones a que se refiere el artículo 1».

Se trata de un concepto amplio de sujeto responsable que comprende a todos los que prestan un servicio. Pero, como veremos, el Anteproyecto no precisa con claridad quién es esa persona que presta el servicio en las hipótesis en que quien lo recibe no ha contratado con él, por mediar figuras de agentes, comisionistas, etc. Se trata de un problema importante que los autores de la Directiva deberían asumir y resolver directamente para evitar dificultades y dudas en la interpretación y aplicación del futuro texto comunitario.

El precepto dice que puede ser una persona física o jurídica. Tratándose de personas jurídicas en la actualidad se admite por nuestra jurisprudencia no sólo que asuman obligaciones, sino incluso que respondan con su patrimonio de los perjuicios causados tanto a través de sus empleados como de sus órganos (61).

La protección de la víctima, dispensada a través de un régimen de responsabilidad sin culpa, en el que además se facilita extraordinariamente la prueba de que el servicio era defectuoso, requiere —como ya se dijo más arriba (62)— que el servicio lo preste un profesional, en el marco de sus actividades profesionales, o que se trate de un servicio público.

(61) Lacruz, Elementos de Derecho civil, I, 2, Barcelona, 1983, pág. 198. Díez-Picazo y Gullón, Sistema de Derecho civil, II, 6 ed. Madrid, 1989, pág. 614.

(62) Apartado IV.1 .A: El concepto de servicio.

Es precisamente el hecho de tratarse de un profesional o de un servicio público, que obtiene un beneficio económico o político en el ámbito de su actividad habitual o en el ejercicio de la gestión pública lo que, a juicio de los autores del Anteproyecto, justifica un régimen objetivo de responsabilidad. Habida cuenta de los conocimientos profesionales y técnicos de que dispone esta persona, parece razonable —se dice— que soporte los riesgos de su actividad (63).

De esta forma, el concepto de sujeto responsable comprende a empresarios, profesionales liberales, asociaciones de hecho, organismos públicos y cualquier empresa de Derecho privado o público que ejerza una actividad profesional o preste un servicio público.

Se someten, por tanto, al mismo régimen de responsabilidad los daños producidos como consecuencia del ejercicio por la Administración de actividades industriales o mercantiles realizadas a través de las denominadas genéricamente «empresas públicas» en concurrencia con las actividades económicas de los particulares, así como los daños producidos por la gestión de servicio público.

#### B) Los servicios públicos

El Anteproyecto coloca, según hemos visto, en el mismo plano —al igual que ocurre en el artículo 1.2 de la Ley 26/1984 (64)— a los sujetos privados que a las administraciones públicas. Pero la inclusión en el Anteproyecto de propuesta de Directiva de cualesquiera titulares de servicios merece alguna reflexión cuando se trata de Administraciones públicas, de concesionarios de servicios públicos, contratistas de obras públicas y sociedades de ente público y entes con forma pública que, actuando en el tráfico en régimen de Derecho privado gestionan verdaderos servicios públicos.

(63) V. Avant-Projet. Commentaires par article, cit., pág. 3, punto 3.1.

(64) Para un comentario crítico de la inclusión en el Capítulo VIII de la Ley 26/1984 del «empresario público», Bermejo Vera, La responsabilidad del empresario público en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en EC, nov. 1987, especialmente pág. 67.

Tratándose de servicios prestados por los poderes públicos, pero concurriendo con las actividades económicas de los particulares, sin restringirlas ni suplantarlas, la aplicación de las reglas de la futura Directiva de responsabilidad por servicios no plantea excesivos problemas. La actuación de forma directa de la Administración en el mundo de la economía de la prestación de servicios suele estar equiparada en nuestro Ordenamiento a la del empresario privado (65). Pero sin duda, el régimen de responsabilidad contemplado en el Anteproyecto de Directiva resulta más beneficioso para la víctima que el sistema de nuestro Código Civil e, incluso, como vimos, que el del Capítulo VIII de la Ley 26/1984.

Por el contrario, cuando se trata de daños producidos como consecuencia del funcionamiento de servicios públicos, el régimen de responsabilidad del Anteproyecto de Directiva no parece aportar grandes cambios en relación al sistema de responsabilidad objetiva de la Administración asumido en la cláusula general el artículo 106 de nuestra Constitución (66).

Cabe preguntarse, por otra parte, si la adopción de una normativa uniforme de Derecho privado para los daños causados con ocasión de la prestación de servicios, con independencia de la titularidad de los mismos, no debería ir acompañada —en la posterior adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria— de una reforma legislativa que pusiera fin, al menos en este ámbito, a la actual confusión derivada de la dualidad de jurisdicciones (67).

(65) No es infrecuente en la regulación de los fenómenos empresariales de base pública la cláusula de remisión al Derecho privado, civil y mercantil, que equivalen a la sustitución del régimen jurídico-público por el ordenamiento jurídico-privado. V. Bermejo Vera, cit., pág. 66. De cualquier forma, la jurisdicción civil se declara competente y se resuelve casos que igualmente hubieran sido fallados por la jurisdicción contencioso-administrativa de haberse planteado. Para ello, la Sala primera del Tribunal Supremo, al argumento de la vis atractiva de la jurisdicción ordinaria, añade el de una interpretación muy restrictiva de lo que debe entenderse por servicio público. Así, recientemente, en la Sentencia de 12 de febrero de 1987 (P.: Sr. Martín-Granizo Fernández) se afirma que «los denominados "servicios públicos" constituyen un concepto fundamentalmente técnico cuyo contenido y caracterización no debe desorbitarse, como frecuentemente se viene haciendo». Especialmente llamativa es la jurisprudencia existente en relación con la responsabilidad del INSALUD por tratamiento médico defectuoso en un hospital de la Seguridad Social, donde la explicación de la competencia de la jurisdicción civil se justifica en haber demandado el INSA LUD a la vez que personas físicas, y en el hecho de que, se dice, la relación con los pacientes es de Derecho privado, ya que se efectúa por parte del establecimiento no en su concepto de persona jurídico-pública, sino como una actividad particular.

(66) García de Enterría y Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo, II, 2 ed., reimpresión, Madrid, 1987; pág. 344.

(67) Para una propuesta de reforma legislativa que someta a la jurisdicción ordinaria cualesquiera pretensiones de responsabilidad (aunque sólo se hace referencia a la responsabilidad extracontractual), incluidas las dirigidas contra las Administraciones públicas, Pantaleón Prieto, Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Madrid, 1985, especialmente, pág. 235 y ss.

### C) Las figuras de colaboración del prestatario de servicios. Su responsabilidad

La responsabilidad, claro está, nace a cargo del titular de la actividad profesional, tanto si el daño ha sido originado por actos realizados por él personalmente como si procede de actuaciones de sus empleados en la prestación del servicio. En efecto, aunque el texto del Anteproyecto no lo afirma expresamente, tal regla es una consecuencia del régimen de responsabilidad objetiva previsto, basado en la creación de un riesgo por quien obtiene un beneficio de una actividad (68).

En la actualidad, en nuestro Ordenamiento jurídico, y a falta de otro genérico en materia contractual, el principio fundamental de responsabilidad del empresario es el contenido en el artículo 1903.4 del Código Civil (69). Pero, aunque la jurisprudencia interpreta en sentido amplio la responsabilidad del empresario, requiere como presupuesto indispensable una relación de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada, de modo que, por lo general, excluye la responsabilidad de quien encarga cierto trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios (70).

Parece —aunque puede plantear más problemas— que la responsabilidad del prestatario del servicio debería extenderse también a los daños causados por un tercero, incluso dotado de una organización autónoma, a

quien el prestatario del servicio hubiere encargado cierto trabajo u obra. La razón que, a mi juicio, apoya esta interpretación es doble. De una parte porque quien, de acuerdo con el sistema de la (futura) Directiva, se compromete a que la prestación de un servicio no va a ser defectuosa, no puede después alegar que el subcontratista ha incumplido el contrato con él celebrado para liberarse de responsabilidad (71). Además, de este modo, y sin llegar a excluir la obligación de indemnizar del agente material del perjuicio —contra el que la víctima podría, a su elección, dirigirse, aunque esta posibilidad debiera aclararse expresamente en la Directiva— se facilitaría la reparación de los daños al permitir con éxito el ejercicio de la acción con la persona con quien se relacionó el consumidor. Tal responsabilidad, por otra parte, sería exigible también por los terceros que sufran un perjuicio, a los que el texto del Anteproyecto no excluye de su ámbito de protección.

(68) En este sentido, el comentario de los autores de la propuesta al anterior proyecto, *Commentaires par article*. B90-89-5, cit.T punto 6.2.

(69) Rubio, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, pág. 19. Sobre la responsabilidad de la empresa por los hechos del profesional liberal en régimen de dependencia, Izquierdo Tolsada, *op. cit.*, pág. 65 y ss.

(70) Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II, 1, 2 ed., Barcelona, 1985, pág. 576.

(71) En nuestro ordenamiento, para el contrato de obra, el artículo 1.596 del Código Civil, v, el comentario de Lucas Fernández, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones torales*, dirigidos por Albaladejo, XX, 2, Madrid, 1986, pág. 441.

Así pues, hay que incluir las hipótesis en que cualquier persona realiza un trabajo por encargo de otra. Esta continuará siendo responsable por los daños ocasionados, sin perjuicio de la acción que le corresponda contra el autor real de los mismos. Incluso, aunque no se haya reservado ni la dirección, ni la inspección ni la vigilancia de los servicios encomendados, pero siempre, claro está, que los daños tengan relación con éstos.

Surge la duda, sin embargo, de si, de acuerdo con el régimen de responsabilidad del Anteproyecto, habrá que considerar responsable de los daños y perjuicios ocasionados en la prestación de un servicio a quien, sin ejecutarlo él personalmente o a través de sus empleados, de lo que se encargó precisamente es de contratarlo en el marco de su actividad profesional. Aunque las hipótesis pueden ser bien diversas, cabe pensar a este respecto en el comisionista de transporte que no se obliga a realizar el transporte de la mercancía por sí o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador o empresario que asume la obligación de llevarlo a cabo, o en la agencia de viajes que contrata el transporte y alojamiento de su cliente.

El párrafo 2 del artículo 3 del Anteproyecto establece que: «La persona que suministra una prestación utilizando los servicios de un representante o de otro intermediario que dependa jurídicamente de él continuará siendo considerado como prestatario del servicio a los efectos de la presente Directiva».

La redacción del artículo 3.2 del Anteproyecto es poco clara. En primer lugar, si el «representante» es el que gestiona asuntos ajenos en relación con terceras personas, de modo que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen en la esfera jurídica del representado (72), podría llegar a admitirse que el precepto está pensando en que, quien efectivamente presta el servicio (el porteador en el contrato de transporte, por ejemplo) tiene un representante que contrata por él.

(72) Díez-Picazo, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, especialmente págs. 56-64.

O, en segundo lugar, que no contrata él directamente con quien tiene necesidad del transporte o del alojamiento, sino con un tercero profesionalmente especializado en la contratación del transporte o del viaje (comisionista de transporte, agencia de viajes) que, a su vez, contrata con el cliente. Pero, en uno y otro caso, resulta poco satisfactoria la expresión «que dependa jurídicamente de él».

Ahora bien, el precepto parecería limitarse así a señalar que la existencia de un comisionista, un agente, un mediador, un corredor o cualquier otro colaborador no supone la exoneración de responsabilidad de quien efectivamente cumple el objeto del contrato que se llegue a celebrar (transporte, hospedaje, restauración, reparación...). Pero no parece suficiente.

En efecto, si el Anteproyecto pretende introducir un régimen de responsabilidad por el resultado dañoso, al margen de toda culpa, la «dependencia jurídica» a que confusamente hace referencia el precepto ha de entenderse en la forma más amplia. Porque, por otra parte, la razón última de esta regla es la de favorecer a la víctima la reclamación del perjuicio sufrido. No sólo por reforzar la solvencia del autor del daño, sino también por la posibilidad de dirigir su reclamación contra quien, sin ser el ejecutor causante del perjuicio, se obligó a procurar al consumidor el servicio que lo originó.

De esta forma, la víctima podría dirigirse contra cualquiera de los sujetos a que me he referido. Si la víctima dirigiera su acción de reparación contra la persona con quien contrató el servicio, a quien conoce y con la que se ha relacionado, ésta después tendría abierta la vía de reclamación contra el causante material del daño en función de la concreta relación que mediara entre ellos.

Esta solución, sencilla por otra parte, dispensaría un mayor grado de protección a la víctima. Quizá, el único inconveniente que, a los ojos de los autores del Anteproyecto de Directiva, puede presentar es el de la multiplicidad de coberturas de seguros. Ha sido este temor precisamente el que, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, ha llevado a rechazar la idea de una pluralidad de sujetos responsables de modo directo y solidario y a inclinarse por una responsabilidad del productor (73).

El artículo 3.2 del Anteproyecto, así entendido, no excluye la responsabilidad del empresario (agencias de transporte, agencias de viaje...) cuya obligación no es la de ejecutar por sí determinado contrato (de transporte, de hospedaje...), pero que garantiza su ejecución por medio de un tercero que, en ocasiones, elige libremente (porteador, hotel...), y vendría a introducir una importante modificación en nuestro ordenamiento para algunos contratos.

Porque, en efecto, aunque en algún precepto está reconocida parcialmente tal posibilidad, no puede decirse que constituya una regla general aplicable a todos los casos. Así, por ejemplo, aunque tampoco es la regla general para el comisionista (74), el comisionista de transporte queda subrogado en el lugar del porteador en cuanto a obligaciones y responsabilidad, es decir, responde si fuera verdadero porteador (75). En cambio, las agencias de viaje —salvo en los contratos de «viajes a forfait» (76), y sin perjuicio del régimen de responsabilidad previsto en el Anteproyecto de Directiva— no responden del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación (transporte, alojamiento...) cuando este incumplimiento no provenga de una actuación dolosa o culposa de la propia agencia (77).

Por otra parte, el artículo 3.3 del Anteproyecto de propuesta de Directiva establece que: «Sin embargo, si el prestatario del servicio no está establecido en la Comunidad, y sin perjuicio de su responsabilidad, el representante o intermediario jurídicamente dependiente que presta el servicio en la Comunidad será igualmente considerado como prestatario de ese servicio en el sentido de la presente Directiva».

(73) Consejo de Europa, Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, Strasbourg, 1977, párrafo 28; Uncitral, Informe de la Secretaría General. Análisis de las respuestas de los Gobiernos al cuestionario sobre la responsabilidad por daños causados por productos. Anuario CNUDMI, vol. VIII, 1977, 12 de abril de 1977 (A/CN.9/139), puntos 10 y ss., pág. 278.

(74) Garrigues, Curso de Derecho mercantil, II, 7ed., revisada por Sánchez Calero, 1979, pág. 107; Uría, Derecho mercantil, 16 ed., Madrid, 1989, págs. 608-609.

(75) Artículo 379 del Código de comercio, 119 y ss. de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, Orden de 31 de julio de 1987 sobre regulación de las Agencias de Transporte de Mercancías.

(76) Apartado IV.3.D de este trabajo: Sujetos responsables en los contratos de viaje.

(77) Quintana Cario, La protección del consumidor como turista, en EC, n.º 2, 1984, pág. 68.

De la redacción del precepto se desprende que este apartado se quiere introducir como una excepción a lo establecido en el apartado anterior. Es decir, la regla general es que se considera como sujeto responsable a quien por sí, por medio de sus empleados o de terceros con los que él contrata —y con independencia del tipo de contrato que les una— presta, o se compromete a que se preste un servicio. La excepción en el artículo 3.3 del Anteproyecto es que si ese sujeto no está establecido en la Comunidad, esos terceros que ejecutan la prestación material del servicio y con los que no contrató el destinatario del mismo serán no obstante considerados como sujetos responsables a los efectos de la Directiva.

¿Significa esto que en los demás casos, es decir, cuando el sujeto a quien inicialmente se considera responsable tiene un establecimiento en la Comunidad, esos terceros no responderán de acuerdo con el Anteproyecto? Por otra parte, no está muy claro en el artículo 3.3 del Anteproyecto cuáles son los sujetos que responden como prestatarios del servicio. El precepto habla de «el representante o intermediario jurídicamente dependiente que presta el servicio en la Comunidad».

Podría parecer que si ese «representante o intermediario» presta el servicio que ha causado el daño, ya es considerado como sujeto responsable por el artículo 3.1 del Anteproyecto y no sería preciso el apartado 3 de este precepto.

Además, aun cuando según el apartado 2 de este mismo artículo —y de acuerdo con la interpretación propuesta más arriba—, quien encarga a terceros ciertas obras o trabajos sigue no obstante siendo considerado como sujeto responsable por el texto del Anteproyecto, ello no significa que esos terceros no tengan ninguna responsabilidad. En efecto, el artículo 3.2 del Anteproyecto debe entenderse, a fin de dispensar una mayor protección a las víctimas, en el sentido de que quien se compromete a prestar un servicio o a que un tercero lo preste, no puede liberarse de responsabilidad por los daños que con ocasión del servicio se originen. Sin perjuicio, claro está, de las acciones que puedan corresponder contra ese tercero o, incluso, de la posibilidad de que la víctima se dirija directamente contra él.

A la vista de estas observaciones, ¿qué sentido tiene el artículo 3.3 del Anteproyecto? En realidad, esta regla resulta de la adaptación al ámbito de los servicios de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos defectuosos, según el cual se equipara al productor a quien importa un producto a la Comunidad.

La razón es, igualmente, la de facilitar a la víctima la reclamación, permitiéndole que no tenga que pleitear fuera de la Comunidad. Porque, al menos en teoría (78), el Convenio de la Comunidad de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia jurisdiccional y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil facilita al perjudicado la reclamación contra las personas domiciliadas en un Estado de la Comunidad, así como su ejecución en cualquiera de los Estados.

La alternativa que se presenta para resolver los problemas de interpretación del artículo 3.3 del Anteproyecto es doble. O bien rechazar la interpretación del artículo 3.2 aquí propuesta o bien —lo que parece más razonable— pensar que los autores del Anteproyecto lo que pretenden es ampliar, para la materia que nos ocupa, el criterio del artículo 13.2 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 (79). De esta forma, la víctima del daño se podría dirigir contra la agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento que posea en un Estado de la Comunidad la persona con la que se contrató el servicio aunque ésta no esté domiciliada en el territorio de ningún Estado miembro.

(78) Obtener en un Estado miembro la ejecución de una decisión pronunciada en otro Estado miembro suele ser costoso y difícil, pero, además, las condiciones exigidas para que una acción de beneficio de las reglas de competencia son muy restrictivas. En este sentido, M. Fallon, *Problématique du contentieux de la consommation transfrontière en Europe*, en *Rev. Eur. Dr. Consum.*, 1988/4, pág. 267 y ss. La Convención, por otra parte, no es aplicable en las relaciones entre todos los Estados comunitarios, pues todavía no ha entrado en vigor para España y Portugal.

(79) Según este precepto: «Cuando la otra parte con la que contrate el consumidor no está domiciliada en el territorio de un Estado contratante, pero posee una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, se le considerará domiciliada en el territorio de dicho Estado respecto de los litigios relativos a la explotación de esa sucursal, agencia o establecimiento».

#### D) Sujetos responsables en los contratos de viaje

El artículo 3.4 del Anteproyecto establece que: «Para los contratos de viaje, y sin perjuicio de la responsabilidad del agente de viajes por sus propios servicios, el organizador y el detallista son considerados como prestatarios del servicio en el sentido de la presente Directiva».

El comentario de los Autores del Anteproyecto a este apartado únicamente señala que, en este punto, se seguiría lo dispuesto en la propuesta de Directiva de viaje «à forfait». Se trata del Proyecto de Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (80).

Según el artículo 2 de este Proyecto de Directiva sobre viajes combinados, se entiende por viaje combinado: «La combinación previamente determinada de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio con todo incluido, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: 1. Transporte. 2. Alojamiento. 3. Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del combinado».

El texto del Proyecto aclara, en el párrafo 2 del artículo 2 que: «La facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva». De este modo, quedan sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva tanto los llamados «viajes combinados» (que integran varios servicios con especificación de sus respectivos precios) como los contratos de «viajes a forfait» (que incluyen un conjunto de servicios a tanto alzado) (81).

(80) Proyecto de Directiva del Consejo relativa a los viajes combinados, incluidas las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, aprobado en el Consejo Mercado Interior de diciembre de 1989 y pendiente de revisión por el Grupo de Juristas Lingüistas. Fuente: Servicio Comercial de la Representación Permanente de España ante las Comunidades Europeas, 10866/89, Bruselas, 18 de diciembre de 1989.

(81) V. artículo 43 del Reglamento del Régimen Jurídico de las agencias de viajes y sus actividades, aprobado por Orden de 9 de agosto de 1974(BOE26-IX-1974).

Por lo que se refiere a la responsabilidad por los daños sufridos por el consumidor a causa tanto de la no ejecución del contrato como de su mala ejecución, la futura Directiva sobre viajes combinados obligará a los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o detallista, a menos que prueben que la citada no ejecución o mala ejecución no son imputables ni a una falta suya ni a una falta de otro prestatario de servicios, porque: las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor; dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable» (art. 5).

Se identifica, además, al organizador con «la persona que organiza de forma no ocasional viajes combinados y los vende u ofrece en venta, directamente o por medio de un detallista», y al detallista con «la persona que vende u ofrece en venta el viaje combinado creado por un organizador» (art. 2).

Así pues, la responsabilidad de quien organiza el viaje y del detallista para los contratos de viaje en la Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos resulta necesaria por coherencia con el Proyecto de Directiva de viajes combinados.

En este punto, el Proyecto de Directiva sobre viajes combinados establece la responsabilidad de organizador y detallista a menos que prueben que no hubo culpa por su parte ni de otro prestatario de servicios. Sin embargo, y pese a la equívoca redacción actual del precepto, sólo quedarán liberados de responsabilidad si prueban caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o intervención de un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato. Respecto de estas dos últimas circunstancias la interpretación del artículo 5 del Proyecto de Directiva sobre viajes combinados conforme al Anteproyecto de Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos obliga a entender que, en tales casos, tratándose de daños a la persona o a sus bienes

(82), el organizador o detallista sólo se exoneran si la conducta de la víctima o del tercero son la causa exclusiva de la producción del daño.

(82) En el Proyecto no se plantea, parece, en el Proyecto de Directiva de viajes combinados, donde claramente sólo se contempla la responsabilidad de la agencia.

No se dice nada en cambio en el Anteproyecto acerca de la responsabilidad del transportista, del hotelero, del restaurante..., cuando lo cierto es que los daños a la persona o bienes del turista se producirán con ocasión de la prestación de alguno de estos servicios. Aun cuando la solución propuesta en el Anteproyecto resulta muy favorable para los intereses de las víctimas de daños al poder dirigirse contra la agencia que le organizó y/o vendió el viaje, cabe preguntarse qué sucede con las personas que materialmente prestaron los servicios causantes de los daños.

El silencio del Anteproyecto no significa, en mi opinión, que quede excluida la responsabilidad de estas personas. La duda que se plantea es si tal responsabilidad será exigible al amparo de las disposiciones de la futura Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos o con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional (83). Cabe entender, de una parte, que el Anteproyecto, al facilitar a la víctima la reparación de los daños permitiéndole dirigir su acción contra el organizador y/o vendedor del viaje, no le impide, si prefiere — aunque es dudoso— reclamar, al amparo del mismo régimen de responsabilidad, contra el hotel en el que sufrió la caída o que perdió sus maletas. En contra de esta interpretación puede jugar el argumento expuesto en el apartado anterior y que decidió el régimen de los sujetos responsables en la Directiva 85/374: el de rechazar la atribución directa y solidaria de la responsabilidad a todos los sujetos implicados en la prestación del servicio a fin de evitar seguros acumulativos con respecto al mismo riesgo (84).

En cualquier caso, el Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos dice que esta responsabilidad del organizador y detallista lo es «sin perjuicio de la responsabilidad del agente de viajes por sus propios servicios». Ahora bien, tratándose de un viaje combinado, en el sentido del Proyecto

de Directiva sobre la materia, el agente de viajes coincidirá siempre con el organizador y/o detallista el agente aunque además, en ocasiones, pueda ser al mismo tiempo transportista, hotelero, etc. Porque, en efecto, el agente o bien organiza el viaje —con medios propios (85) o contratando con las empresas que habrán de efectuar las diversas prestaciones— o bien lo ofrece, o bien lo organiza y vende al cliente.

(83) El problema no se plantea, parece, en el Proyecto de Directiva de viajes combinados, donde claramente sólo se contempla la responsabilidad de la agencia.

(84) V. nota 73.

(85) Según el artículo 75 del Régimen Jurídico de las agencias de viajes los medios propios de que pueden servirse las agencias de viajes son los siguientes: medios de transporte, establecimientos hoteleros y de alojamientos turísticos en general, restaurantes, cafeterías y cualesquiera otras que pudieran ser autorizados.

#### E) La regla de la solidaridad

El artículo 9.1 del Anteproyecto establece que: «Si en aplicación de la presente Directiva, varias personas son responsables del mismo daño, su responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional sobre el derecho a repetir».

La redacción de este precepto coincide casi literalmente con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos defectuosos. Se pretende así, en línea con el criterio generalmente consolidado en materia de responsabilidad extracontractual (86), facilitar la reparación de los daños sufridos por la víctima, puesto que, en el supuesto de pluralidad de sujetos responsables podrá dirigir la reclamación contra cualquiera de ellos para obtener íntegramente la indemnización.

Por lo que se refiere a las posibles acciones de regreso el Anteproyecto se remite a las legislaciones nacionales y en cada caso habrá que atender a las relaciones que puedan mediar entre los distintos sujetos responsables. Además, y aunque el texto del Anteproyecto no lo diga, también deberá tenerse en cuenta el Derecho interno para todo lo que se refiera al régimen jurídico de la solidaridad.

La solidaridad de los distintos sujetos responsables de los daños causados por los servicios defectuosos supone que, por aplicación del concepto de prestatario recogido en el texto del Anteproyecto, puede haber varios sujetos que respondan de los mismos daños.

En primer lugar, si se admite —como ha quedado expuesto más arriba—, que mediadores e intermediarios son también responsables por los daños que se originen en la prestación del servicio que ellos contratan tendríamos un caso de solidaridad.

(86) Lacruz, Elementos de derecho civil, II, 1, cit., págs. 533 y ss.; Díez-Picazo y Gullón, Sistema de Derecho Civil, II, cit., pág. 615; Aibaladejo, Derecho civil, II, 2, 7 ed., Barcelona, 1982, pág. 504.

El propio artículo 9, en sus apartados 2 y 3 establece, además, supuestos de solidaridad. El primero es el de los servicios prestados en régimen de franquicia (87) y la regla prevista en el Anteproyecto es que de los daños que resulten responderán solidariamente quien proporciona su nombre, idea y condiciones básicas del modo en que ha de prestarse el servicio y quien efectiva y materialmente lo presta al consumidor. Se trata, a mi juicio, de una solución lógica que tiene en cuenta el dato de que el servicio puede ser defectuoso tanto por la concepción que del mismo ha hecho quien proporciona el nombre al establecimiento —donde, por otra parte, es posible que se dirija el consumidor por confianza en ese nombre— como por la actuación de quien materialmente presta el servicio. La protección dispensada a la víctima resulta así máxima, reforzando su derecho a obtener la indemnización al poderse dirigir contra cualquiera de los dos sujetos o contra los dos simultáneamente, y liberándole de investigar cuáles son las concretas relaciones que pueden mediar entre ellos.

El segundo supuesto que el artículo 9 expresamente menciona es el de los sujetos que intervienen en la proyección y construcción de un inmueble: arquitectos, promotores y constructores responderán, de acuerdo con el Anteproyecto, de forma solidaria de todos los daños que, dentro de los plazos señalados en el propio texto (88), cause el inmueble construido o restaurado.

Podría parecer que a este respecto el Anteproyecto vendría simplemente a recoger el criterio consolidado por la jurisprudencia en este ámbito. En nuestro ordenamiento, de acuerdo con la jurisprudencia, todos los que intervienen en la construcción responden solidariamente por los daños causados salvo si prueban que los vicios no tienen causa en su respectiva actuación. Es decir, cada uno de los sujetos responde por los vicios originados

en el ámbito de su competencia, y sólo cuando no sea posible discernir con precisión la respectiva influencia en la ruina su responsabilidad será solidaria (89).

(87) Se trata de un contrato atípico sobre el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en la Sentencia de 28 de enero de 1986, distinguiéndolo de figuras próximas pero distintas. V. CJ CE 26-1-1986 (Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schilligalis, 161/84, Rec. pág. 353).

(88) V. apartado IV.5: Limitación en el tiempo a la reparación,

(89) Por todos. Lucas Fernández, op. cit., pág. 349.

Sin embargo, en el Anteproyecto se establece en todo caso la responsabilidad solidaria de quienes intervienen en la construcción del inmueble, con independencia de que el vicio sea de construcción, dirección... No se contempla la posibilidad de que alguno de ellos se exonere de responsabilidad mediante la prueba de que su actuación no determinó el carácter defectuoso del inmueble. No obstante, hay que entender que ello sin perjuicio de la posibilidad del condenado a pagar la indemnización de repetir de los demás con arreglo al derecho interno.

#### 4. Los daños indemnizables

##### A) El concepto de víctima

El Anteproyecto de Directiva no contiene una definición de cuáles son los sujetos protegidos y, aunque el proyecto de Exposición de Motivos justifica la adopción de una Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos tanto en la eliminación en el seno del Mercado Común de las trabas a los intercambios como en la necesidad de asegurar el mismo nivel de protección del «consumidor» en los países miembros, el término consumidor no vuelve a aparecer en todo el Anteproyecto.

Es cierto que las referencias al consumidor no liberalizan al intérprete de la tarea de analizar cuáles son las víctimas protegidas por el régimen de responsabilidad adoptado. No sólo por los problemas que plantea la delimitación de la noción de consumidor en Derecho comparado, sino, sobre todo, por la ausencia a nivel comunitario de una definición de este concepto (90).

Sin embargo, la desaparición en relación al Proyecto anterior (91), a lo largo del articulado del Anteproyecto, de toda referencia a los consumidores es bastante significativa.

(90) El Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores de 1975 mantenía en su n.º 3 una definición abstracta de consumidor, entendido como ciudadano consumidor, «una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor». Esto exige la necesidad de delimitar la noción de consumidor para cada uno de los sectores en que se concreta la política de su defensa, en función del concreto derecho que se desea tutelar.

(91) En el Proyecto de 27 de diciembre de 1989, el artículo 1 definía la responsabilidad del prestario del servicio por los daños causados «a un consumidor» por los defectos de su servicio: el artículo 3 definía al prestario del servicio como aquél que, en el marco de una actividad profesional prestaba un servicio a un consumidor; y en el artículo 4 se definía la noción de consumidor a los efectos de la Directiva de responsabilidad por servicios. *Projet de proposition de directive*, cit.

Se protege de esta forma a todos los que sufran daños como consecuencia de un servicio defectuoso. Y se protege a las víctimas de los daños no sólo con independencia de que hayan contratado el servicio, sino, también, con independencia de que se trate del destinatario del mismo. Se extiende, pues, la responsabilidad a los daños que sufran terceros ajenos a la prestación y disfrute del servicio.

La redacción actual del Anteproyecto resulta así más amplia que la del anterior Proyecto de febrero de 1989, en el que la protección se limitaba al consumidor. En la línea de los conceptos de consumidor que suelen proponerse (92) el Proyecto lo definía como «la persona física beneficiaria de un servicio destinado normalmente a un uso privado (93)». De acuerdo con el principio de protección del consumidor la prueba de que el servicio causante del daño no había sido suministrado para un uso principalmente privado incumbía, según el Proyecto, al demandado.

La noción de consumidor, así entendida, incluía junto al «consumidor cliente» (quien contrata con el empresario para adquirir los servicios ofrecidos por él (94)) —siempre que, según el Anteproyecto, además fuera consumidor final, esto es, que tratara principalmente con la obtención del servicio de satisfacer sus necesidades privadas, familiares o domésticas— al consumidor «de hecho». En efecto, el artículo 4 del Proyecto de febrero de 1989 expresamente ampliaba su ámbito de protección a quien, con consentimiento del consumidor-destinatario del servicio, utilizaba los bienes objeto del servicio (pariente o amigo a quien se deja usar el

vehículo reparado, invitados en una casa mal construida cuya terraza se desploma o en la que un aparato mal instalado explota...).

(92) Para una exposición de diversos textos legislativos que, en distintas legislaciones de Derecho comparado y a nivel supra e internacional, introducen el elemento subjetivo del uso privado a que se destinan los productos o servicios adquiridos o utilizados para la definición de la noción de consumidor, Bourgoignie, cit., pág. 26 y ss.

(93) La razón de esta delimitación en la protección era, según los autores del anterior Proyecto, que quien destina los servicios a un uso privado, personal o familiar, no profesional, carece habitualmente de los conocimientos específicos del profesional y no obtiene un beneficio económico profesional del servicio del que se beneficia, por lo que, se entendía, se encontraba en una posición más débil. V. Commentaires par anide.. B90-89-5, cit., pág. 4, punto 4.1.

(94) A. Bercovitz, *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en la obra junto a R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 111.

Quedaban en cambio excluidos los terceros que, fortuitamente, resultaban dañados. Por ejemplo, y dentro del concepto del by-stander acuñado por la doctrina y jurisprudencia angloamericana, el peatón sobre el que se desploma el tejado de la casa mal construida o reparada. La razón de esta exclusión era, según los propios autores del Proyecto (95), el fundamento del régimen de responsabilidad adoptado. Porque si se atiende a las expectativas legítimas que suscita el servicio en cuanto a su seguridad, parece razonable atender a la confianza del consumidor como consecuencia de la relación mantenida con el profesional (96).

Pero este criterio ha sido abandonado, como ya he dicho, en el nuevo Anteproyecto. La valoración de la seguridad que el artículo 5 ofrece al definir un servicio como defectuoso no menciona la confianza suscitada en el concreto usuario, sino la que «legítimamente cabe esperar (97)». Además, la razón que probablemente ha movido a incluir en el ámbito de protección de la Directiva y de responsabilidad por servicios a los terceros ajenos a la prestación y beneficio del servicio es la tesis, defendida por buena parte de la doctrina (98), de que, tratándose de la salud y la seguridad todas las personas merecen la misma protección.

La futura Directiva de responsabilidad por los servicios no se limitaría, pues, a proteger a quienes contratan la prestación de un servicio. Por el contrario, se prescinde del hecho de que entre la víctima y el suministrador del servicio medie una relación contractual. Ello no significa necesariamente, o al menos sin problemas, como veremos (99), que estemos ante un régimen de responsabilidad extracontractual porque, en ocasiones —seguramente con frecuencia— la víctima y el sujeto eventualmente responsable estarán vinculados por un contrato.

(95) Commentaires par article. B90-89-5, cit., pág. 5.

(96) No en vano, la definición de defecto del anterior Proyecto aludía a la confianza que el servicio despertaba, en cuanto a su seguridad, en el propio consumidor (art. 6 del Projet de proposition de directivo, cit.).

(97) De igual forma a lo que sucede en el artículo 6 de la Directiva 85/374.

(98) Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, cit., pág. 242; Cas-Ferrier, *Traite de Droit de la consommation*, París, 1986, págs. 217-218; Fallón, *Les accidents de la consommation et le droit*, cit., pág. 41.

(99) V. apartado IV.7 de este trabajo: *Naturaleza de la responsabilidad regulada en el Anteproyecto*.

Por otra parte, como ya ha quedado apuntado, el Anteproyecto no exige, para dispensar protección a la víctima del daño originado por el defecto de un servicio, que éste se preste para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas. En efecto, y a diferencia de lo que sucede en la Ley 26/1984 (100), el Anteproyecto no excluye de su ámbito de protección el daño que puedan sufrir los profesionales.

En definitiva, siempre que el daño producido esté incluido en el artículo 4, y haya sido provocado por un servicio en el sentido del artículo 2, al que, según lo dispuesto en el artículo 5 pueda calificarse de defectuoso, será de aplicación el régimen de la futura Directiva de responsabilidad por los servicios defectuosos.

Finalmente, el Anteproyecto no exige— a diferencia de lo que ocurría en la redacción del anterior Proyecto— que la víctima sea una persona física. ¿Significa esto que también están incluidas dentro del concepto de víctima las personas jurídicas? Parece razonable entender que, cuando los daños ocasionados a la persona jurídica estén comprendidos en la definición del artículo 4, no habrá inconveniente en aplicar el texto de la futura Directiva (101).

## B) Daños indemnizables

Según el artículo 4.1 del Anteproyecto, el término «daño» comprende, a los efectos de la Directiva, «cualquier atentado contra la salud y la integridad física de las personas, la integridad de los bienes muebles corporales o

inmuebles y todos los daños materiales que de ahí deriven». El artículo 4.2 añade que igualmente considera como daño «el daño moral resultante de la muerte o lesiones corporales».

A diferencia de lo que sucede en el artículo 9 de la Directiva 85/374, el artículo 4 del Anteproyecto no habla de «muerte o lesiones corporales», sino de atentado contra la «salud y la integridad física». De esta forma, resulta clara la amplitud de las situaciones que se pretende amparar. El daño causado a la persona es indemnizable aunque no represente una pérdida económica. Pero, al añadir el último inciso del artículo 4.1 del Anteproyecto que también son indemnizables los daños materiales que resulten de los anteriores, no es necesario llevar a cabo ninguna interpretación (102) que permita extender el concepto de daño a los gastos sanitarios —aun cuando no consigan su objetivo—, medicinas, entierro, a las ganancias dejadas de obtener durante el período de curación o las consecuencias patrimoniales de la disminución física.

Además, el artículo 4.2 del Anteproyecto —y a diferencia del último párrafo del artículo 9 de la Directiva 85/374, que remitía esta cuestión a las legislaciones nacionales— afirma que el daño moral resultante de la muerte o lesiones corporales igualmente se considera como daño a los efectos de la presente Directiva. La introducción de este precepto, incluso para nuestro país —en donde doctrina y jurisprudencia admiten que el daño moral es indemnizable en sí mismo—, resulta importante. Queda claro de esta forma que el daño moral resulta indemnizable de acuerdo con las reglas de la propia Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos, cuyo régimen de responsabilidad es más favorable para la víctima que el correspondiente a la legislación interna.

Aun cuando el daño moral puede resultar de otras lesiones (103), el Anteproyecto sólo habla de los derivados de la muerte o lesiones corporales. Y, ciertamente, el daño moral constituye uno de los daños más típicos de los casos de muerte y lesiones corporales. «Muerte y lesiones corporales» que, de acuerdo con el artículo 4.1 del Anteproyecto, comprenden, junto a la pérdida de la vida, todo tipo de pérdida de la salud —definitiva o no— y de integridad física.

(100) Cuyo artículo 1.2 y 3 identifica al consumidor, a los efectos de la Ley, con el destinatario final de los bienes y servicios. Por todos, A. Bercovitz, op. cit., especialmente pág. 120.

(101) En relación a la Directiva 85/374 R. Bercovitz, partiendo de que el consumo privado es el consumo individual de las personas físicas (y la Directiva 85/374 sólo considera indemnizables los daños materiales sufridos en bienes de uso o consumo privado), entendía que no existía margen alguno para la indemnización de una persona jurídica. V. La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 274.

(102) Como, en cambio, sí era precisa en relación a la Directiva 85/374. V. R. Bercovitz, La responsabilidad de los fabricantes, cit., pág. 275.

(103) Por ejemplo, la ejecución inadecuada de un contrato de publicidad puede dañar el honor del anunciante; o, como estimó la Sentencia de 23-V-1984, el daño síquico que supone para quienes habitaban una vivienda que hubo de ser demolida por defectos de construcción, la pérdida de la misma; o el trastorno y angustia ocasionada a la familia de los actores que se vieron en la necesidad de abandonar su vivienda y acogerse en la casa de un familiar e iniciar las difíciles gestiones para conseguir otra vivienda porque la suya se arruinó por falta de reparaciones del propietario (Sentencia de 16-XII-1986).

En cuanto al daño causado por la muerte de una persona, y ante el silencio del Anteproyecto, la cuestión de quién tiene derecho a la indemnización deberá resolverse atendiendo a cada Derecho nacional (104). Nuestra jurisprudencia, como esa sabida, mantiene, pese a las críticas de la doctrina (105), que no hay transmisión a los herederos, salvo de la acción para reclamar perjuicios materiales al patrimonio de fallecido.

El Anteproyecto cubre también los daños materiales. Se trata sin embargo únicamente de la reparación de los daños causados a las cosas, de la destrucción o deterioro de las cosas. El precepto habla gráficamente pero confusamente de la «integridad física de los bienes». No se pretende proteger a las personas de cualesquiera pérdidas sufridas con ocasión de la prestación de un servicio defectuoso. Quedan excluidas las pérdidas sufridas por el valor de la prestación no realizada o el complemento de la realizada defectuosamente, o las ganancias que se habrían obtenido mediante el empleo de la prestación incumplida, o los gastos efectuados y que el incumplimiento hace inútiles. En definitiva, no se pretende satisfacer las expectativas contractuales de quien contrató el servicio.

Y es que, aunque la responsabilidad derivada de los servicios defectuosos se encuentra, en el marco de la política comunitaria, dentro de la protección de los intereses económicos de los consumidores (106), se entiende que los daños derivados de la no satisfacción del interés de la prestación, que sólo puede sufrirlo quien contrató el servicio, son resarcibles en cada caso al amparo de las reglas de responsabilidad contractual (107).

(104) La diversidad de soluciones existentes sobre esta materia a nivel internacional llevó a la JNCITRAL a concluir que lo mejor era dejarla a cada legislación nacional, puesto que la unificación internacional resultaría muy difícil y no realmente necesaria (Informe del Secretario General, cit., punto 57, págs. 284 y págs. 304 a 324). La misma razón movió al Consejo de Europa a aprobar una Resolución sobre esta materia, y no un Convenio, como en un principio se pensaba (Résolution 75 (7) adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 14 mars 1975 et Exposé des Motifs. Conseil de l'Europe. Strasbourg, 1975)-

(105) Díez-Picazo y Gullóri, Sistema, II, cit., pág. 602; Lacruz, Elementos, II, 1, cit., pág. 521.

(106) En el apartado 19.11 del Programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores se recogía como principio rector de la política comunitaria de tutela del consumidor la protección contra los daños causados a sus intereses económicos por un producto defectuoso o por servicios insuficientes.

Para los autores del Anteproyecto es precisamente la delimitación del daño resarcible —daños a la persona y daños a sus bienes— la que justifica la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva (108). Delimitación del daño resarcible que, por otra parte, resulta coherente con el fundamento de responsabilidad escogido: la noción de defecto, entendida como falta de seguridad, parece remitir, en efecto, a los daños que puedan sufrir las personas y sus bienes.

Aunque resulta más que probable la posterior modificación de este punto en las sucesivas sesiones de trabajo necesarias para que el texto del Anteproyecto llegue a convertirse definitivamente en Directiva, la actual redacción del Anteproyecto no prevé —con la excepción, como vamos a ver, de los daños causados en los transportes internacionales— ningún límite a la cuantía de la reparación de los daños.

Tampoco se contempla en el Anteproyecto la posibilidad de que los Estados introduzcan un límite para la posibilidad global del prestatario de servicios por los daños que resulten de las lesiones a la salud e integridad física causadas por el mismo servicio (109), ni se adopta, para evitar la acumulación de reclamaciones de escaso montante, una franquicia en relación a los daños materiales, por la que sólo se indemnizarían los daños que excedieran de determinado importe (110).

(107) Para una crítica a este planteamiento del Anteproyecto de propuesta de Directiva, al que consideran claramente insuficiente, v. el Avis du CCC sur la responsabilité du fait de services présentant un défaut de sécurité. Adopté le 30-XI-1989. CCC/29/89, final, pág. 1. A juicio del Comité Consultivo de los Consumidores, el principio general que debería inspirar al Anteproyecto es el de que los servicios deben prestarse de una forma profesionalmente satisfactoria, teniendo en cuenta los intereses de los consumidores. La constatación de que en la práctica diaria existen numerosos servicios que no responden a las legítimas expectativas de los consumidores, y la falta de calidad y adecuación del servicio solicitado, que producen grandes pérdidas económicas al consumidor hace necesaria, a juicio del CCC, la intervención de la Comisión CEE con el fin de proteger los intereses económicos de la parte más débil en el mercado.

(108) Avant-Projet. Commentaires par article, cit., punto 2.1, pág. 2.

(109) A diferencia de lo que sucede en el artículo 16.1 de la Directiva 85/374, según el cual: "Todo Estado miembro puede prever que la responsabilidad global del productor, por los daños derivados de la muerte o de lesiones corporales y causados por artículos idénticos que tengan el mismo defecto, sea limitada a un importe máximo, que no puede ser inferior a setenta millones de ECU".

(110) A diferencia de lo que sucede en el artículo 9 de la Directiva 85/374.

La indemnización de los daños ocasionados a las cosas de la víctima no excluye siquiera —a diferencia de lo que sucede en la Directiva 85/374— los daños causados a la cosa objeto del contrato de prestación del servicio y que, en principio, quedarían cubiertos por las reglas de responsabilidad contractual. Por ejemplo, quedan incluidos los daños sufridos por el objeto defectuosamente reparado que, a consecuencia de ello, explota, o el objeto transportado o dejado en depósito que es deteriorado o extraviado.

Además, como quedó expuesto más arriba, el Anteproyecto protege también a los profesionales que sufran daños. Y no sólo en su persona (salud, integridad física), sino también en sus bienes. Pero el Anteproyecto de propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por servicios defectuosos no contiene la exigencia que, para los daños materiales, introduce la Directiva 85/374: que se trate de cosas cuyo destino normal y el uso principal dado por la víctima sea el uso o consumo privado. De este modo, en la futura Directiva de responsabilidad por daños de servicios se protegería no sólo a las cosas de consumo privado, sino también a los bienes de producción.

Es fácil imaginar, sin embargo, que el miedo de que los riesgos en los casos de daños materiales pueda suponer grandes pérdidas financieras, apoyado por la tesis de que, en el contexto de los daños materiales, el seguro contratado por el propietario de los bienes comerciales o profesionales es superior en términos de eficacia práctica que el seguro de responsabilidad civil contratado por el eventual demandado, acabará por modificar —como sucedió en la Directiva 85/374 (111)— la redacción actual del Anteproyecto en este punto.

Como he anunciado, el Anteproyecto contiene ya, en la actualidad, la posibilidad de establecer un límite global a la responsabilidad por los daños ocasionados por un transporte internacional. La razón, seguramente, es la existencia en todos los Convenios Internacionales sobre la materia, y con independencia de la vía o medio por la que se efectúe el transporte, de limitaciones a la responsabilidad.

(111) J. A. Jolowicz, *Products liability and property damage*, CEE, XI/359/75/E, pág. 8.

No obstante, no parece fácil la introducción de una cuantía única que unifique los distintos límites existentes en cada uno de los Convenios. Así, y sólo por poner dos ejemplos, en el Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre responsabilidad del porteador en el transporte de personas y equipajes se fija un límite máximo de responsabilidad de 70.000 francos por cada pasajero y transporte en caso de muerte y lesiones corporales, y en cantidades que oscilan entre 12.500 y 50.000 francos para el caso de pérdidas o daño en equipaje, estableciendo al efecto que el franco «está referido a una unidad constituida por 65,5 mg de oro de 900 milésimas» (arts. 7, 8 y 9).

El Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952 sobre daños causados a terceros en la navegación aérea, establece que la cuantía de la indemnización por los daños reparables no excederá por aeronave y accidente de 500.000 francos, para las aeronaves cuyo peso no exceda de 1.000 kilogramos; 500.000 francos más 400 francos por kilogramo que pase de 1.000, para las aeronaves que pasen de 1.000 y no excedan de 6.000 kilogramos; 2.500.000 francos, más 250 francos por kilogramo que pase de los 6.000, para aeronaves que pasen de 6.000 y no excedan de 20.000 kilogramos; 6.000.000, más 150 francos por kilogramo que pase de los 20.000 para aeronaves que pesen más de 20.000 kilogramos y no excedan de 50.000; 10.500.000 francos, más 100 por kilogramo que pase de los 50.000 kilogramos, para las aeronaves que pesen más de 50.000 kilogramos. En todo caso la indemnización por muerte o lesiones no excederá de 50.000 francos por persona fallecida o lesionada (art. 11).

##### 5. Limitación en el tiempo a la reparación

De acuerdo con el artículo 11.1 del Anteproyecto los derechos de las víctimas derivados de la (futura) Directiva de responsabilidad por los servicios defectuosos «se extinguen al término de un plazo de cinco años desde la fecha en que el prestatario ha suministrado el servicio que causó el daño, a menos que durante este período la víctima hubiera iniciado un procedimiento judicial contra aquél». Este plazo, según el artículo 11.2 del Anteproyecto, se amplía a veinte años cuando el servicio tiene por objeto la proyección o construcción de un inmueble.

Los plazos previstos en el artículo 11 del Anteproyecto no son plazos de prescripción. En efecto, es el artículo 10.1 del Anteproyecto el que prevé la introducción de un plazo de prescripción para la acción de reparación de los daños por servicios defectuosos de tres años a partir de la fecha en que la víctima hubiera tenido o debiera haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del suministrador.

La redacción del artículo 10 del Anteproyecto es idéntica a la del artículo 10 de la Directiva 85/374. La adopción de un plazo uniforme de prescripción, con independencia de que entre la víctima y el prestatario del servicio pudiera existir o no una relación contractual, supone un paso en materia de unificación de la responsabilidad. El artículo 10.2 del Anteproyecto, sin embargo, remite a las regulaciones nacionales todas las cuestiones relativas a causas y efectos de la interrupción y suspensión lo que, en la práctica, puede suponer que el plazo dentro del cual debe interponerse la acción no sea uniforme a lo largo de la Comunidad. Por otra parte, la introducción de un criterio subjetivo en cuanto al momento inicial de la prescripción —que empieza a correr desde que la víctima tuviera o debiera haber tenido conocimiento no sólo de la efectividad del daño, sino también del defecto del servicio y de la identidad del suministrador— resulta muy favorable a los intereses de las víctimas.

El Anteproyecto, siguiendo fielmente en este punto el régimen de la Directiva 85/374 —que, a su vez tomó de modelo el sistema estadounidense de la *product liability*— adopta de esta manera dos plazos para limitar el derecho de la víctima a obtener la indemnización.

Pero si el artículo 11 contiene un plazo de prescripción, ¿cuál es la naturaleza de los plazos previstos en el artículo 11 del Anteproyecto? El plazo de cinco (o de veinte) años, al igual que sucede con el de diez años adoptado en el artículo 11 de la Directiva 85/374, no opera como un plazo de garantía por los servicios prestados. Porque, y pese al aparente paralelismo con el artículo 1.591 del Código Civil español, en el artículo 11 del Anteproyecto no se trata de que el daño de que responde el suministrador se haya tenido que producir

en ese plazo de cinco (o veinte) años. Se trata de que la víctima haya ejercitado en ese plazo una acción judicial contra el prestatario porque, de lo contrario, «queda extinguido» su derecho a la recuperación.

Nos encontramos por tanto ante un plazo de ejercicio de la acción pero que, curiosamente, empieza a correr, no desde el nacimiento del derecho a reclamar, sino a partir del momento en que se presta el servicio. En ocasiones, por tanto, el derecho de la víctima más que «extinguirse», que dice el artículo 11 del Anteproyecto, no habrá llegado a nacer.

La regla coincide con lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 85/374. Al establecer que el momento de interposición de la acción no podrá ser en ningún caso posterior al de cinco años (o veinte si el objeto del servicio es la proyección o construcción de un inmueble) a partir del momento en que se prestó el servicio se pretende impedir que la sustanciación de pleitos en relación a servicios que se prestaron cinco (o veinte) años antes.

Ni la Exposición de Motivos ni los comentarios de los autores del Anteproyecto contienen ninguna explicación en relación a estos plazos. No cabe duda de que su introducción es el resultado de adaptar los plazos de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, como se ha creído conveniente, al ámbito de los servicios. Pero sí los motivos que supuestamente justificaban la adopción del plazo de diez años en la Directiva 85/374 eran discutibles (112), en el ámbito de los servicios los plazos del artículo 11 del Anteproyecto también plantean problemas.

Porque si de lo que se trata es de eliminar demandas por servicios que fueron prestados hace tiempo, por entender que, transcurrido cierto tiempo, el daño no puede ser el resultado de un defecto del servicio, no sería necesario considerar extinguido el derecho de la víctima a reclamar porque, sencillamente, ya le resultará extremadamente difícil probar el defecto y la relación causal con el daño. Pero, además, sólo en relación a algunos servicios puede tener sentido la introducción de un plazo de esta naturaleza.

(112) El considerando undécimo de la Directiva alude, en primer lugar, a la necesidad de eliminar aquellas demandas en las que el daño ha sido ocasionado por productos viejos, en los que el desgaste, la falta de mantenimiento adecuado y las propias alteraciones a que lo haya sometido el usuario son la causa del accidente; en segundo lugar se menciona el hecho de que cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y la producción de numerosos avances en los conocimientos científicos y técnicos.

## 6. La relación de causalidad

A) La relación de causalidad entre la actividad del demandado y el defecto del servicio y entre éste y el daño sufrido por la víctima

El artículo 6 del Anteproyecto exige a la víctima, para poder obtener una indemnización, además de la prueba del daño y del defecto del servicio, que «proporcione los elementos capaces de establecer la verosimilitud del nexo causal entre el defecto y el daño». Es decir, no basta con probar que el servicio prestado era defectuoso. Tampoco basta con demostrar que el daño se produjo durante el disfrute o la prestación del servicio. Ha de demostrarse, además, la probabilidad de que el daño fue causado por el carácter defectuoso del servicio.

El Anteproyecto no habla de la prueba del nexo causal, sino de la verosimilitud, la probabilidad de ese nexo causal. Esta previsión, que ha suscitado recelos en los representantes empresariales (113), pretende sin duda facilitar la reclamación de las víctimas de daños a las que, en ocasiones, puede resultar difícil probar debidamente la existencia de nexo causal entre el daño sufrido y el defecto del servicio.

Esta simplificación en la prueba del nexo causal, plausible, a mi juicio, no resulta tan innovadora como a simple vista pudiera parecer si se tiene en cuenta la interpretación jurisprudencial de la relación causal en materia de daños, favorable al arbitrio judicial. En efecto, nuestro Tribunal Supremo se atiene a una «apreciación razonable y empírica de las cosas», a «criterios de sentido común» en la apreciación del nexo causal (114). En definitiva, los tribunales deberán valorar en cada caso, de acuerdo con criterios realistas desde un punto de vista social si el daño sufrido por la víctima era debido o no al defecto del servicio. En definitiva, no es que el suministrador de un servicio deba responder de todos los daños sufridos con ocasión de la prestación del servicio, o al utilizar el producto que era objeto o medio de la prestación.

(113) V. Unice, *Commentaires du Groupe de travail «Responsabilité»*, cit., en nota 7, pág. 4.

(114) Albaladejo, *Derecho civil*, II, 2, 7 ed., Barcelona, 1982, pág. 476; Lacruz, *Elementos*, II, 1, pág. 526; Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, II, pág. 604.

Únicamente responderá de aquéllos que, por las circunstancias en que se produjeron sean imputables al defecto del servicio.

Pero, sin duda, en la práctica, la prueba de que el servicio era defectuoso y la de que ésta fue, probablemente, la causa del daño sufrido por la víctima, aparecerán estrechamente relacionadas. De tal forma que, presumida la existencia de defecto en el servicio cuando se ha producido un daño dentro de los plazos establecidos en el artículo 6 del Anteproyecto, este mismo hecho puede permitir fácilmente la verosimilitud del nexo causal.

El Anteproyecto no hace en cambio ninguna mención a la relación causal entre el defecto del servicio y la actividad del prestatario. Pero, al igual que sucede en la Directiva 85/374, no puede decirse que se prescindiera de ella. No se exige a la víctima la prueba del nexo causal entre la actividad del suministrador y el defecto del servicio porque se da por supuesto.

En primer lugar, el demandado podrá exonerarse de responsabilidad, aunque el texto del Anteproyecto no lo diga, probando que él no suministró el servicio. Porque parece claro que el demandado debe ser prestatario del servicio que causó el daño. Pero, además, y aunque el Anteproyecto presupone que los defectos del servicio son re-conducibles a la esfera de actuación de quien lo presta, éste sin embargo puede demostrar que el defecto tiene otra causa que no le es imputable a él. Estas son las hipótesis del artículo 7 del Anteproyecto.

Según el artículo 7 del Anteproyecto de propuesta de Directiva, el prestatario del servicio no es responsable si prueba que el defecto es debido a fuerza mayor o que el defecto es debido a la conformidad del servicio con reglas imperativas emanadas de los poderes públicos.

Llama la atención que el artículo 7 del Anteproyecto dice que el prestatario del servicio no es responsable si prueba que el defecto del servicio es debido a fuerza mayor. Es decir, que el elemento extraño que puede interferir en el nexo causal interviene en la determinación del propio carácter defectuoso del servicio. Se trata, por tanto, de un elemento extraño en el nexo causal entre la actividad del suministrador y el defecto del servicio, y no sólo, como sería lógico, en la producción del daño.

La diferencia entre la fuerza mayor anterior a la prestación del servicio y lo que puede suceder en un momento posterior puede ser difícil de precisar en todos los supuestos (115). Sin embargo, en el primer caso habría que concluir que el suministrador es responsable de los servicios que presta y a través de sus conocimientos profesionales y técnicos es el único que puede y debe garantizar sus servicios. Con independencia, por tanto, de que el servicio presentara un defecto calificable de imprevisible o inevitable: por ejemplo, porque en el momento de prestar el servicio el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía calificarlo de defectuoso; o, por ejemplo, porque el defecto del servicio era objetivamente imposible de evitar. De lo contrario, y seguramente de forma no consciente ni querida, los autores del Anteproyecto están introduciendo en el Anteproyecto de Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos los riesgos de desarrollo como causa de exoneración del prestatario (115 bis).

Pero, además, la prueba del prestatario de que no podía haber previsto ni evitado el defecto del servicio más tiene que ver con la prueba de la falta de culpa por su parte —lo que, en principio, resulta ajeno al fundamento de responsabilidad adoptado en el Anteproyecto— que con una interferencia en la relación de causalidad, que es lo que constituye la fuerza mayor.

A la vista de estas observaciones, y a mi juicio, el Anteproyecto de Directiva de responsabilidad por servicios defectuosos debería considerar la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad del prestatario, pero únicamente cuando interrumpa el nexo causal entre la actividad de aquél —la prestación del servicio— y la producción del daño, es decir, cuando se tratara de un acontecimiento externo al círculo de actuación del agente (116).

(115) Para el ámbito de la responsabilidad por los productos defectuosos el Comité de Expertos del Consejo de Europa distinguió entre la fuerza mayor anterior al lanzamiento al mercado de un bien y lo que puede suceder después de ese momento. V. Rapport explicatif, cit., párrafo 64.

(115 bis) V-, sin embargo, la crítica formulada por la UNICE al Anteproyecto de propuesta de Directiva por entender que, al no aparecer expresamente la posibilidad de excluir la responsabilidad por los riesgos de desarrollo —a diferencia de lo que sucede en el artículo 7.e) de la Directiva 85/374—, el prestatario de servicios no podrá exonerarse de responsabilidad por esta causa {UNICE. Commentaires du Groupe de travail «responsabilité», cit., pag. 4}.

(116) Así, Díez-Picazo y Guitón, para nuestro Ordenamiento, y en relación al cazador, que no puede alegar para exonerarse de responsabilidad la rotura o fallo de su escopeta, al automovilista que no puede alegar el fallo del mecanismo del vehículo, ni el explotador de energía nuclear el fallo de la instalación (Sistema, II, pág. 605),

El artículo 7 del Anteproyecto permite también al suministrador exonerarse de responsabilidad si prueba que el defecto del servicio es debido a la conformidad con reglas imperativas emanadas de los poderes públicos. Esta regla coincide, casi literalmente, con lo dispuesto en el artículo 7.d) de la Directiva 85/374 y, al igual que sucede en ésta, hay que señalar que su ámbito de aplicación es muy reducido.

En efecto, no se permite al demandado exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de que cumplió las exigencias de seguridad legal y reglamentariamente impuestas a su servicio. El artículo 7 del Anteproyecto únicamente permite al suministrador liberarse de la responsabilidad por los daños causados por el servicio prestado cuando esos daños son el resultado, precisamente, del cumplimiento de las reglas imperativas a que se refiere el precepto. Reglas que, de una parte, han de proceder de los poderes públicos y no de otras instancias y que, de otra parte, han de ser imperativas. No podrá, por tanto, el suministrador del servicio exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de que se ajustaba a los modos habituales de proceder en el sector profesional o técnico correspondiente, aun cuando esa pudiera resultar la causa del carácter defectuoso del servicio.

En definitiva, la regla del artículo 7 del Anteproyecto, contempla únicamente el supuesto en que el cumplimiento para el demandado —para obtener las pertinentes autorizaciones de apertura o funcionamiento...— haya sido la causa del defecto del servicio y, por tanto, la causa del daño. En esta hipótesis —seguramente infrecuente, por lo demás— a la víctima sólo le quedaría reclamar contra la Autoridad responsable de la aprobación de tal norma.

#### B) La interrupción en la relación causal entre el defecto del servicio y el daño

El Anteproyecto, que exige a la víctima que proporcione los elementos capaces de establecer la verosimilitud de la relación causal entre el defecto y el daño, determina también las causas (en la redacción actual del texto sólo una) de interrupción de la misma. En concreto, el artículo 7 bis del Anteproyecto, de contenido paralelo al artículo 8 de la Directiva 85/374, contempla el supuesto en que el daño ha sido causado conjuntamente por un defecto del servicio y por la intervención de un tercero (Apdo. 1), para establecer que resulta irrelevante. Ni siquiera producirá un reparto de la responsabilidad entre el suministrador del servicio defectuoso y el otro causante. El artículo 7 bis apartado 2 del Anteproyecto, por otra parte, establece que la responsabilidad del suministrador «puede ser reducida cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del servicio y por la culpa de la víctima o de una persona de la que la víctima es responsable. Dicha responsabilidad puede ser suprimida cuando el daño ha sido causado exclusivamente por la culpa de la víctima o de una persona de la que la víctima es responsable».

En primer lugar, y aun cuando el Anteproyecto únicamente menciona expresamente esta posibilidad para el supuesto en que el daño haya sido causado exclusivamente por culpa de la víctima, no cabe duda de que el prestatario del servicio no será responsable cuando el daño haya sido provocado de forma exclusiva por la intervención de un tercero. Porque, lógicamente, si el daño es el resultado exclusivo de la actividad de un tercero ajeno a la prestación de un servicio, de forma tal que no quede acreditada la probabilidad del nexo causal entre el defecto del servicio y el daño, el suministrador no podrá ser considerado responsable. Pero en cada caso, habrá que atender a la interrupción de la relación causal entre el defecto y el daño. Puede ocurrir, por ejemplo, que la intervención del tercero sea la causa de que el servicio resulte defectuoso. En este caso, no parece razonable liberar de responsabilidad al prestatario del servicio que, asumiendo una responsabilidad por riesgo, debe responder frente a las víctimas de los daños, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda dirigirse contra ese tercero. Por el contrario, la intervención del tercero puede ser tal que no permita establecer de forma verosímil el nexo causal entre el defecto y el daño. En este caso, el suministrador no será responsable, puesto que no existirá el nexo causal exigido en el artículo 6 del Anteproyecto.

En segundo lugar, y en relación a la regla prevista en el apartado 1 del artículo 7 bis del Anteproyecto, se trata de un criterio encaminado a proteger a la víctima, pues de acuerdo con ella podrá obtener íntegra la indemnización de los daños sufridos del prestatario del servicio sin necesidad de demandar conjuntamente al tercero. Sin perjuicio, aunque no lo diga el Anteproyecto, de que con arreglo a las disposiciones nacionales, aquél se dirija posteriormente contra este último. En la hipótesis prevista por el apartado 1 del artículo 7 bis del Anteproyecto no nos encontramos ante una coautoría, sino ante dos actores distintos —prestatario del servicio y tercero—, ante dos acciones diferentes determinantes de un resultado único, el daño sufrido por la víctima. De este modo, la solución adoptada por el Anteproyecto de Directiva de responsabilidad por los servicios coincide

con la que hubiera resultado por aplicación de la regla de solidaridad vigente, según nuestra jurisprudencia, para la responsabilidad extracontractual (117).

Por otra parte, el segundo apartado del artículo 7 bis del Anteproyecto permite, como hemos visto, anular o reducir la responsabilidad del suministrador cuando el daño resulta de la conducta de la víctima (o de una persona de la que debe responder). La referencia a la culpa de la víctima debe entenderse en el sentido de que la víctima ha contribuido con su conducta a la causación del daño (118). Si el daño ha sido causado únicamente por el comportamiento de la víctima, el prestatario del servicio no podrá ser considerado responsable porque no resultará acreditado el nexo causal entre el defecto y el daño. En los demás casos habrá que determinar hasta qué punto el daño ha sido predominantemente causado por el defecto del servicio y por la víctima a fin de fijar la cuantía de la indemnización (119).

La actuación del perjudicado puede tener lugar antes, durante o después de la causación de los daños. De una parte, y por exigencia de la buena fe, quien ha sufrido un daño ha de contribuir, según las circunstancias, a reducirlo o a evitar que aumente. La doctrina, en relación a los hechos posteriores a la producción de daños determinantes de culpa del perjudicado suele estudiar el incumplimiento de la obligación de hacer todo lo necesario para curar las lesiones corporales o el daño a la salud (120).

(117) Lacruz, Elementos, II, 1, pág. 534.

(118) Recientemente en este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 -11-1989, en la que se declara que la compensación de culpas no se produce por criterios subjetivos sino por objetivos abstractos: no hay compensación de culpas sino concurrencia de concausas y, por tanto, hay que valorar la incidencia de cada conducta en el resultado. (119) Lacruz, Elementos, II, 1, pág. 538.

De otra parte, y por lo que se refiere a las actuaciones de la víctima anteriores o simultáneas a la producción del daño, resulta dudoso admitir que el destinatario de un servicio «peligroso» (un viaje en avión, una operación quirúrgica compleja, la utilización de arrastres en una pista de esquí) realiza, por la exposición a ciertos peligros, una conducta concausante del daño.

La culpa del perjudicado, cuya consecuencia es reducir la obligación de indemnizar del agente, habrá de venir integrada, a mi juicio, por una acción u omisión (del cumplimiento de las instrucciones proporcionadas por el prestatario del servicio, del deber de suministrar a quien presta el servicio la información que le sea requerida,..) que sea causa, junto al carácter defectuoso del servicio, de la producción del daño.

En realidad, los riesgos inherentes a cada actividad deberán ser valorados en cada caso para precisar el carácter defectuoso o no del servicio, y no la culpa de quien resulta perjudicado.

El Anteproyecto, al igual que el artículo 8.2 de la Directiva 85/374, equipara la culpa de la víctima a la de aquella persona de la que deba responder. Para el Ordenamiento jurídico español hay que tener en cuenta a estos efectos los artículos 1.903 del Código Civil y 20 a 22 del Código Penal, que establecen la responsabilidad civil por hecho ajeno. Esta asimilación, sin embargo, resulta contraria al fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno, con la que se pretende facilitar a la víctima la reparación del daño (121). Aquí, por el contrario, se acude a este criterio para dejar a la víctima sin protección.

Finalmente, por lo que se refiere a la ruptura del nexo causal entre el defecto del servicio y el daño por fuerza mayor el Anteproyecto de Directiva, al igual que sucede en la Directiva 85/374, guarda silencio. La redacción actual del Anteproyecto sólo menciona la fuerza mayor, como hemos visto, para exonerar al prestatario del servicio de responsabilidad cuando es la causa del defecto.

Por las razones expuestas más arriba lo razonable sería establecer la eficacia exoneratoria de la fuerza mayor a los casos en que ésta fuera la causa del daño, y no del defecto. No obstante, no existe inconveniente en admitir, aunque el Anteproyecto no diga nada al respecto, que si la fuerza mayor interrumpe el nexo causal entre el defecto y el daño el prestatario no será responsable por faltar el presupuesto de la responsabilidad exigido en el artículo 6 del Anteproyecto. Si, por otra parte, a la producción del daño concurren el defecto del servicio y la fuerza mayor habrá que entender, como propone la doctrina en nuestro ordenamiento, que la responsabilidad del agente ha de resultar aminorada.

## 7. Naturaleza de la responsabilidad regulada en el Anteproyecto

El Anteproyecto no califica de contractual ni de extracontractual la naturaleza de la responsabilidad del prestatario de servicio. Contempla al mismo tiempo hipótesis en que la víctima y el sujeto responsable están unidos por un contrato con supuestos en los que falta un vínculo contractual. Aquí, parece extender su ámbito

de protección a quienes, sufriendo los daños, no contrataron el servicio, ni se beneficiaron tampoco de él, sino que fortuitamente resultaron dañados como consecuencia de la prestación de un servicio.

La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad no carece de interés. Porque, aunque, como hemos visto, el Anteproyecto adopta un único plazo de prescripción, no resuelve todos los problemas que pueden suscitarse, especialmente en relación a la ley aplicable (122) o a la determinación del juez competente (123).

Ciertamente que, al contemplar fundamentalmente los daños a la salud y seguridad de las personas y sus bienes, cabría argumentar que el interés protegido es distinto del de la prestación y que, por ello, aun mediando una relación contractual entre la víctima y el demandado, estaríamos ante una responsabilidad extracontractual.

(120) Santos Briz, La responsabilidad civil, I, cit., pág. 115.

(121) En este sentido, en relación a la Directiva 85/374, FAGNART, La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits, en Can. droit eur, 1987, pág. 43.

(122) Para la determinación de la cual, nuestro Ordenamiento esta blece criterios distintos, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, de acuerdo con los apartados 5 y 9 del artículo 10 del Código Civil.

(123) Que de acuerdo con los artículos 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial varía según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

Esta tesis, propuesta por nuestra jurisprudencia (124), ha sido aplicada en ocasiones, por ejemplo, como ya hemos visto, en relación a la responsabilidad médica o a la responsabilidad del transportista por los daños sufridos por el pasajero.

Pero, sin embargo, la calificación de extracontractual encuentra más dificultad cuando, por ejemplo, el prestatario del servicio (el hotelero, por ejemplo) asume la obligación contractual de custodiar los efectos del cliente (125); o si, por ejemplo, la prestación del servicio consiste en la conservación de una partida de vegetales en un frigorífico (126). Si, como parece, los daños sufridos por los bienes (y la pérdida o deterioro de los bienes lo son) están incluidos en el texto del Anteproyecto de propuesta de Directiva, no tendría sentido, en estos casos calificar de extracontractual dicha responsabilidad. Igualmente, cuando por ejemplo, el servicio prestado consiste en la limpieza de una prenda que se estropea o en la reparación de un electrodoméstico que se inutiliza.

De mantener el ámbito de aplicación del Anteproyecto para estos años —que, sin problemas, serían reparables por otras vías, al amparo del contrato celebrado en cada caso— resulta, pues, problemática la calificación uniforme de la responsabilidad por los servicios.

Fuera de estos supuestos, incluso, la calificación de extracontractual de la responsabilidad del prestatario del servicio se enfrenta a la postura de la jurisprudencia de otros ordenamientos que, como la francesa, reconoce, en relación a los daños corporales, una obligación contractual de seguridad en un buen número de contratos, comenzando por el transporte de personas, remontes mecánicos, ferias, restaurantes... (127).

De acuerdo con estas observaciones, no sería aconsejable que los redactores de la futura Directiva se pronunciaran acerca de la naturaleza de la responsabilidad regulada en la misma. A lo sumo, sería conveniente la fijación de reglas que expresamente resolvieran cuestiones problemáticas, en general, en todas las relaciones en que intervienen consumidores. Y, especialmente, criterios para la determinación de la competencia judicial o en su caso de la ley aplicable.

(124) Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984 (sobre incendio ocurrido en local de negocio cedido en arrendamiento) o en la de 16-XII-1986 (sobre daños por hundimiento de una parte del tejado en vivienda arrendada).

(125) Como sucede, por ejemplo, con los objetos que se entregan para su custodia al hotelero, Pérez Serrano, El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil, Madrid, 1930; pág. 208; Roca Juan, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XXII, 1, dirigidos por Albaladejo, págs. 300 y ss.

No falta sin embargo quien ha apuntado, que el depositario que causa daño a la cosa depositada no sólo incumple el contrato de depósito sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro, García Valdecasas, El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español, en RDP, 1962, pág. 831.

(126) Contrato que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3-XI-1978 calificó como de prestación de servicio, siendo responsable el presta tario del mismo de los fallos técnicos de su instalación; del fallo de las condiciones de frío, humedad y aireación que provocaron la germinación de las patatas.

(127) G. Viney, La responsabilité; conditions, cit., núms. 499 y ss. y La responsabilité: effets, París, 1988, en Traite de droit civil de Ghes-tin, núm. 194.

#### RESUMEN

La Comisión de la CEE está estudiando un anteproyecto de directiva que extienda a los daños causados por los servicios defectuosos un sistema de responsabilidad sin culpa, al igual que sucede desde 1985 para los productos. En el artículo se analizan las principales líneas del anteproyecto (el régimen de responsabilidad previsto, los servicios que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, los daños que tienden a protegerse...) y se ponen de relieve las dificultades que plantea la adopción de un régimen uniforme de responsabilidad en esta materia.

#### ABSTRACT

The European Commission is thinking over a Directive preliminary draft in order to enlarge a strict liability system to damages made by defective services, similarly as the system for products existing since 1985. In the paper the main lines of the preliminary draft are analyzed (the foreseen liability system, services including in this application scope, the protecting damages...). Difficulties raised by establishing a regular system of liability in this item are also emphasized.

## Colaboradores

QUINTANA CARLO, Ignacio

*Master in Comparative Law* por la Southern Methodis University, en Dallas (U.S.A.) y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, es en la actualidad Catedrático de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

JIMENEZ BELTRAN, Domingo

Ingeniero industrial, actualmente responsable de los temas de seguridad, salud y calidad del departamento de Política de Consumidores de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Anteriormente su dedicación principal ha sido el Medio Ambiente y la Gestión de Recursos Naturales, tanto desde la empresa privada (fabricación de bienes de equipo, ingeniería, consultoría) como en la Administración autonómica, nacional y en relaciones Internacionales (Ministerio de Industria y Energía. Comunidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Obras Públicas. Representación Española ante las Comunidades Europeas).

PARRA LUCAN, María Angeles

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio

Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Es autor de diversas monografías («El Contrato de Factoring», «Los Dividendos a cuenta») y artículos de su especialidad. En materia de protección de los consumidores ha dictado diversas conferencias y publicados varios artículos en revistas especializadas. De entre ellos cabe destacar «Contratación bancaria y Consumo» (RDBB, 1988), «La armonización del Derecho aplicable a la Publicidad Engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la Directiva 450/84) (RIE, 1988) y «Derecho Comunitario y Derecho del Consumo» (RDM, pendiente de publicación).