

La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC¹

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III

RESUMEN

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria es doctrina tradicional del TS la necesidad de prueba de la culpa o negligencia médica. Frente a ello, el actual art. 148 TRLC –anteriormente art. 28 LCU– contiene una regla de imputación objetiva de responsabilidad aplicable a los servicios médicos. Dicha regla parece inspirar cierto recelo en nuestros tribunales, puesto que rara vez la aplican de manera independiente y sin hacer referencia a la existencia de algún tipo de negligencia. Este trabajo pretende dar respuesta a las dudas que suscita la aplicación, a los servicios sanitarios, del citado art. 148 TRLC. A tal fin se delimita el ámbito objetivo de dicho precepto partiendo de la noción de servicio defectuoso y tomando en consideración las peculiaridades de la actividad médica, que conlleva riesgos aleatorios que escapan a la esfera de control médico; riesgos que, por consiguiente, no deben, como regla, generar responsabilidad si llegan a materializarse. A partir de ahí se concretan los supuestos en que cabe considerar un servicio médico como defectuoso, se determina el elenco de sujetos responsables y se analiza la posibilidad de admitir ciertas causas de exoneración de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad objetiva; prestador de servicios; servicio médico defectuoso; riesgos aleatorios; seguridad exigible; resultado anormal; sujetos responsables; causas de exoneración.

ABSTRACT

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del PI Der 2013-44620-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

In the field of medical liability the High Court traditionally requires the proof of fault or medical malpractice. In contrast to that, the current art. 148 TRLC (formerly the art. 28 LCU) contains a rule of strict liability which can be applied to medical services. This rule seems to inspire some wariness in our courts since they rarely apply it independently and without reference to any kind of negligence. This article aims to answer the doubts raised when applying the mentioned art. 147 to health services. For this purpose, it delimits the objective scope of this rule, on the basis of the concept of defective service and taking into account the peculiarities of medical activity, which involves random risks beyond the medical control. These risks, in case they materialized, should not produce liability for the medical service providers. Taking this idea as a starting point, this article specifies the cases that can be regarded as defective medical services, determines the list of responsible subjects and analyses the possibility of admitting certain causes of exoneration.

KEY WORDS

Strict liability; services provider; defective medical service; random risks; expectable security; unusual result; responsible subjects; causes of exoneration.

SUMARIO: 1. *Introducción. Los arts. 147 y 148 TRLC.*–2. *El art. 148 TRLC y la noción de servicio defectuoso.* 2.1 *La actividad médica y sus peculiaridades.* 2.2 *El concepto de servicio médico defectuoso:* A) *Daño desproporcionado.* B) *Infecciones hospitalarias.* C) *Utilización de un producto defectuoso.*–3. *Sujetos responsables ex art. 148 TRLC.*–4. *Posibles causas de exoneración de responsabilidad del prestador de servicios médicos.*–5. *Recapitulación.*

1. INTRODUCCIÓN. LOS ARTS. 147 Y 148 TRLC

El Texto Refundido de la Ley de Consumidores (RD 1/2007 de 16 de noviembre) –en adelante TRLC– dedica su libro III a la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», incorporando, en relación con los daños causados por productos, el contenido de la Ley 22/95 de responsabilidad por productos defectuosos (LRPD), y, respecto de los daños causados por servicios, los arts. 26 a 29 de la Ley de Consumidores de 1984 (en adelante LCU) que, desde la publicación de la LRPD, eran aplicables exclusivamente a los servicios². Concretamente, los arts. 147 y 148 TRLC vienen a reiterar, con algunas modificaciones, el contenido,

² Sobre los antecedentes del Libro III TRLC *vid.* SANTOS MORÓN, M. J., «Responsabilidad por productos defectuosos», en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017, pp. 470-471.

respectivamente, de los arts. 26 y 28 LCU, precepto este último, que incluía, dentro de los servicios a los que resultaba aplicable un régimen de responsabilidad, calificado habitualmente como «objetivo»³, los servicios médicos.

La inclusión, no obstante, de algunos preceptos procedentes de la LRPD dentro de las «disposiciones generales» –comunes tanto a productos como a servicios– ha generado ciertas inconsistencias en la regulación actual como ocurre, por ejemplo, con el art. 129 que, de acuerdo con lo que establecía el art. 10 LRPD⁴, limita el ámbito de los daños resarcibles. Este precepto, pese a su ubicación sistemática, ha de considerarse inaplicable a los servicios, ya que el legislador no puede excederse en el mandato refundidor alterando la regulación anteriormente existente, que no contemplaba ninguna limitación en cuanto a los daños indemnizables al consumidor⁵. Por ello, debe entenderse que la eventual aplicación de los arts. 147 y 148 TRLC a los servicios médicos permitiría exigir el resarcimiento de todos los daños sufridos, incluidos los morales.

Por otra parte, pese a regularse conjuntamente uno y otro tipo de responsabilidad (productos y servicios) existen ciertas diferencias entre ambos regímenes. Una de ellas es la concerniente al sujeto protegido. Aunque, como regla, las normas del TRLC sólo se aplican a las relaciones entre «consumidores o usuarios» y «empresarios» (cfr. art. 2), cuando se trata de daños causados por productos el sujeto protegido es cualquier perjudicado, con independencia de su condición de consumidor o empresario⁶, si bien a este último

³ MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios», en *Derecho privado de consumo*, coord. por Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 198, 202, 206; GONZÁLEZ MORÁN, «La responsabilidad del prestador de servicios», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, coord. por León Arce y García García, t. I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1488; PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», en Reglero/Busto, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 110.

⁴ En la LRPD se indemnizaban los daños personales causados a cualquier perjudicado, esto es, con independencia de que tuviese o no la condición de consumidor. Los daños materiales (en cosas distintas del propio producto defectuoso) se indemnizaban, en cambio, sólo al consumidor. Conforme a dicha ley no eran indemnizables los daños morales. El actual art. 129 recoge en sustancia tales reglas si bien no excluye expresamente los daños morales. No obstante, su exclusión se deduce del art. 128, que se remite a las reglas generales de responsabilidad para la reparación de los daños morales.

⁵ Vid. en este sentido MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU», *RDP*, sept-oct. 2008, pp. 82 y ss., 90 y ss.; PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Madrid, 2011, pp. 40, 50, 52; BASOZÁBAL ARRUE, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, ed. BOE, Madrid, 2015, p. 37.

⁶ El hecho de que se incluya el régimen de responsabilidad por daños por productos defectuosos en el TRLC no permite llegar a la conclusión de que sólo aquéllos que tienen la condición de «consumidores» pueden invocar dicho régimen especial. Entenderlo así significaría alterar el ámbito de protección de la Directiva 85/374, de la que trae causa la LRPD, lo que no puede hacer el legislador español. Por otra parte, el art. 3 TRLC, cuando

sólo le son resarcibles los daños personales (art. 129.1). Tratándose, en cambio, de daños causados en la ejecución de un servicio, el perjudicado sí ha de ser necesariamente consumidor, lo que obliga a comprobar tal condición (art. 3 TRLC). No obstante, en el ámbito de los servicios médicos, –y con independencia del concepto más o menos amplio que se adopte–⁷ no hay duda de que el *paciente* reviste siempre la condición de consumidor.

En cualquier caso, la diferencia fundamental respecto del régimen previsto para los productos es que los arts. 147 y 148 TRLC no contienen, propiamente, un específico régimen de responsabilidad para los daños causados por servicios (como sí sucede en el ámbito de los productos, donde se diseña un régimen especial que requiere ciertos presupuestos, se contemplan causas de exoneración, se regula el plazo de prescripción, etc.) sino que se limitan e establecer sendos criterios de imputación de la responsabilidad, que no excluyen, por otra parte, los que se derivan de la aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual⁸. El art. 147, al igual que el anterior 26 LCU, fija un criterio general de imputación de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba que, como se ha observado, no parece aportar mucho a la interpretación desarrollada por la jurisprudencia en relación con el art. 1902 C.C.⁹ El art. 148 TRLC, por su parte, equivalente al antiguo art. 28 LCU, prevé un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a ciertos servicios: aquéllos que presuponen «la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad» –según la cláusula general establecida en su párrafo primero– que se concretan, en la cláusula segunda, en una serie de servicios específicos entre los que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios médicos.

define el concepto de consumidor y usuario, lo hace «sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros III y IV». Dado que el libro III es el relativo a la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, del citado precepto cabe deducir que no se ha querido modificar el ámbito de los sujetos protegidos cuando se producen daños como consecuencia de un producto defectuoso.

⁷ Sobre los problemas interpretativos que puede ocasionar el texto actual del art. 3 TRLC, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDC*, 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 94 y ss.

⁸ Recordemos que los arts. 147 y 148 TRLC no impiden a la víctima acudir a los regímenes generales de responsabilidad contractual o extracontractual que puedan ser de aplicación (art. 128 TRLC) y lo mismo establecía el art. 27.1 LCU en relación con los arts. 26 y 28 de dicha ley.

⁹ En este sentido, en relación con el art. 26 LCU, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios...» cit., p. 204. Más recientemente, PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario a los arts. 147-149 TRLC», en *Comentarios al TRLGDC y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Navarra, 2015, p. 2069, indica que el art. 26 LCU (actual art. 147 TRLC) «no supone ninguna innovación relevante para el consumidor».

Los preceptos señalados son aplicables en la actualidad, únicamente, a servicios sanitarios privados¹⁰, siempre y cuando, además, el prestador del servicio revista la condición de «empresario» (art. 4 en relación con el art. 2 TRLC). Esto implica que las normas del TRLC y, en particular, el art. 148, sólo pueden invocarse cuando se demanda a una entidad hospitalaria o a un facultativo que ejerce la medicina de manera independiente y no como asalariado¹¹.

En cualquier caso, lo cierto es que ni los arts. 147 y 148 TRLC ni sus antecedentes en la LCU han gozado de gran aplicación en la práctica en relación con los daños sufridos en la prestación de un servicio. La doctrina señala que ello se debe, además de a las dificultades para delimitar el concepto de «servicio»¹² y las «incertidumbres»¹³ que plantean tales preceptos, a que la reclamación a su amparo ofrece «dudosos beneficios»¹⁴.

Sin embargo cabe preguntarse si, también en el campo de la responsabilidad médica, la invocación de dichas normas ofrece escasos beneficios. Téngase en cuenta que en este campo la juris-

¹⁰ Como se sabe, tras la Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa y la modificación del art. 9.4 LOPJ por la LO 6/98, la jurisdicción competente para resolver sobre daños causados en instituciones sanitarias públicas es la contencioso administrativa y la responsabilidad de las mismas se rige por la LRJSP (Ley 40/2015). Ha de advertirse, no obstante, que muchas de las sentencias que han aplicado el art. 28 a servicios sanitarios lo han hecho en relación con la sanidad pública, lo cual se debe, como es fácil colegir, a la fecha de producción de los hechos enjuiciados.

¹¹ A efectos del TRLC se considera como «empresario», *ex art. 4*, a «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su *actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*».

Es decir, la actividad profesional queda incluida dentro de la noción de actividad empresarial cuando se desarrolla al margen de una relación laboral. El empresario puede ser persona física o jurídica, empresario individual o colectivo (BERCOVITZ, «Comentario al art. 4», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2.^a ed., Navarra, 2015, pp. 71, 72) por lo que también tiene la consideración de empresario *ex art. 4 TRLC* por consiguiente, el médico, como profesional liberal, siempre que no desarrolle su labor como asalariado. En sentido similar PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., p. 2079, quien considera que entran dentro del concepto de prestador de servicios los profesionales aunque no asuman formas jurídicas mercantiles y concluye que «el profesional y el empresario individual serán responsables a título personal de los daños que se deriven de la prestación del servicio en los términos establecidos en los arts. 147 y 148 TRLC».

¹² Sobre el concepto de servicio, PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., pp. 2075 y ss.; GONZÁLEZ MORÁN, «La responsabilidad del prestador de servicios», cit., pp. 1476 y ss.

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 1907, 1908, advierte, en particular, sobre la dificultad que entraña delimitar el ámbito objetivo de aplicación del art. 148.

¹⁴ PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., p. 2070.

prudencia viene exigiendo la prueba de la culpa o negligencia médica¹⁵, no admitiéndose, como regla general, la inversión de la carga de la prueba aceptada en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual¹⁶. De ahí que pueda pensarse que el art. 147 TRLC, así como su precedente en la LCU, presenta ciertas ventajas respecto de la aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual¹⁷. Y parece claro que el criterio objetivo de imputación de responsabilidad establecido en el art. 148 TRLC para los daños derivados de servicios médicos mejora la situación de la víctima respecto de la aplicación de las reglas generales. De hecho es quizás en el ámbito de los servicios sanitarios dónde mayor juego ha tenido el art. 28 LCU, aunque ciertamente, tampoco puede decirse, como luego se verá, que haya sido una norma de general aplicación.

Comencemos por el art. 147 TRLC. Basozábal ha señalado recientemente que dicho precepto parece estar relacionado con la idea de «responsabilidad de la empresa», en el sentido en que la misma se expresa en el art. 4:202 PETL¹⁸. Este último artículo hace responder a quien desarrolla una actividad empresarial o profesional de todo daño causado «por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible». Así entendido el art. 147 TRLC, permitiría exigir responsabilidad, por culpa presumida, al titular de la «empresa» de servicios médicos por todo daño causado

¹⁵ Como señala ASÚA, «Responsabilidad civil médica», en REGLERO/BUSTO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, 358, el juicio «diligencia-negligencia» resulta ser el elemento central en los procesos de responsabilidad médica.

¹⁶ Por todos, LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 128, 145, 146; DÍAZ REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, p. 117. También, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2003, pp. 50, 65, 66; GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed. Navarra, 2016, pp. 175-176.

¹⁷ Aunque la asistencia médica privada presupone habitualmente la existencia de un contrato (entre médico y paciente; institución médica u hospitalaria y paciente o entre compañía aseguradora y paciente) y la víctima podría, por tanto, reclamar con base en las reglas de responsabilidad contractual, lo cierto es que en la práctica la mayoría de las demandas se plantean como casos de responsabilidad extracontractual. En cualquier caso, los preceptos que comentamos (los originales de la LCU y los actuales del TRLC) en tanto se limitan a establecer, como se ha dicho antes, criterios de imputación de responsabilidad, pueden utilizarse, a mi parecer, tanto si se ejercitan acciones de responsabilidad contractual como extracontractual. En este sentido, respecto de la LCU, BERCOVITZ, «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 244; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, ob. cit., p. 203. Esta es la postura también de la jurisprudencia. Entre las más recientes, la STS 21 mayo 2014 (RJ 2014/3871), dice, en su FJ 3.º, que la LCU «se refiere tanto a la indemnización de daños contractuales como de los extracontractuales... sin establecer un régimen propio respecto a las acciones que el perjudicado tiene para hacer efectivo su derecho».

¹⁸ BASOZÁBAL, ob. cit., pp. 47-49.

dentro de su esfera de actividades¹⁹, es decir, por todos los daños que puedan considerarse derivados de hechos o circunstancias que se encuentran dentro de su ámbito de control²⁰. Ahora bien, aunque ésta es una explicación razonable de la regla contenida en el citado precepto –probablemente la que mejor lo explica–, lo cierto es que no coloca a la víctima en mucha mejor posición que la que tendría si apoyara su pretensión en el art. 1903.4 C.C.

Este último precepto hace responder al titular de una empresa por los hechos dañosos *de sus dependientes*, en tanto aquél no demuestre que empleó la diligencia debida para prevenir el daño (1903 in fine)²¹. A priori, parece que el art. 147 TRLC ofrece frente a este precepto cierta ventaja, pues, conforme a lo indicado con anterioridad, no sería necesario demostrar que el daño es consecuencia del comportamiento negligente de un empleado del titular de la actividad, sino que basta con demostrar que el daño entra dentro del ámbito de control del prestador del servicio. Sin embargo, es sabido que la jurisprudencia ha «flexibilizado» la aplicación del art. 1903.4, de un lado ampliando notablemente la noción de «dependencia» y, de otro, considerando innecesario identificar al concreto dependiente cuyo comportamiento culposo ha causado el daño. Se llega así a responsabilizar directamente a la empresa por los posibles «defectos de organización»²², y muchos de estos casos son ejemplos, precisamente, de responsabilidad médica, en los que

¹⁹ Hay que advertir que el art. 4:202 PETL exige que el daño sea consecuencia de un «defecto» de la empresa o de lo que produce, defecto cuya prueba correspondería al demandante. El art. 147 TRLC sin embargo, omite toda referencia a la noción de «defecto», que, sin embargo, como luego se verá, sí se encuentra implícita en el art. 148 TRLC.

²⁰ Recientemente el TS ha aplicado el art. 147 TRLC a un supuesto de daños sufridos por una persona en una discoteca al pisar un cristal roto existente en el suelo (STS 18-3-2016). Esta Sentencia señala que, como regla, la prueba de la culpa le corresponde a la víctima (art. 217.2 LEC), si bien no será así cuando lo exijan los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) o exista una norma que imponga la inversión de la carga de la prueba, cosa que sucede en el caso enjuiciado a la vista del art. 147 TRLC. Así, teniendo en cuenta que la actividad desarrollada por la empresa demandada genera ciertos riesgos superiores a los normales (como el derivado de la utilización de vasos de cristal) que debe reducir mediante medidas dirigidas al efecto, la aplicación del art. 147 TRLC determina que corresponda al demandado la carga de probar que adoptó tales medidas, esto es, la falta de culpa por su parte.

²¹ Es sabido, no obstante, que al no admitirse en la práctica por nuestros Tribunales la prueba de la diligencia, la responsabilidad del empresario funciona «de facto» como objetiva (Por todos, BELUCHE, «La responsabilidad del empresario por daños causados por sus dependientes», en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017 p. 363) Por otra parte, es también conocido que un sector de la doctrina, a la vista de la inconsistencia entre el art. 1903 y el 1904 C.c, interpreta que los supuestos del art. 1903 contemplan una *responsabilidad vicaria*, esto es, una responsabilidad *objetiva* por el comportamiento culposo de la persona de quien se ha de responder (BELUCHE, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, cit., p. 321).

²² Vid. ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 209 y ss.; 215 y ss.; BARCELÓ DOMENECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 306.

el TS acude al expediente del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» para imputar responsabilidad al titular del centro sanitario en que se llevó a cabo el tratamiento o intervención²³. Desde esta perspectiva, parece claro que quién sufre un daño en la utilización de un servicio médico no ve sustancialmente mejorada su situación por el hecho de apoyar su pretensión frente al empresario en el art. 147 TRLC.

Por otra parte, un problema añadido que presenta el citado precepto es que, de acuerdo con lo indicado, permitiría presumir la culpa del prestador de servicios cuando se producen daños que entran *dentro de su ámbito de control*. Sin embargo, la existencia de elementos aleatorios en toda actividad médica determina que muchas consecuencias de la misma escapen al control del médico o entidad hospitalaria en cuyo caso sólo podrá reclamarse responsabilidad si el daño producido se debe, en el caso concreto, a una negligencia médica (a ello nos referimos más adelante, infra ep. 2.2).

¿Quid del art. 148 TRLC? Esta norma sí ha gozado de cierta aplicación en el ámbito de los servicios médicos pero la doctrina suele observar que, superada la inicial reticencia de la jurisprudencia a aplicar el art. 28 LCU a los servicios sanitarios²⁴, dicho precepto ha sido invocado, por lo general, «a mayor abundamiento», como argumento concurrente con el art. 1902 o 1903.4 C.c., o haciendo presente de algún modo la existencia de culpa²⁵. De hecho hay quien dice que no es probable la condena *ex art. 28 LCU* (ahora 148 TRLC) si no existe la posibilidad de advertir una conducta negligente²⁶.

²³ Entre otras, SSTS 12 julio 1988 (RJ 1988/5991); 30 enero 1990 (RJ 1990/74); 27 enero 1997 (RJ 1997/21); 10 diciembre 1997 (RJ 1997/8775). De especial interés es la STS de 9 junio 1998 (RJ 1998/3717) que afirma que el art. 1903 C.c. «no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable o dependiente», culposo o negligente, y añade que «la jurisprudencia de esa Sala tiene declarado que la responsabilidad del art. 1903.4 C.c. con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos...».

²⁴ Recordemos que la conocida –y criticada– STS de 22 de julio de 1994 (RJ 1997/5523) rechazó la aplicación del art. 28.2 LCU a un supuesto en que el demandante quedó tetrapléjico tras ser tratado de un infarto, empleando el peregrino argumento de que dicha norma tenía carácter fundamentalmente administrativo.

²⁵ Así, por ejemplo, en las SSTS 1 julio 1997 (RJ 1997/5471); 21 julio 1997 (RJ 1997/5523); 18 junio 1998 (RJ 1998/5290); 9 marzo 1999 (RJ 1999/1368); 31 enero 2003 (RJ 2003/646); 7 octubre 2004 (RJ 2004/6229); 20 julio 2009 (RJ 2009/3161); 24 mayo 2012 (RJ 2012/6539).

En relación con ello *vid.* DÍAZ-REGAÑÓN, *ob. cit.*, p. 119; ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica» *cit.*, pp. 413 y ss.; 418; GARCÍA GARNICA, «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015, p. 377.

²⁶ DÍAZ-REGAÑÓN, *ob. cit.*, p. 110.

Pero, si esto es así, ¿qué sentido tiene aplicar dicha norma –cuya utilidad reside precisamente en la posibilidad para la víctima de eludir de la prueba de la negligencia médica– en supuestos de responsabilidad sanitaria?

En realidad, si se tiene en cuenta que la propia naturaleza de la actividad médica dificulta que el facultativo pueda garantizar al paciente, no sólo su curación, sino también la no producción de secuelas u efectos secundarios, resulta comprensible que los tribunales tiendan a rechazar la imputación de responsabilidad prescindiendo de la existencia de algún tipo de culpa o negligencia. Dada la amplia noción de «daño» que rige en nuestro ordenamiento, la utilización de un criterio objetivo de imputación de responsabilidad podría llevar a hacer responsable al médico o centro hospitalario de cualquier consecuencia indeseable de su actividad, incluso aunque fuese materialización de un riesgo inherente al tratamiento, imposible de evitar empleando la máxima diligencia. Ello explica que en el ámbito de la sanidad pública, en el que la administración ha de responder en principio tanto por los daños ocasionados por el funcionamiento anormal como *normal* de los servicios públicos (arts. 32 LRJSP y ss.), se haya buscado limitar la responsabilidad de la administración recurriendo a la relación de causalidad o exigiendo que el daño sufrido por el demandante pueda calificarse como antijurídico²⁷.

Ahora bien, ese riesgo de inusitada expansión de la responsabilidad médica podría eludirse haciendo una adecuada interpretación del art. 148 TRLC que permita delimitar los supuestos en que cabe imputar, con base en dicho precepto, responsabilidad al margen de la culpa. Y ello pasa, como ahora se verá, por basar su aplicación en la noción de «servicio defectuoso», que es el eje con base al cual podemos determinar el «fin de protección de la norma»²⁸.

²⁷ Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 393 y ss., quien, tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, concluye diciendo que en la práctica se llega a imputar responsabilidad a la administración sanitaria sólo en casos de funcionamiento *anormal*; también GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 393 y ss.

Respecto de dicha situación cabe recordar que autorizada doctrina ha criticado que la Administración deba responder objetivamente tanto en los casos de funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, poniendo de manifiesto lo poco razonable (y económicamente insoportable) que resulta que las Administraciones públicas, y en particular la Administración sanitaria, deba responder por los daños fortuitos que sean realización de riesgos propios de las actividades que realicen, aun no tratándose de actividades especialmente peligrosas. PANTALEÓN, «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ/Ministerio de Consumo, Madrid, 1995 pp. 183 y ss.; «Cómo repensar la responsabilidad extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 205 y ss.

²⁸ Recordemos que en el ámbito de la responsabilidad objetiva, si bien el demandante no debe probar la culpa del demandado, es necesario delimitar el fin de protec-

2. EL ART. 148 TRLC Y LA NOCIÓN DE «SERVICIO DEFECTUOSO»

Analícemos, en primer lugar, qué justificación puede haber para establecer un régimen de responsabilidad objetiva para los servicios mencionados en el art. 148 TRLC y, particularmente, para los servicios médicos.

Se ha dicho que lo decisivo para justificar la imposición de responsabilidad al margen de la culpa es que *se lleven a cabo actividades que supongan un riesgo extraordinario para otros*, por la gravedad o frecuencia de los daños que podrían causar, y *que éstos no se puedan evitar con una conducta diligente*²⁹. Los supuestos contemplados en el art. 148 TRLC no responden, sin embargo a esta lógica.

Concretamente en el caso de los servicios médicos, si bien la actividad sanitaria conlleva riesgos que no pueden ser evitados aun empleando toda la diligencia posible (a ello nos referimos infra, epígrafe 2.2), tal actividad *no puede considerarse como una fuente de peligros para la sociedad*³⁰. Antes bien, es una actividad beneficiosa y eminentemente necesaria. De hecho, mientras que en las actividades peligrosas (v. gr. explotación energía nuclear) resulta razonable que sea el titular de dicha actividad quien asuma los riesgos ordinarios de la misma, cuando se trata de servicios médicos *no parece sensato imputar tales riesgos* (v. gr. posibles complicaciones, efectos secundarios, etc. de un tratamiento médico o intervención) *a la empresa o centro hospitalario y, menos aún, a los médicos individualmente considerados*.

¿Qué puede justificar, entonces, que se impute responsabilidad al prestador de servicios sanitarios de manera objetiva y al margen de la culpa? La responsabilidad objetiva establecida en el art. 148 TRLC no parece responder, en efecto, a que se trate de servicios o actividades anormalmente peligrosas. La *ratio* del precepto parece, por el contrario, estar relacionada con el hecho de que en deter-

ción de la norma, es decir, hay que comprobar que el daño producido es realización de la amenaza de daño a la que la ley ha querido ligar este tipo de responsabilidad. Sobre ello BASOZÁBAL, «Elementos sustantivos de la protección» –apartados 2.4 a 2.10–, en *Daños*, cit., pp. 271, 272. Más profundamente en «Responsabilidad extracontractual objetiva...» cit., pp. 84 y ss.

²⁹ Así lo indica BASOZÁBAL, «Responsabilidad extracontractual objetiva...» cit., p. 71, tras analizar (en pp. 55 y ss.) los argumentos habitualmente utilizados para justificar la imposición de responsabilidad objetiva.

³⁰ Como señala GALÁN CORTÉS, p. 177, el médico «no crea riesgos», aunque hay que reconocer «la existencia de riesgos inherentes a ciertos actos terapéuticos que se efectúan con la finalidad de intentar curar al paciente o cuando menos paliar los efectos adversos de su enfermedad».

minados tipos de servicios el usuario puede esperar un cierto grado de seguridad, una cierta «garantía» de que, como consecuencia de su utilización, no va a sufrir daños ni en su persona ni en sus bienes. Así se desprende de la cláusula general contenida en el párrafo primero del art. 148, que alude a los servicios que incluyen «necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad». Y así se deduce, igualmente, del origen del citado precepto, pues conviene no olvidar que el citado art. 148 es un trasunto del art. 28 LCU y este se refería tanto a productos como a servicios³¹ (aunque tras la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos quedara, como se sabe, restringido su ámbito de aplicación a los servicios). Por consiguiente hay que entender que la misma razón que justificaba la responsabilidad objetiva prevista en el art. 28 LCU para los daños causados por ciertos productos –la falta de la seguridad exigible atendiendo a la naturaleza del producto–, justificaba, y justifica, el carácter objetivo de la responsabilidad en caso de daños provocados en la utilización de ciertos servicios.

En definitiva, la idea central en torno a la cual gira el art. 148 TRLC –y en torno a la cual debería ser aplicado por nuestros Tribunales– es la noción de «defecto». Y aunque no haya una definición legal de «servicio defectuoso», me parece que el concepto de defecto, que se identifica con la *falta de seguridad que legítimamente cabe esperar* (cfr. art. 137 TRLC) es perfectamente trasladable a los servicios³². Es decir, puede entenderse que un servicio es defectuoso cuando no cumple con las condiciones y niveles de seguridad que legítimamente pueden esperarse del mismo. Desde este punto de vista, como apunta PASQUAU, el hecho constitutivo de la responsabilidad será la producción de *un daño* que deba ser calificado como «inesperado» en función de la naturaleza del servicio, su apariencia, las informaciones dadas por el empresario y el

³¹ De hecho, con anterioridad al TRLC la doctrina dominante, al interpretar el art. 28 LCU, consideraba que el precepto presuponía el carácter «defectuoso» del producto o servicio, derivado de su falta de seguridad, pero se limitaba a indicarlo sin desarrollar la noción de «defecto», en especial por lo que respecta a los servicios. Por todos, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad civil por bienes y servicios...», cit., p. 207.

³² PARRA LUCÁN «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...», cit., pp. 2068, 2069, 2076, observa, en este sentido, que el hecho de que el TRLC se refiera ahora, en la rúbrica del título III, a la responsabilidad «por bienes o servicios defectuosos» apunta a una equiparación entre ambos regímenes. En consonancia con ello, señala que los servicios que quedarían incluidos en los arts. 147 y 148 son aquellos que pueden producir daños a la integridad de las personas, su salud o seguridad, pero no aquellos que no pueden afectar a la seguridad personal (v. gr. asesoría financiera). En mi opinión, esta afirmación tiene todo su sentido en relación con el art. 148 TRLC, que, como se ha dicho en el texto, incorpora un criterio objetivo de imputación de responsabilidad aplicable a las empresas que ofrecen «servicios inseguros», pero no respecto del art. 147.

comportamiento de la víctima, en cuyo caso debe responder el empresario salvo que pruebe alguna causa de exoneración³³. Ahora bien, ¿cuándo cabe calificar un daño como «inesperado»? Parece evidente que para concretarlo ha de tenerse presente las expectativas del normal usuario del servicio, de manera que deberá considerarse como tal aquel daño que la víctima no ha normalmente representado como posible consecuencia de la utilización del mismo. Es decir, en palabras de PASQUAU, el daño deberá ser considerado como inesperado cuando «no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio»³⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta estas ideas, para delimitar cuál es el ámbito de riesgos que asume ordinariamente el usuario de un servicio médico y concretar cuándo dicho servicio puede considerarse como «defectuoso» a efectos del repetido art. 148 TRLC, conviene que nos detengamos en las características de la actividad médica.

2.1 LA ACTIVIDAD MÉDICA Y SUS PECULIARIDADES

El ejercicio de la medicina conlleva un elemento aleatorio inevitable. Los tratamientos o intervenciones aceptados por la ciencia médica para tratar o curar ciertas dolencias o enfermedades no siempre dan resultado positivo ya que en muchos casos interviene la genética o la predisposición del paciente como factor determinante en el desarrollo de la enfermedad. Tampoco los tratamientos médicos son siempre totalmente inofensivos pues, aun cuando mejoren sustancialmente (o incluso eliminen) la enfermedad o dolencia del paciente, es posible que provoquen efectos secundarios o daños colaterales de mayor o menor entidad. Puede decirse por ello que cualquier tratamiento médico implica riesgos o consecuencias *que no pueden ser evitadas aun empleando toda la diligencia exigible conforme a la «lex artis»*³⁵. Esas consecuencias negativas o dañosas han de ser, eso sí, bien de escasa entidad en comparación con la patología o enfermedad a cuya curación se dirige, o bien, si presentan especial gravedad, de infrecuente aparición, ya que no tendría sentido que la ciencia médica aceptara

³³ PASQUAU LIAÑO, M., «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015, p. 106.

³⁴ PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107.

³⁵ GALÁN CORTES, ob. cit., p. 143, señala, en este sentido, que la práctica totalidad de las intervenciones médicas «entrañan riesgos ajenos a la evitabilidad humana, pese a la máxima diligencia que pueda poner el profesional médico interviniente en las mismas».

como «indicados» –y con independencia de la finalidad terapéutica o meramente satisfactiva– tratamientos o intervenciones que conllevan más grado de riesgo que posible beneficio para el paciente³⁶.

La aleatoriedad implícita, en mayor o menor medida, en cualquier actividad médica justifica que tradicionalmente se haya afirmado que la obligación asumida por el médico es una obligación de medios o de actividad³⁷ –afirmación que, aunque utilizada indiscriminadamente por la jurisprudencia, debería restringirse al ámbito de la responsabilidad contractual³⁸– o que para imputar responsabilidad al facultativo (tanto en el ámbito contractual como extracontractual³⁹) sea necesario demostrar que el daño padecido

³⁶ Hay casos, no obstante, en que puede ser admisible acudir a tratamientos que tienen un grado de riesgo superior al posible beneficio. Es lo que puede ocurrir en caso de enfermos de pronóstico muy grave, o prácticamente desahuciados, que han agotado todos los posibles tratamientos al uso y se someten a un tratamiento experimental como último recurso.

³⁷ Sobre la tradicional configuración de la obligación del médico como una obligación de «medios», *vid.* ASÚA, *ob. cit.*, pp. 361 y ss.; GALÁN CORTES, *ob. cit.*, pp. 135 y ss. Incide en la influencia del factor aleatorio como determinante de la consideración de esta obligación como de «medios» SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998, pp. 113 y ss.

Conviene señalar que tras la publicación del DCFR, –que en el apartado C del libro IV incluye dentro de los tipos de contratos de servicios algunos habitualmente considerados como de «obra» y define el contrato de servicios como aquél que genera una *obligación de hacer dirigida a la consecución de un resultado*– un sector de la doctrina rechaza la distinción obligación medios/resultado que, según se dice, ha sido eliminada en el texto europeo, y sostiene que en todo contrato de servicios, salvo pacto en contrario, el prestador se obliga a obtener un resultado (*vid.* por ej. BARRÓN ARNICHES, «Comentario a los arts. IV. C: 2:105 y 2:106», en *Derecho contractual europeo, Libros II y IV del MCR*, Barcelona, 2012; pp. 1174, 1181, 1184; VAQUER, «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, pp. 443-445; «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Granada, 2012, pp. 4, 8, 15). Sin embargo, y aunque la cuestión excede de este trabajo, hay que advertir que en el DCFR la obligación que pesa sobre el prestador del servicio es, como regla, de actividad –debe ejecutar el servicio con «competencia y cuidado»– (cfr. art. IV. C: 2:105). El prestador sólo está obligado a obtener un resultado cuando éste ha sido requerido por el cliente (*rectius* «declarado o previsto») y cuando, no habiéndolo hecho así, el acreedor puede *razonablemente* esperarlo (art. IV. C: 2:106). Evidentemente, que el acreedor pueda «razonablemente» esperar que el deudor obtenga con su actividad un concreto resultado material depende de la naturaleza del servicio de que se trate. De ahí que, cuando se regula el contrato de tratamiento médico (arts. IV. C: 8:101 y ss.), se establezca que la obligación del prestador del servicio es, como regla general, una *obligación de competencia y cuidado* («Skill and care»). Es decir, el médico en principio compromete sólo una actividad, que ha de desarrollar con la diligencia propia del profesional «razonablemente competente» (Comentario A, art. IV. C: 8:101, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR*, vol. 2, Munich 2009, p. 1951). Una atinada interpretación del DCFR, en lo relativo al contenido de la obligación asumida por el prestador del servicio, en CRESPO MORA, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» *InDret* 2/2013, pp. 18 y ss.

³⁸ *Vid.* en este sentido LUNA YERGA, *ob. cit.*, p. 93.

³⁹ La doctrina pone de relieve la identidad de tratamiento que, en el ámbito de la responsabilidad médica, se da a la culpa en el plano de la responsabilidad contractual y extracontractual (ASÚA, *ob. cit.*, p. 360) que lleva a que «se difuminen los contornos entre responsabilidad contractual y extracontractual» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *ob. cit.*, p. 67).

por la víctima es consecuencia del comportamiento negligente del demandado.

Así las cosas, si en el curso de un tratamiento o intervención médica o como consecuencia del mismo se materializan algunos de los riesgos típicamente ligados a esa actividad médica concreta, sería injusto, además de poco sensato, hacer responder al médico del resultado «dañoso» producido.

Parece evidente que, tratándose de medicina terapéutica, uno de los *riesgos típicamente ligados a la misma y asumido por todos* es la posibilidad de que *el tratamiento no surta el efecto curativo pretendido* –y ello con independencia de que el mayor o menor riesgo de «no curación» dependa habitualmente de la naturaleza de la enfermedad, el estado de desarrollo en que se encuentre, y la mayor o menor eficacia, que, de acuerdo con la ciencia médica, quepa atribuir al tratamiento médicamente indicado⁴⁰–. De ahí que el paciente no pueda exigir al médico o centro hospitalario la reparación del «daño» consistente en su no curación.

Por lo que respecta a la *posibilidad de sufrir lesiones, secuelas o daños colaterales* –que pueden darse incluso en el supuesto de sanación de la enfermedad objeto de tratamiento–, aquí lo fundamental es que se haya informado adecuadamente al paciente de cuáles son los riesgos del tratamiento o intervención a fin de que pueda valorar si se somete o no a la misma. Porque, *si conociendo los posibles riesgos, el paciente acepta la intervención, debe entenderse que los asume*, y, por consiguiente, nada podrá reclamar a los facultativos que le hayan asistido si tales riesgos –bajo el supuesto de que no pueden ser evitados aun empleando la máxima diligencia– llegan a materializarse. A menos, como es lógico, que su realización sea consecuencia, no de un factor aleatorio, sino del comportamiento culposo o negligente de los médicos en cuestión, lo cual deberá ser objeto de prueba.

Tratándose de medicina voluntaria o satisfactiva, no parece, en cambio, que pueda considerarse como riesgo inherente y «socialmente aceptado» el de no consecución del resultado a que se dirige la intervención. No tiene sentido, por ejemplo, someterse a una operación de aumento de mamas si no se espera conseguir el deseado incremento de volumen, ni someterse a una operación dirigida a corregir el puente de la nariz si no se garantiza por el médico la eliminación del mismo. Cuestión distinta es que el paciente no pueda esperar, ni el médico garantizar, que no se produzca ningún

⁴⁰ Así, mientras que hay enfermedades cuyo tratamiento ofrece gran probabilidad de curación, hay casos en que la probabilidad es menor. Del mismo modo, la eficacia del tratamiento puede variar según el estadio en que se encuentre la enfermedad (v. gr. tumor localizado incipiente o metástasis).

efecto secundario, secuela o posible complicación (v. gr. dolores postoperatorios, cicatrices que tardan en desaparecer, etc.) como resultado de la operación. De ahí que me parezcan poco acertadas las afirmaciones vertidas últimamente por el TS en relación con la medicina voluntaria. Aunque la cuestión merece un estudio detenido que excede del objeto de este trabajo, me parece en exceso simplista afirmar que «los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido», y que sólo cabe entenderlo así en casos excepcionales en que ha habido un aseguramiento específico del resultado por parte del médico⁴¹. Si bien parece evidente que el médico no puede garantizar que no van a producirse ningún tipo de consecuencias *aleatorias* dañosas o lesivas como consecuencia del tratamiento, de ahí no cabe deducir que no se garantice en la práctica, expresa o, por lo general, *tácitamente*, la consecución del resultado a que se dirige la intervención. Y esto, que puede ser indiferente en el plano de la respon-

⁴¹ Vid. SSTS 22-11-2007 (RJ 2007/8651); 20-11-2009 (RJ 2010/138); 27-9-2010 (RJ 2010/5155); 28-6-2013 (RJ 2013/4986), que afirman que la distinción entre obligación de medios y de resultados «no es posible en el ejercicio de la actividad médica salvo que el resultado se pacte o se garantice».

Con base en estas sentencias, SEIJAS (ponente en casi todas ellas) llega a afirmar que «la responsabilidad del profesional médico es exclusivamente de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto» («Responsabilidad médica: nueva visión del TS ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados», en *Derecho de Daños*, coord. por Herrador Guardia, 2011, p. 299).

He de advertir que en los casos resueltos en las sentencias mencionadas (en las que se había obtenido el resultado pretendido pero se solicitaba indemnización por secuelas supuestamente consecuencia de las intervenciones realizadas) existían razones para no declarar la responsabilidad de los demandados. En unos casos porque no se probó el daño cuya indemnización se reclamaba (secuelas de una operación de cirugía estética en la STS 20-11-2007); en otros porque no hubo prueba la relación de causalidad (ictus a consecuencia de tratamiento de fertilidad en la STS 20-11-2009; antiestética cicatriz producida por una infección de origen indeterminado posterior a una abdominoplastia en la STS 27-9-2010) En la STS de 28-6-2013, el resultado obtenido por las operaciones de mamoplastia y abdominoplastia a que se sometió la demandante fue «óptimo» según los peritos, siendo inevitable la existencia de cicatrices (por las que se reclamaba indemnización) de cuya posible aparición había sido informada la demandante.

Lo criticable en estas sentencias no es el sentido del fallo, sino, en mi opinión, la argumentación jurídica empleada para justificarlo, que realiza afirmaciones que no pueden mantenerse sin matización y, concretamente, sin distinguir entre el resultado inmediatamente perseguido con la intervención y la aparición de posibles complicaciones o efectos secundarios.

Criticable me parece igualmente la STS 7-5-2014 (RJ 2014/2477) que, tras reiterar la doctrina de las sentencias anteriores sobre la imposibilidad del médico de garantizar un resultado, concluye, sin embargo, incurriendo en clara contradicción, que en el caso concreto «*los resultados obtenidos* en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas... *no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la paciente*, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad». Y lo mismo cabe decir de la STS 19-7-2013 (RJ 2013/5004) que, en un caso de reconstrucción mamaria mal realizada, tras repetir las afirmaciones de las sentencias anteriores, confirma sin embargo la condena de la clínica demandada con base en que la sentencia recurrida –dice– no había responsabilizado a aquella «por el resultado no alcanzado», sino porque el inadecuado resultado obtenido constituía un daño desproporcionado.

sabilidad extracontractual, que es donde ahora nos movemos, tiene especial relevancia en el ámbito contractual⁴².

En cualquier caso, volviendo al tema central de este trabajo, conviene tener presente la siguiente idea: la naturaleza de la actividad médica conlleva un cierto grado de aleatoriedad, e implica por ello, ciertos riesgos a los que inevitablemente debe someterse el paciente. Esos riesgos, de distinta frecuencia y entidad según el tipo de tratamiento o intervención, pero *previsibles* conforme al estado de la ciencia médica, son lo que podemos denominar «riesgos inherentes al tratamiento médico»⁴³. Tales riesgos son asumidos por el paciente cuando acepta el tratamiento, siempre y cuando, como es lógico, se le haya informado adecuadamente acerca de su existencia⁴⁴. Por consiguiente, en caso de que finalmente se

⁴² Me parece evidente que en los casos de cirugía estética o, en general, medicina satisfactiva, cualquier cliente medianamente razonable espera la obtención del resultado buscado. De ahí que el hecho de que el facultativo *no informe de la posibilidad de no consecución del mismo* –al margen de que pueda constituir el incumplimiento del deber de información que les incumbe (arts. 5 y 10 Ley 41/2002)– conlleva implícitamente la garantía de ese resultado. Es decir, en mi opinión la situación es claramente inversa a la descrita por el TS. Al margen de los casos obvios en que el aseguramiento del resultado deriva de la publicidad, lo normal, de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza de este tipo de prestaciones médicas, es que el cliente confíe en la obtención del resultado al que se dirige la intervención *a no ser que tenga alguna razón para pensar lo contrario*. Por eso, si finalmente el resultado no se produce, el médico incurrirá en responsabilidad que será, eso sí, de naturaleza *contractual*. [Utilizo aquí el término responsabilidad contractual en sentido amplio, pues en la hipótesis antedicha podrían entrar en juego los remedios propios del incumplimiento pero no, necesariamente, el indemnizatorio. Vid. DE VERDA y BEAMONTE, «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la Jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *RDPatr.* enero-abril, 2015, pp. 94 y ss., que advierte sobre la necesidad de diferenciar entre el *juicio de incumplimiento* y el *juicio de responsabilidad*].

En relación con lo dicho cabe traer a colación la regulación propuesta en el DCFR (IV. C). Si bien, como ya se dijo, en el texto europeo el prestador de un servicio médico asume, como regla, solamente una obligación de «competencia y cuidado» («skill and care» –art. 8:104–) el art. IV.C2:106, que se refiere a las obligaciones de conseguir un resultado, considera que se está ante este tipo de obligación, además de cuando el cliente lo previó o declaró, cuando éste pueda razonablemente esperar la consecución del resultado y *no tenga razón para creer que hay riesgo de que el mismo no se produzca*. Y a tal efecto son de especial relevancia las obligaciones de información del prestador del servicio, entre las que destaca la obligación de informar del riesgo de que no pueda obtenerse el resultado declarado o esperado por el cliente (art. IV.C2:102, 1 a).

⁴³ Es decir, son riesgos inherentes al tratamiento aquellos ordinariamente previsibles –*con independencia de su mayor o menor probabilidad estadística*– que no pueden ser eliminados incluso aunque se actúe de manera diligente.

Conviene no confundir la previsibilidad del daño con su frecuencia estadística, como a veces ocurre, ya que el hecho de que cierta consecuencia o efecto secundario sea de infrecuente aparición de acuerdo con los datos estadísticos disponibles no significa, en modo alguno, que sea imprevisible. De interés al respecto es la STS 30 junio 2009 (RJ 2009/4323), que, en relación con la responsabilidad del cirujano por defectuosa información, casa la sentencia recurrida (que lo había absuelto) afirmando que «al considerar imprevisible una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5 %», el tribunal sentenciador confundió «frecuencia con previsibilidad». También la STSJ Navarra 27 de octubre 2001 (RJ 2002/1079).

⁴⁴ Si el facultativo no ha informado al paciente de los riesgos inherentes al tratamiento, aunque éstos sean inevitables conforme a la «lex artis» y el estado de la ciencia, no puede trasladarlos a este último, por lo que, «a priori», habría que concluir que incurrirá en respon-

materialicen en un daño concreto no cabe imputar responsabilidad al prestador del servicio médico, a menos, obviamente, que el daño sea consecuencia de un comportamiento negligente. Ahora bien, cuando el daño sufrido por el paciente no se corresponde con ninguno de los riesgos inherentes al tratamiento ¿quién debe cargar con dicho daño? *A priori* cabe pensar que cuando el daño sufrido por el paciente sea consecuencia de una negligencia médica será el médico el responsable. Sin embargo, la cuestión es: ¿realmente es necesario demostrar la culpa o negligencia médicas para que el prestador del servicio médico pueda incurrir en responsabilidad en la hipótesis antedicha?. Aquí, justamente, es donde, en mi opinión, entraría en juego el art. 148 TRLC, como veremos a continuación.

2.2 EL CONCEPTO DE SERVICIO MÉDICO «DEFECTUOSO»

Como se ha dicho antes, lo que justifica que el art. 148 TRLC permita imputar responsabilidad *sin culpa* al titular de un servicio, por los daños sufridos por los usuarios, es el carácter defectuoso del servicio, que está ligado a la seguridad que del mismo cabe esperar.

Así, el hecho de que se produzca un resultado que no se corresponde con el nivel de seguridad presupuesto al servicio, o, en otras palabras, el hecho de que se provoque un daño «inesperado», con el que un usuario razonable no habría contado, determinará la responsabilidad del empresario, sin necesidad de demostrar su culpa o negligencia⁴⁵.

La aplicación de esta idea a los servicios sanitarios, lleva a pensar que el régimen de responsabilidad establecido en el art. 148 TRLC ha de entrar en juego en aquellos casos en que el tratamiento recibido *no produce los resultados que pueden considerarse nor-*

sabilidad. El problema en este caso es, no obstante, si basta la materialización del riesgo típico del que no se ha informado para que pueda imputarse responsabilidad al facultativo (así podría pensarse si entendemos que la omisión de la información determina por parte del médico la «asunción» de dicho riesgo) o es necesario además que la omisión de la información haya sido la *causa* del daño (lo que exigiría comprobar si el paciente habría o no aceptado el tratamiento médico o intervención de haber sido informado adecuadamente).

Aunque la cuestión excede del objeto de este trabajo, si bien en el ámbito extracontractual se tiende a mantener la segunda postura (–aunque hay que advertir que son numerosas las sentencias que eluden comprobar la mencionada relación causal– *vid.* ASÚA, ob. cit., pp. 378 y ss.–) probablemente desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, y en la medida que todo contrato conlleva una distribución de riesgos asumida por las partes contratantes, la solución sería la primera.

⁴⁵ Como señala PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107, se imputan al empresario todos los riesgos que, según el caso concreto, la víctima no ha normalmente representado como propios al tomar la decisión de utilizar el servicio. Se trata de que, haya habido o no culpa del empresario, éste responde de todo daño que no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio.

males o provoca un *resultado anómalo*⁴⁶. Y esto es lo que ocurre cuando el resultado dañoso producido no se corresponde con el previsible o esperable de acuerdo con los parámetros habituales, es decir, cuando no supone la realización de alguno de los riesgos propios del tratamiento médico, riesgos de los que se ha debido informar debidamente al paciente.

Por consiguiente, cuando la actividad médica produce un resultado lesivo *que no constituye la materialización de un riesgo inherente al tratamiento* –esto es, se trata de un resultado «anómalo», distinto de los que ordinariamente puede producir el tratamiento o intervención– se está ante un servicio «defectuoso», que permite imputar responsabilidad al margen de la culpa⁴⁷, de acuerdo con lo establecido en el art. 148 TRLC. Veamos a continuación en qué hipótesis cabe apreciar tal situación.

A) Daño desproporcionado

En primer lugar hay que reconocer que la situación planteada recuerda en cierta medida a la que suele tomarse en consideración para aplicar la doctrina del «daño desproporcionado». Esta doctrina, cuya primera manifestación en la jurisprudencia suele situarse en la STS 2 diciembre 1996 (RJ 1996/8938)⁴⁸ –y que el TS ha identificado con frecuencia con la regla «res ipsa loquitur», la

⁴⁶ La idea no es nueva. Ya la apuntaba BERCOVITZ, en su Comentario a la STS 22-7-1994 y, posteriormente, a la de 1 julio 1997. Indicaba este autor que, si bien la responsabilidad objetiva en el ámbito médico no puede garantizar a los enfermos su curación, sí les permite exigir «que el tratamiento que reciben produzca los resultados hoy en día *normales*, esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica» (CCJC, 37, pp. 155, 156) de manera que supone una «garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, *no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles*, de acuerdo con la praxis médica existente». (CCJC, 45, p. 1221). En similar sentido, GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito-sanitario», ADC, 1998-4, p. 1764, consideraba aplicable el art. 28 LCU cuando «el tratamiento tiene un resultado completamente *anormal*», bastando con acreditar la relación causa-efecto entre ambos para obtener indemnización a menos que el demandado probara una circunstancia que rompiera la relación causal.

⁴⁷ Aunque hay quien duda de que en el ámbito de la responsabilidad sin culpa se deba responder por el riesgo terapéutico «y en particular, por aquellos riesgos que sean posibles pero infrecuentes en la clase de intervención practicada» (GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 380, 381), me parece que la respuesta ha de ser negativa. La responsabilidad objetiva en este campo sólo está justificada, en mi opinión, cuando el resultado de la actuación médica *no se corresponde con los riesgos previsibles o inherentes al tratamiento* (sean más o menos frecuentes), esto es, con los riesgos propios del tratamiento que no se pueden controlar porque en ellos concurre un cierto grado de aleatoriedad, riesgos que, como regla, y siempre que exista la debida información, asume voluntariamente el paciente.

Si en otro tipo de servicios (v. gr. instalación de gas; transporte; reparación de ascensores...) el ámbito de riesgos que cabe imputar objetivamente al empresario se corresponde con los riesgos en muchos casos fortuitos inherentes a su actividad, en la actividad médica, por sus particulares características, sucede justamente lo contrario.

⁴⁸ En este sentido LUNA YERGA, ob. cit., p. 187; Díez REGAÑÓN, ob. cit., p. 122.

«apariencia de prueba» o «Anscheinsbeweis» y la «faute virtuelle»⁴⁹— es un expediente que permite deducir de la «desproporción» del daño producido respecto de lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia⁵⁰, la existencia de culpa o negligencia. Se trata, en suma, de un mecanismo de facilitación de la prueba de la culpa, que conlleva una presunción de negligencia⁵¹. Y, aunque en algún caso se haya cuestionado qué debe entenderse por «desproporción» del daño⁵², del conjunto de sentencias emitidas al respecto se desprende con claridad que tal calificación se asienta en la falta de correspondencia entre el daño producido y las consecuencias previsibles o esperables de la intervención médica, es decir, en la falta de correspondencia entre el resultado dañoso y el riesgo atribuible a la intervención⁵³. En tal caso, señala la jurisprudencia, corresponde al médico ofrecer una

⁴⁹ Así, por ejemplo, en las Sentencias de 9-12-1998 (RJ 1998/9427); 29-6-1999 (RJ1999/4895); 9-12-1999 (RJ 1999/8173); 29-11-2002 (RJ 2002/10404); 31-1-2003 (RJ 2003/646); 1-9-2003 (RJ 2003/6418); 17-11-2004 (RJ 2004/7238)

⁵⁰ En esos términos se pronuncian, por ejemplo, las STS 2-12-1996 (RJ 1996/8938); 29-6-1999 ((RJ 1999/4895); 9-12-1999 (RJ 1999/8173).

⁵¹ *Vid.* LUNA YERGA, pp. 186 y ss., quien insiste en que dicho instrumento debe encuadrarse dentro de las presunciones judiciales pero no supone una regla dirigida a la inversión de la carga de la prueba. En esta línea, la STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552), que indica que esta figura no constituye un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, sino que supone admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*) en tanto no sean refutados.

Asúa, ob. cit., p. 373, señala, sin embargo, que en algunas sentencias no se realiza ninguna presunción judicial de culpa sino que simplemente se considera que, al existir un daño desproporcionado, la culpa no es carga probatoria del demandante.

Por su parte VILLANUEVA LUPIÓN, «El alivio de la carga de la prueba del paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid, 2011, pp. 146 y ss., indica que el «daños desproporcionado» es un mecanismo de facilidad probatoria que, si bien funciona *de facto* como una presunción judicial, presenta algunas diferencias con éstas pues el juez no parte de un acto que puede resultar negligente porque según las reglas de la experiencia ocasiona con probabilidad un daño sino que parte de un resultado anómalo que, en virtud de un razonamiento *a contrario* (el demandado no ha podido no actuar culposamente) permite deducir la existencia de culpa.

⁵² Díez-PICAZO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual» en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 109, señalaba que no estaba claro si el daño desproporcionado era un daño importante o catastrófico con gran número de víctimas o un daño con una anómala relación con el comportamiento.

⁵³ La STS 7 octubre 2004 (RJ 2004/6229) califica, en este sentido, como daño desproporcionado aquél resultado lesivo que *no guarda relación con el escaso riesgo atribuible* a una determinada intervención. La STS 17 noviembre 2004 (RJ 2004/7238) alude a un evento dañoso de «tal entidad y naturaleza ilógica» que sólo puede deberse a una negligencia. La de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397) se refiere a «la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida» y la de 23 mayo 2007 (RJ 2007/3273) lo califica como el daño «habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado» en el tipo de acto en cuestión. Más recientemente, algunas sentencias califican como daño desproporcionado «el no previsto ni explicable en la esfera de actuación médica», de lo que cabe deducir que se está haciendo referencia a daños que no son consecuencia previsible de determinada intervención. Así las SSTs 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 2-9-2010 (RJ 2010/7135); 3-7-2013 (RJ 2013/4380).

explicación coherente «del porqué de la disonancia entre el riesgo inicial de la actividad médica y la consecuencia producida»⁵⁴. Tal explicación suele ser que el resultado producido supone la materialización de alguno de los riesgos inherentes al tratamiento⁵⁵, aunque en algún caso la explicación aceptada por los tribunales hace referencia a alguna circunstancia que se considera «imprevisible», como por ej. la aparición súbita de cierta anomalía o enfermedad⁵⁶. La falta de tal explicación, y por consiguiente la inexistencia de una causa específica que justifique el resultado producido permite deducir la existencia de negligencia médica.

⁵⁴ Así lo indican las STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 2-9-2010 (RJ 2010/7135) y 3-7-2013 (RJ 2013/4380). Por su parte, la STS 30-4-2007 (RJ 2007/2397), citada en la nota anterior, en un supuesto en que los recurrentes aducían que se había producido un «daño desproporcionado» advierte que el mismo «no determina por sí mismo responsabilidad» e insiste en que solamente *obliga al médico a dar una explicación coherente del porqué de dicho resultado*. En este caso la explicación era innecesaria porque se entendió que no existía relación causal entre la actividad médica (implante de lente intraocular en un bebé aquejado de cataratas congénitas) y el «daño» (infección ocular padecida dos años después).

⁵⁵ Así ocurre en el caso resuelto por la STS 22 septiembre 2010 (RJ 2010/7135), en el que la paciente, tras una intervención de hernia inguinal y a consecuencia de la anestesia epidural, sufrió un hematoma que le causó la paraplejía de las extremidades inferiores. En este caso, se niega que exista daño desproporcionado y se afirma en la sentencia (aunque posiblemente quepa discutir la exactitud de tal afirmación) que «el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia».

Asimismo, en la STS 30 junio 2009 (RJ2009/4323), el TS niega que la lesión sufrida por la actora (lesión del nervio ciático) en una operación de implantación de prótesis de cadera, tuviera la consideración de «daño desproporcionado», al tratarse de «una complicación previsible» descrita, en la literatura científica, como frecuente en un 3,5 % de los casos.

También cabe mencionar la STS 27-12-2011 (RJ 2012/166). Aunque la demanda inicial se basó en una mala praxis médica y falta de adecuada información sobre los riesgos de la operación de hernia discal, en casación se adujo (además de infracción del art. 28 LCU), infracción de la doctrina del daño desproporcionado. El TS sostuvo que la complicación surgida durante la operación (desgarro de la duramadre) *era* «frecuente y está descrita como probable», por lo que no podía hablarse de daño desproporcionado.

⁵⁶ La STS 19-10-2007 (RJ 2007/7308), considera que la muerte de un menor tras una operación de amigdalectomía no constituye daño desproporcionado porque se debió a un *shock* anafiláctico provocado por la anestesia. El TS parte de la base de que no se hicieron pruebas de alergia porque no eran aconsejables para la salud del menor, y del hecho de que, aún de haberse realizado, no habrían garantizado la inexistencia de posibles reacciones anafilácticas ya que, según el TS, la primera vez que se manifiestan son «imprevisibles e inevitables».

En la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789), una mujer falleció en el parto como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell. El TS considera que el resultado producido en el parto no puede calificarse como «daño desproporcionado» porque la causa de la muerte no fue la actividad médica sino la mencionada enfermedad y el «carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad». La STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en relación con las lesiones cerebrales sufridas por un menor durante el parto, niega que exista «daño desproporcionado». Según dicha sentencia las lesiones del menor se debieron a un desprendimiento de la placenta que tuvo lugar al tiempo de practicarla o en un momento inmediatamente anterior. El posible desprendimiento de la placenta no se pudo apreciarse en las pruebas realizadas a la paciente por lo que lo califica como un hecho «imprevisible e inevitable» y entiende que no puede hablarse de «daño desproporcionado». Al existir en el caso de autos una explicación para la lesión sufrida por el menor (el desprendimiento de la placenta), estima que no cabe hablar de daño desproporcionado.

Pues bien, llama la atención que muchas de las sentencias del TS que aplican el art. 28 LCU (ahora 148 TRLC) se refieren a supuestos en que dicho tribunal apreció la existencia de un «daño desproporcionado», que no podía considerarse consecuencia ordinaria de la intervención practicada⁵⁷. Así, en los casos resueltos por la STS 9-12-98 (RJ 1998/9427), en la que una paciente, tras una operación de juanetes, contrajo una infección por tétanos que le provocó la muerte; la STS 29-6-1999 (RJ 1999/4895) en la que una mujer se sometió a una operación relativamente sencilla (extirpación de vesícula biliar) y falleció de parada cardiorrespiratoria; la de 9-12-99 (RJ 1999/8173), relativa a una operación de cataratas que culminó con la extirpación de un ojo; la STS 18-12-2002 (RJ 2003/47), en que una paciente quedó en estado vegetativo tras una mastectomía; o la de 7-10-2004 (RJ 2004/6629), en que una paciente, que sufrió un corte por cristales en la palma de la mano, perdió la movilidad de ésta siendo declarada en situación de invalidez total permanente para ejercer su profesión de matrona⁵⁸.

En todas estas sentencias el TS emplea una doble argumentación para sustentar la condena de la entidad hospitalaria. Señala, de un lado, que se está ante un daño desproporcionado para el que no se ha ofrecido adecuada explicación por parte de los demandados. Y se afirma, de otro, que procede aplicar el art. 28 LCU. La doctrina ha criticado la doble argumentación presente en estas resoluciones arguyendo que si se presupone la existencia de culpa o negligencia médica como consecuencia de la aplicación de la mencionada doctrina del daño desproporcionado no tiene sentido aplicar también el art. 28 LCU, que permite imputar responsabilidad al margen de la culpa⁵⁹. Sin embargo, aun reconociendo lo acertado de tal aseveración, creo que lo que en realidad ponen de relieve tales sentencias –si bien de manera un tanto confusa y más bien intuitiva– es que los supuestos de «daño desproporcionado» –producción un resultado anómalo o inesperado en relación con el

⁵⁷ A la conexión entre la doctrina del daño desproporcionado y la aplicación del art. 28 LCU hace referencia DÍAZ REGAÑÓN, ob. cit., pp. 147 y ss.

⁵⁸ También la STS de 31-1-2003 (RJ 2003/646), en un supuesto en que una operación de hemorroides provocó al paciente incontinencia anal parcial considera que se está ante un «resultado desproporcionado» y aplica el art. 28 LCU. Es discutible, sin embargo, que la situación enjuiciada debiera ser calificada como «resultado desproporcionado» y, asimismo, que el resultado producido pudiese considerarse como un resultado «anómalo» y el servicio médico como «defectuoso» a efectos de aplicar el art. 28 TRLC. Según se hace constar en el Voto particular, formulado por Marín Castán, la lesión padecida por el demandante entraba dentro de los riesgos posibles de la operación (se dice que la lesión del esfínter externo es «consustancial e inherente a la técnica aplicada»). Y, como bien indica el voto particular «no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable en los riesgos típicos de la intervención».

⁵⁹ En este sentido DÍAZ-REGAÑÓN, ob. cit., pp. 137 y ss., en particular *vid.* pp. 147, 149, 150.

riesgo inherente al tratamiento— son casos de «servicio médico defectuoso» que permiten imputar «objetivamente» responsabilidad al prestador del servicio.

De especial interés es, al respecto, la STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238) —relativa a una paciente que, tras someterse a una histerectomía, sufrió pérdidas de conciencia, paradas cardiorrespiratorias y repetidas anoxias que le provocaron daños irreversibles en el cerebro— que viene a decir que la doctrina del resultado desproporcionado aparece *reconocida en nuestro Derecho, para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el art. 28.2 LCU* (FJ 6.º). También la STS 5 de enero de 2007, establece una cierta analogía entre la figura del «daño desproporcionado» y el art. 28 LCU, indicando que éste último permite imputar responsabilidad cuando el funcionamiento de un servicio «*se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación*»⁶⁰.

Igualmente significativas me parecen aquellas sentencias que rechazan la aplicación del art. 28 LCU y la existencia de la responsabilidad médica invocada en casos en que, junto a la afirmación de que dicho precepto sólo se proyecta sobre los aspectos funcionales u organizativos del servicio (cuestión que se abordará con posterioridad, infra apartado 3), se niega la existencia de un «daño desproporcionado». Buen ejemplo de ello es la ya citada STS de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7135) que, ante el recurso presentado por un paciente que se sometió a una intervención de hernia inguinal y a consecuencia de la anestesia epidural sufrió un hematoma que le causó paraplejía, considera inaplicable el art. 28 LCU y sostiene que en dicho supuesto no puede haber daño desproporcionado porque «el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la *materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia*» (FJ 7.º)⁶¹.

⁶⁰ En el supuesto resuelto en esta sentencia el actor se sometió a una operación para reparar una herida en la córnea, a la que siguió una segunda operación para trasplante de córnea e implante de una lente, pero perdió la visión del ojo a consecuencia de una infección bacteriana adquirida en el quirófano a resultas de la primera intervención.

⁶¹ En la misma línea, la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789). En esta hipótesis, ya mencionada, en la que una mujer falleció en el parto como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell, el TS niega que el fallecimiento pueda considerarse como un «daño desproporcionado» porque por tal ha de entenderse el «no previsto ni explicable» en cuyo caso el médico debe dar una explicación coherente acerca del porqué de la consecuencia producida, de modo que la falta de ella puede hacer surgir una deducción de negligencia. En el caso en cuestión existía, según el TS, una explicación lógica, que fue que la muerte se debió a la instauración brusca y súbita de dicha enfermedad.

Asimismo la aludida STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en relación con las lesiones cerebrales sufridas por un menor durante el parto (debido al desprendimiento de la placenta

Por ello, y aunque la doctrina del daño desproporcionado se utiliza en sede de responsabilidad por culpa y como un expediente que permite presumirla⁶², lo cierto es que las circunstancias que autorizan a invocarla –producción de un *daño que no es consecuencia previsible ni esperable* de la intervención médica practicada– permiten igualmente, en mi opinión, en tanto determinan la existencia de un servicio médico defectuoso, aplicar el art. 148 TRLC (con anterioridad en el art. 28 LCU) con objeto de obtener una condena prescindiendo de la posible culpa o negligencia del demandado⁶³.

Así, cabe concluir que la producción de un resultado lesivo no esperable ni previsible de acuerdo con la práctica médica habitual porque no constituye materialización de algún riesgo típico o inherente al tratamiento médico –ni tampoco hay una causa externa que justifique el resultado⁶⁴– permite:

a) Si la demanda se plantea con base en las reglas generales de responsabilidad –lo que es habitual cuando se demanda al médico o facultativo individualmente considerado– facilitar la prueba de la culpa;

b) Considerar que el servicio médico ha sido defectuoso, en cuyo caso cabe invocar el art. 148 TRLC para imputar responsabilidad al «empresario» (*infra* apartado 3) de servicios médicos sin necesidad de probar su culpa o negligencia.

Sucede, sin embargo, que la jurisprudencia tiende a mezclar ambos planos y, en lugar de tomar en consideración el resultado anómalo producido para justificar, simplemente, el carácter defectuoso del servicio y aplicar el art. 148 TRLC (o 28 LCU) al prestador del servicio médico, trae a colación la doctrina del daño desproporcionado. Y esta doctrina, si bien presupone una situación fáctica equivalente a la que permite calificar un servicio como

materna), niega que exista «daño desproporcionado» y, por consiguiente, rechaza la aplicación del art. 28 LCU.

También cabe recordar la STS 27-12-2011 (RJ 2012/166), citada con anterioridad. En casación la recurrente adujo infracción del art. 28 LCU y de la doctrina del daño desproporcionado, pero el TS consideró que no podía hablarse de daño desproporcionado (la complicación surgida durante la operación era un riesgo descrito como «probable») ni resultaba aplicable el art. 28 LCU.

⁶² ASÚA, «Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 60.

⁶³ No creo, por ello, que deba excluirse la aplicación del art. 148 TRLC en caso de «daño desproporcionado», circunscribiendo su aplicación, como sugiere ASÚA, a los casos de «utilización en el servicio de productos defectuosos o infecciones hospitalarias». ASÚA, «Responsabilidad sin culpa...», cit., pp. 60, 61; «Responsabilidad civil médica», cit., p. 423.

⁶⁴ *Vid. infra*, apartado 4.

defectuoso, es un mecanismo dirigido a facilitar la prueba de la culpa médica, lo que resulta incompatible con el art. 148 TRLC, que permite, justamente, prescindir de esta última.

Pero, en definitiva (y al margen de la confusión de planos presente en las aludidas resoluciones del TS, en muchos casos consecuencia del planteamiento realizado por las partes) lo que conviene tener en cuenta es que uno de los supuestos en que cabe entender que se ha prestado un servicio médico defectuoso es aquél en que el paciente sufre daños que no se corresponden con los riesgos inherentes al tratamiento. En tal hipótesis puede invocarse el art. 148 TRLC a fin de imputar responsabilidad al demandado al margen de la culpa y sin necesidad, por tanto, de acreditar la existencia de un comportamiento negligente. Y obviamente, no hay ninguna necesidad de acudir, para justificar la aplicación de dicho precepto, a la doctrina del daño desproporcionado como viene haciendo, de manera inapropiada y un tanto confusa, la jurisprudencia. Cuestión distinta, en la que nos detendremos con posterioridad, es qué sujetos pueden ser declarados responsables de acuerdo con el citado art. 148 TRLC.

¿Hay algún otro supuesto de «servicio médico defectuoso» en que proceda aplicar el art. 148 TRLC?. La doctrina suele mencionar, entre los supuestos en que se ha aplicado por nuestros tribunales el art. 28 LCU, el caso de las infecciones hospitalarias, y el de la utilización, en el curso de un tratamiento médico, de un producto defectuoso⁶⁵. De hecho, el propio TS, en alguna sentencia, ha concretado el ámbito objetivo del art. 28 LCU diciendo que las resoluciones que lo aplican «suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario o a consecuencia de transfusiones de sangre, de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención, o en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención» [STS 5 febrero 2001 (RJ 2001/541)].

B) Infecciones hospitalarias

El supuesto de las infecciones hospitalarias puede considerarse, sin duda, como un supuesto de servicio defectuoso. Y ello porque el hecho de contraer una infección en el medio hospitalario no parece que pueda calificarse como un riesgo inherente al tratamiento, que escapa al control médico u hospitalario (al con-

⁶⁵ Por todos, ASÚA, «Responsabilidad sin culpa...», cit, pp. 60, 61 «Responsabilidad civil médica», cit., pp. 421, 423.

trario, entraría dentro del ámbito de riesgos que cabe asignar a quien desarrolla tal actividad) ni cabe pensar que el nivel de seguridad exigible del prestador de servicios médicos no incluye la garantía de ausencia de infecciones hospitalarias⁶⁶. Así, la STS de 1 de julio de 1997 (RJ 998/5471), una de las primeras que aplicó el art. 28 LCU, entendió que la infección hospitalaria sufrida por el paciente tras una operación de rodilla (infección que provocó la amputación de una pierna) supuso el incumplimiento de los niveles de pureza, eficacia, seguridad, etc. exigibles⁶⁷ y en similar sentido se pronuncia la STS 21 de julio 1997 (RJ 1998/5523), también relativa a una infección hospitalaria que derivó en la amputación de la pierna del paciente. Otras resoluciones que aplican el art. 28 LCU a supuestos de infecciones hospitalarias son las SSTS de 18 de junio de 1998 (RJ 667/98)⁶⁸, 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427)⁶⁹; 18 de marzo de 2004 (RJ 2004/1823)⁷⁰ y 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552)⁷¹. Ocurre, sin embargo, que las tres primeras sentencias citadas (las de 1 y 21 de julio de 1997 y la de 16 de junio de 1998) consideran que la infección contraída por el paciente pone de manifiesto algún tipo de negligencia, que, aun cuando no pueda adscribirse a miembros concretos del personal sanitario, permitirían imputar responsabilidad al hospital *ex art.* 1903.4⁷². En las de 9 de

⁶⁶ Como dice la STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552), «la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención».

⁶⁷ Señala dicha resolución que «los niveles presumidos, por ley de pureza, eficacia o seguridad... impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio» (FJ 4). Puede verse el comentario de BERCOVITZ a esta sentencia en *CCJC*, 1997, n.º 45, pp. 1218 y ss.

⁶⁸ Un paciente fue sometido a una intervención quirúrgica para drenaje de una osteomielitis, intervención considerada médicamente de escasa entidad y nula peligrosidad, pero entró en coma a consecuencia de una infección por bacteria hospitalaria que le provocó finalmente la muerte.

⁶⁹ En este caso la paciente, que se sometió a una operación de juanetes, contrajo una infección por tétanos que le produjo la muerte.

⁷⁰ Aquí una mujer fue operada de hernia discal y debido a fuertes dolores hubo de ser operada de nuevo apreciándose una infección o discitis a consecuencia de la primera operación que le provocó un importante grado de minusvalía.

⁷¹ En el supuesto resuelto en esta sentencia el actor se sometió a una operación para reparar una herida en la córnea a consecuencia de la que contrajo una infección bacteriana que, tras una segunda operación, culminó con la pérdida de visión del ojo.

⁷² En la STS 1-7-97 la reclamación contra el médico y el Insalud había sido desestimada en las dos instancias previas. El recurso se basó en la infracción por inaplicación del art. 28 LCU y la infracción de los arts. 1902 y 1903 C.c. porque ni el médico ni el centro hospitalario adoptaron las medidas de precaución necesaria para evitar la infección. El TS declara que procede aplicar el art. 28 LCU, pero dado que considera que efectivamente existió negligencia, condena al cirujano y a la administración hospitalaria *ex arts.* 1902 y 1903, indicando que «la responsabilidad objetiva *ex art.* 28 queda embebida en el mayor coste de la responsabilidad por culpa».

diciembre de 1998⁷³ y 18 de marzo de 2004⁷⁴ se aplica también, al centro hospitalario, el art. 1902 C.c. La de 5 de enero 2007, por último, se refiere tanto al art. 1903.4, como al art. 28 LCU y a la doctrina del daño desproporcionado⁷⁵. Aunque ello es consecuencia de los términos en que se plantearon los correspondientes litigios y de los motivos de casación sobre los que el TS se ve obligado a pronunciarse, nuevamente nos encontramos con una doble argumentación en la que confluyen, tanto reglas que presuponen la existencia de culpa o negligencia como otras (el art. 28 LCU, actual art. 148 TRLC) que responden a un criterio objetivo de imputación de responsabilidad. Y es que, nuevamente, existen distintas posibilidades jurídicas a la hora de fundamentar el fallo. De un lado, porque el modo en que el Alto Tribunal viene interpretando el art. 1903.4 C.c. permite entender, como señala la citada S. de 5 de enero de 2007, que el «defectuoso funcionamiento de un servicio» –pues como tal hay que considerar la

En el caso resuelto por la STS 21-7-97 se había condenado al Insalud, tanto en primera instancia como en apelación, *ex arts.* 1903 C.c. y el TS se limita a sostener que la responsabilidad establecida en dicho precepto es de carácter «marcadamente objetivo» (aunque también afirma –sin mayor argumentación– que la actuación culposa se deduce del propio resultado producido) reiterando la doctrina sentada en la precedente Sentencia de 1 julio sobre la aplicación de los arts. 26 y 28 LCU.

Por lo que respecta a la STS 18-1-98 (RJ 667/98), en ella se amalgaman diversos argumentos jurídicos ya que la resolución recurrida fundó su fallo en la existencia de responsabilidad contractual para negar la prescripción de la acción, pero también en los arts. 1902 y 1903 C.c. A ellos el TS añade la invocación del art. 28 LCU

⁷³ Esta sentencia no aplica «la responsabilidad del empresario *ex art.* 1903» porque la decisión recurrida se apoyó en el art. 1902. En el recurso se cuestiona que dicho precepto pueda ser aplicado directamente al centro médico. El TS sostiene que a éste se le aplica, en cualquier caso, la responsabilidad directa que deriva de los arts. 26 y 28 LCU, por lo que nada obsta para imputarle directamente responsabilidad *ex art.* 1902.

⁷⁴ En primera instancia y apelación se desestimó la demanda por entenderse que, pese a la infección contraída por la paciente (discitis) la actuación del médico fue correcta y el centro médico se encontraba en condiciones adecuadas de asepsia. En esta hipótesis el TS revoca la sentencia recurrida declarando la responsabilidad del centro hospitalario pero, dado que el recurso de casación se basó en la infracción del art. 1902 C.c., el TS se ve obligado a pronunciarse sobre el mismo. Al respecto arguye, de manera un tanto cuestionable (pues contradice la propia doctrina del Alto Tribunal en materia de responsabilidad médica) que el art. 1902 se interpreta de manera crecientemente objetiva, y concluye diciendo que, en cualquier caso, tal responsabilidad objetiva viene impuesta en el art. 28 LCU.

⁷⁵ En este caso la sentencia impugnada había argumentado con base en el art. 1903.4 –aduciendo que esta responsabilidad tiene un matiz marcadamente objetivo y no requiere previa determinación de un dependiente responsable– y, en particular, en la LCU. Recurrida la sentencia, y cuestionado el criterio objetivo de imputación aplicado para declarar la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, el TS viene a decir que el art. 1903.4 C.c., la doctrina del daño desproporcionado y los arts. 26 y 28 LCU no son excluyentes y que el principio culpabilístico que rige en el C.c. no se opone a la aplicación de un criterio de imputación establecido en la normativa específica sobre protección de los consumidores. Así, además de relacionar la doctrina del daño desproporcionado con el art. 28 LCU (como ya se indicó en el texto con anterioridad) concluye que *«es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención»*

hipótesis en que se contraen infecciones hospitalarias— «es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al art. 1903 CC.» (FJ 8.º). De otro porque la existencia de deficiencias organizativas —que se presuponen cuando en un centro hospitalario no se adoptan las precauciones necesarias para evitar la propagación de infecciones— también permite imputar responsabilidad por hecho propio, *ex art. 1902 CC.*, al titular de la actividad⁷⁶.

En este último sentido se pronuncian dos sentencias del TS —20 julio 2009 (RJ 2009/4161) y 24 mayo 2012 (RJ 2012/6539)— al hilo de lesiones sufridas por un menor debido al retraso en la práctica de la cesárea. En ambos casos el retraso se debió al inadecuado sistema de guardias establecido. Y en ambos casos, además de invocarse el art. 28 LCU, señala el TS que cabe aplicar al Centro demandado el art. 1092 pues se está ante una «responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad».

Ahora bien, aunque los fallos en la organización de la actividad hospitalaria —y las infecciones hospitalarias pueden considerarse un ejemplo de ello— permiten fundar la responsabilidad de la entidad demandada en los arts. 1903.4 o 1902 CC., lo relevante, por lo que aquí interesa, es destacar que el hecho de contraer una infección hospitalaria supone un servicio médico defectuoso. Y tal servicio defectuoso justifica que pueda reclamarse responsabilidad al hospital o centro médico en que se contrae la infección con base en el art. 148 TRLC sin necesidad de acreditar la existencia de culpa o negligencia y *sin necesidad de recurrir a la invocación de las normas del CC.*

C) Utilización de un producto defectuoso

Una tercera hipótesis en que, según la doctrina puede plantearse la aplicación del art. 148 TRLC, es aquella en que la prestación del servicio médico se utiliza un producto defectuoso (v. gr. catéter que se rompe; DIU que no funciona, prótesis mamaria tóxica...). Dentro de esta hipótesis cabe incluir también, en mi opi-

⁷⁶ En este sentido DÍAZ-REGAÑÓN, *ob. cit.*, p. 207. Asimismo, desde la óptica de la responsabilidad del empresario en general, BELUCHE RINCÓN, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, 2.ª 2017, p. 382.

Sobre esta cuestión señala, en concreto, la STS 22-5-2007 (RJ 2007/4618) que, «cuando la prestación del servicio es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables», cabe reclamar directamente responsabilidad al establecimiento o centro hospitalario con base en el art. 1902 C.c.

nión, el supuesto en que en una transfusión se utiliza sangre contaminada⁷⁷.

En principio, y de acuerdo con las reglas contenidas en los arts. 135 y ss. TRLC, el responsable del daño ocasionado por un producto defectuoso es el fabricante del mismo⁷⁸. Así, en los casos en que el «producto» defectuoso ha sido fabricado o preparado por el propio centro hospitalario no hay duda de que el mismo podrá ser condenado con base en los arts. 135 y ss. TRLC⁷⁹. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si la sangre contaminada con el virus del VIH o VCH hubiese sido preparada por el propio hospital en que se lleva a cabo la transfusión.

Ahora bien, cuando no es así, cabe preguntarse si la víctima puede demandar, *ex art.* 148 TRLC, a quien utilizó un producto

⁷⁷ En relación con los supuestos de contagio del virus de la hepatitis C o del VIH, la cuestión más problemática fue, en su momento, la concerniente a la posibilidad de imputar responsabilidad a los centros hospitalarios por transfundir sangre contaminada cuando todavía no era posible la detección del virus pero se conocía su existencia. Sobre ello SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Madrid, 2002, pp. 312 y ss. quien, tras diferenciar los distintos periodos (en función del desconocimiento del virus, su conocimiento pero imposibilidad de detección y la existencia de pruebas de detección), analiza la jurisprudencia vertida al efecto. También *vid.* MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU «Comentario a la STS 10 junio 2004», *CJC*, pp. 374 y ss.

En la actualidad, una vez que es posible detectar los virus VIH y VHC, siendo obligatorias las pruebas para comprobar su existencia, la responsabilidad de los laboratorios o bancos de sangre que pongan en circulación sangre contaminada es clara, tanto con base en las reglas generales de responsabilidad (la no adopción de los controles procedentes supone un comportamiento claramente negligente) como con base en las reglas del TRLC sobre productos defectuosos. Además, respecto de esta última regulación hay que tener presente que, incluso en el supuesto hipotético de sangre contaminada por un virus o microbio actualmente desconocido, el productor sería igualmente responsable al no entrar en juego la causa de exoneración relativa los «riesgos del desarrollo» (arts. 140.1, e) que no opera cuando se trata de «medicamentos» (art. 140.2), y la sangre y los hemoderivados tienen la consideración de tales (art. 46 RDL 1/2015 que aprueba el TR de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios).

Ahora bien, al margen de la responsabilidad del laboratorio o entidad que pueda ser considerada como «fabricante» de la sangre, la cuestión que aquí se plantea es si puede ejercitarse una acción de responsabilidad, *ex art.* 148 TRLC, contra el centro hospitalario que simplemente la utiliza o trasfunde, cuestión ésta a la que, como se verá en el texto, respondemos afirmativamente.

⁷⁸ El sujeto eminentemente responsable conforme al régimen especial contenido en el TRLC es el fabricante (concepto éste que incluye tanto al fabricante del producto terminado, de un elemento integrado en éste o de una materia prima, así como al «fabricante aparente»). Tratándose de productos producidos fuera de la UE responde el importador. El proveedor sólo responde subsidiariamente, cuando el productor no puede ser identificado, o si suministró el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 138 en relación con art. 5 TRLC; art. 146). Recordemos, en cualquier caso, que las reglas de responsabilidad del TRLC no impiden a la víctima acudir al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual (art. 128 TRLC). Más información en SANTOS MORÓN, *ob. cit.*, pp. 472 y ss.

⁷⁹ El art. 140 TRLC contempla como causa de exoneración, en la responsabilidad por productos defectuosos, el que el demandado no «haya puesto en circulación» el producto. Téngase en cuenta, no obstante, que, según el TSJUE (Asunto C-203/1999, caso *Veedfald*), el hecho de que el producto (en el caso de la sentencia mencionada, el líquido de irrigación de un riñón que iba a ser objeto de trasplante) haya sido preparada en el propio establecimiento del prestador del servicio y no salga del mismo no permite invocar dicha causa de exoneración.

defectuoso *fabricado por un tercero* en la prestación del servicio⁸⁰. Hay quien, con base en la STJUE de 10-1-2006 (asunto *Skov vs Bilka*) –según la cual es contraria a la Directiva 85/374 sobre Responsabilidad por los Daños causados por Productos Defectuosos la norma nacional que extiende la responsabilidad objetiva prevista para el fabricante a otro sujeto distinto– niega esta posibilidad⁸¹ y quien opina, desde una perspectiva general, que en el supuesto de concurrencia de responsabilidad (por daños causados por productos)

⁸⁰ Antes de la publicación de la LRPD, como la LCU era aplicable tanto a productos como a servicios, y el art. 26 permitía demandar a cualquier interviniente en la cadena de producción y comercialización, no había dificultad en demandar, con base en el art. 28 LCU, tanto al fabricante del productos, como al centro sanitario que lo empleaba, en cuanto «suministrador» de dicho bien al usuario. Además, según el art. 27 LCU, la responsabilidad en tal caso era solidaria.

Así, la STS 24-9-1999 (RJ 1999/7272), en un supuesto en que la actora había quedado embarazada tras la implantación de un DIU defectuoso, consideró responsables solidariamente a la Administración sanitaria y al fabricante del producto (se aplica el art. 28 LCU pero también se imputa a la Administración sanitaria un comportamiento –en mi opinión dudosamente– negligente, por no haber controlado el buen funcionamiento del DIU).

Por su parte, la STS 9-3-1999 (RJ 1999/1268) declaró la responsabilidad del INSALUD como consecuencia de una transfusión de sangre que contagió al paciente el virus de la hepatitis C. No se indica en la sentencia si la sangre había sido o no preparada por el propio hospital pero, dado lo indicado con anterioridad, la cuestión era, en esa fecha, irrelevante.

Otras sentencias, en caso de transfusiones de sangre infectada con el VIH, condenan al INSALUD *ex art. 28* pero en cuanto prestadoras de un servicio, «*servicio sanitario* que sigue el régimen legal establecido en el art. 28 LCU». Así ocurre en las STS 11-29-1998 (RJ 1998/707) y 30-12-1999 (RJ 1999/9752), si bien ambas presuponen también la existencia de un comportamiento negligente. También condena al INSALUD como prestador del servicio la STS 22-11-1999 (RJ 1999/8618), en un supuesto de rotura de un catéter, un trozo del cual quedó alojado en el cuerpo de la paciente provocándole múltiples trastornos. En esta hipótesis se aplica la LCU «en cuanto la demandante es consumidora, *ha utilizado unos servicios* (art. 26) entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2)».

Con posterioridad a la publicación de la LRPD, aunque no faltaban autores que consideraban que lo procedente en estos casos era condenar al fabricante del producto defectuoso (DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, Aranzadi 1996, pp. 402 y ss. BERCOVITZ, «Comentario a la STS 24-9-1999», *CCJC* 2000, n.º 52, p. 204) un sector de la doctrina entendía que cabía dirigirse contra el fabricante del producto, con base en la LRPD, y contra el prestador del servicio, con base en los preceptos de la LCU (además, como es lógico, de admitirse la posibilidad de invocar los arts. 1902 y 1903 en caso de negligencia en el uso de los productos sanitarios defectuosos). MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario a la STS 15-11-2000», *CCJC*, 2001, n.º 56, p. 485; PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 1249; GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos», en *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Cívitas, 2004, pp. 1988-1991.

Tras la entrada en vigor del TRLC entiende igualmente PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Zaragoza, 2011, p. 285, que la víctima puede: i) ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad por productos; ii) ejercitar las acciones derivadas de la prestación de la asistencia sanitaria; iii) ejercitar de forma acumulada ambas.

⁸¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *ob. cit.*, pp. 1940, 1942. Según este autor, si bien el art. 148 TRLC permite imputar responsabilidad a los centros sanitarios «en supuestos en los que sea evidente que ha existido un funcionamiento anormal del servicio», no es aplicable «a los daños causados por productos defectuosos suministrados en el curso de un tratamiento».

y por servicios, debe primar la regulación sobre la responsabilidad por productos defectuosos frente a la de servicios⁸². En mi opinión, la STJUE citada no es óbice para admitir la posible responsabilidad del prestador del servicio. Dicha sentencia impide que se aplique la responsabilidad articulada en la Directiva a sujetos no contemplados en la misma, esto es, que se haga una interpretación extensiva de los sujetos a los que se aplica ese régimen especial. Pero no creo que impida que el legislador interno imponga un régimen de responsabilidad al margen de la culpa (como era el contenido en el art. 28 LCU –anterior a la Directiva 86/374–), recogido ahora en el art. 148 TRLC, a los prestadores de servicios⁸³. La cuestión es dilucidar si, cuando el daño causado al usuario tiene su origen en el carácter defectuoso de un producto, puede considerarse que el mero hecho de que el prestador del servicio, en este caso de carácter médico, lo haya empleado, permite considerar el servicio como «defectuoso» a efectos de invocar el repetido art. 148 TRLC⁸⁴. A mi juicio, si tomamos como punto de partida las expectativas de seguridad del usuario de servicios médicos, debe mantenerse la solución afirmativa ya que quien se somete a una intervención médica u hospitalaria ha de contar con la «garantía» de que el material, utensilios, etc. empleados es lo suficientemente seguro como evitar riesgos añadidos a los derivados típicamente del tratamiento o intervención. En este sentido, la STS 4-12-2007 (RJ 2008/251), en relación a una transfusión de sangre infectada con el virus de la hepatitis C, señala que «el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, *de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones*»⁸⁵. Por ello, al margen

⁸² MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TRLC», *RDP*, sept.-oct., 2008, p. 103, señalan que esta es la interpretación más conforme con el art. 8.1 de la Directiva que, en caso de concurrencia del productor y un tercero (que podría ser el prestador de un servicio) canaliza la responsabilidad a través del productor.

⁸³ De hecho, así se deduce de la STJUE de 21-12-2011, que afirma que la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza un producto defectuoso no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, por lo que esa misma Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca un régimen que imponga responsabilidad al prestador del servicio que emplea un producto defectuoso aunque no se le pueda imputar culpa alguna. *Vid.* PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...», cit., p. 2088.

⁸⁴ Obviamente, si sobre el prestador del servicio recayera la obligación de controlar los productos que emplea y hubiese podido detectar el defecto, su comportamiento debería ser considerado negligente, pudiendo imputársele igualmente responsabilidad conforme a las reglas generales (arts. 1902 y ss.)

⁸⁵ En el caso resuelto en esta sentencia se demandó a los analistas que prepararon la sangre, al centro médico donde tuvo lugar la transfusión y a la compañía de seguros médicos, habiendo sido condenados todos en apelación, si bien los analistas con base en la existencia de un comportamiento negligente. La responsabilidad de la clínica (que, debido a que los analistas no guardaban relación de dependencia con ella era difícil fundar en el

de que pueda demandarse al fabricante del producto defectuoso en cuestión, entiendo que también puede dirigirse la víctima contra el centro médico u hospitalario que lo haya empleado al amparo del citado art. 148 TRLC⁸⁶, en cuyo caso hay que entender que responderían ambos solidariamente⁸⁷.

3. SUJETOS RESPONSABLES EX ART. 148 TRLC

Una cuestión trascendente, a la que hasta ahora nos hemos referido sólo superficialmente es qué sujetos pueden ser declarados responsables *ex art.* 148 TRLC cuando se presta un servicio médico defectuoso. En relación con el art. 28 LCU algunos autores entendían que dicho precepto era aplicable tanto a los centros hospitalarios como a los médicos individualmente considerados⁸⁸. De hecho, el precepto no contenía ningún dato que hiciera pensar que no era aplicable a los facultativos, y algunas sentencias lo han invocado para declarar responsables tanto a las entidades como a los médicos demandados⁸⁹. Lo cierto es, sin embargo, que la mayoría

art. 1903 C.c.) la basa el TS en los arts. 25 y 28 LCU haciendo la afirmación enunciada en el texto, a la que añade que, «en virtud del criterio objetivo en que se funda ese tipo de responsabilidad» *es indiferente que los controles para evitar posibles infecciones correspondan o no al centro médico.*

⁸⁶ Así, por ejemplo, en el supuesto resuelto en la SAP Madrid 22 de octubre de 2014 (AC 2014/2382) se aplicaron los arts. 147 y 148 TRLC para condenar a «Corporación Dermoestética» a consecuencia de la implantación de una prótesis mamaria defectuosa. (Ha de advertirse, no obstante, que, si bien la sentencia del juzgado condenó a la demandada como prestadora del servicio, la sentencia de la AP incorpora algunas confusas referencias a su carácter de «suministradora» del producto defectuoso).

⁸⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos», *RDP*, julio-agosto, 2009, pp. 77 y ss., si bien señala que cuando se utiliza un producto defectuoso en la ejecución de un servicio debe entenderse, a la vista del art. 132 TRLC, que el productor y el prestador del servicio responden solidariamente, considera injusta tal solución. En su opinión el prestador del servicio sólo debería ser considerado responsable cuando pudo, dada la naturaleza o la forma de presentación del producto defectuoso, percatarse del defecto.

⁸⁸ BERCOVITZ, R., *CCJC*, 45, cit., p. 1219; GÓMEZ CALLE, E. «El fundamento...» cit., p. 1755). DÍAZ-REGAÑÓN, C., «Comentario STS 8-5-2003», *CCJC*, 2003, n.º 63, p. 1207; *Responsabilidad objetiva...*, cit., pp. 181, 182.

⁸⁹ La STS 29-11-2002 (RJ 2002/1404), en un supuesto en que el cirujano demandado dejó una gasa en el cuerpo del paciente tras una operación, hace referencia a la doctrina del daño desproporcionado y también «a mayor abundamiento» a la responsabilidad objetiva del art. 28 LCU (alusión innecesaria si se tiene en cuenta que la negligencia del demandado era clara). La STS 31-1-2003 (RJ 2003/646), en relación con una operación de hemorroides que deja como secuela incontinencia anal parcial, condena al cirujano demandado con base en la existencia de un resultado desproporcionado (cuya calificación como tal es sin embargo discutida en el Voto Particular de Marín Castán) y el art. 28 LCU. Por último, La STS 18-3-2004 (RJ 2004/1823) –en las que al igual que las dos sentencias anteriores fue ponente O’Callaghan–, en relación con la infección (discitis) contraída por una paciente operada de hernia discal, condena tanto al cirujano como al Centro hospitalario con base en el art. 28 LCU.

de las ocasiones en que los tribunales han empleado el criterio de imputación contenido en los arts. 28 LCU y 148 TRLC, se ha utilizado éste *para condenar a la Administración sanitaria* (cuando la fecha de los hechos enjuiciados permitía acudir a la jurisdicción civil) *o a la entidad hospitalaria* en que tuvo lugar el tratamiento o intervención, pero no a los médicos individualmente considerados. En unos casos porque no fueron demandados⁹⁰ y en otros porque, al no acreditarse que su comportamiento fuese negligente, fueron exonerados de responsabilidad⁹¹. Es más, sobre todo a partir de 2007, son muchas las sentencias del TS que afirman, de manera reiterada, que el art. 28 LCU (en la actualidad 148 TRLC) sólo es aplicable «a los aspectos funcionales» u «organizativos» de la prestación de servicios médicos, «sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos»⁹². En la mayoría de estas sentencias lo que sucede, en realidad, es que se niega que haya responsabilidad médica porque no hay, en rigor, «servicio defectuoso»: bien porque no existe el «resultado desproporcionado» invocado⁹³; bien porque no existió nexo causal directo entre los servicios prestados y el daño producido⁹⁴, o porque se agotaron todas las posibi-

Hay que advertir, por otra parte, que en alguna sentencia se condena tanto a los facultativos demandados como a la Administración o al centro hospitalario pero sólo a estos últimos se les aplica la LCU. La STS 1-7-1997 (RJ 1997/5471), si bien condenó tanto al Insalud como al médico demandado, invocó el art. 28 LCU sólo en relación con la Administración sanitaria, pues el médico fue condenado *ex art.* 1902 C.c. por considerarse que su comportamiento fue negligente. La STS 4-12-2007 (RJ 2008/251), confirma la sentencia recurrida que había condenado a los analistas de la sangre transfundida y al centro hospitalario donde se llevó a cabo la transfusión, pero a los primeros por considerar que su comportamiento no fue diligente y al segundo con base en los arts. 1903 y 28 LCU.

⁹⁰ Es lo que ocurre, por ejemplo, en las SSTs 21-7-1997 (RJ 1997/5523); 6-5-1998 (RJ 1998/2934) 18-6-1998 (RJ 667/98); 18-1-2002 (RJ 2003/47)

⁹¹ Así, por ejemplo, en las STS 9-12-1998 (RJ 1998/9427); 9-3-1999 (RJ 1999/1368) 9-12-1999 (RJ 1999/8173); 7-10-2004 (RJ 2004/6229); 5-1-2007 (RJ 2007/552); 20-7-2009 (RJ 2009/3161).

⁹² Entre otras, SSTs 7-5-2007 (RJ 3007/3553); STS 15-11-2007 (RJ 2007/8110), 4-12-2007 (RJ 2998/251); 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 22-9-2010 (RJ 2010/7135); 20-5-2011 (RJ 2011/3982); 3-7-2013 (RJ 2013/4380).

⁹³ Así en los casos resueltos en las SSTs de 23-10-2008 (RJ 2008/5789) –fallecimiento de una mujer en el parto a consecuencia de eclampsia súbita–; 3-7-2013 (RJ 2013/4380) –lesiones cerebrales sufridas por un menor a consecuencia del desprendimiento de la placenta justo antes de la cesárea–; y en la STS 22-9-2010, (RJ 2010/7135) –intervención de hernia inguinal con anestesia epidural que causa paraplejía al paciente–.

⁹⁴ Así se entiende en la S. 7-5-2007 (RJ 2007/3554), que resuelve acerca del fallecimiento de un paciente afectado por lesión doble aórtica e insuficiencia mitral, que, tras padecer ciertos síntomas, recibió tratamiento cardiológico que le produjo cierta mejoría pero no impidió que sufriera un *shock* cardiogénico. También en la STS 20-5-2011 (RJ 2011/3982), relativa a una intervención de hernia discal practicada en un hospital privado en la que se produjo una lesión del vaso abdominal que obligó a trasladar al paciente al hospital clínico donde se le hizo una ligadura. Esta segunda operación provocó, sin embargo, el fallecimiento de la paciente debido a un *shock* séptico. Se demandó al cirujano que operó la hernia y a la compañía del seguro médico. El TS consideró que no era posible imputar la muerte al primer médico de acuerdo con la «prohibición de regreso» y negó que pudiera apreciarse la existencia de nexo causal directo entre el daño y los servicios prestados en virtud del seguro médico concertado.

lidades médicas pese a no obtenerse la curación del paciente⁹⁵. Es decir, las afirmaciones anteriores parecen más bien una «cláusula de estilo» que se incluye a fin de rechazar la aplicación del art. 28 LCU en supuestos en que, en realidad, la exoneración de responsabilidad deriva de otros motivos.

Pero, en cualquier caso, cabe preguntarse si está justificada la referida afirmación. Buena parte de la doctrina se manifiesta contraria a la aplicación del citado precepto a los médicos, por entender que la responsabilidad del profesional sanitario debe basarse en la culpa⁹⁶. Sin embargo, por lo que respecta al texto del actual art. 148 TRLC, el mismo sólo se refiere a los «servicios sanitarios», expresión ésta de la que no cabe deducir que el precepto sea inaplicable a los médicos individualmente considerados, al menos en tanto puedan ser considerados, a efectos del TRLC, como «empresarios» que prestan tales servicios. Y, como ya se indicó al comienzo, los profesionales liberales, siempre que no trabajen como asalariados, entran dentro de la noción de «empresario» del art. 4 TRLC⁹⁷.

Quiere esto decir que, en principio, el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el art. 148 TRLC puede ser aplicado a los facultativos que prestan un servicio médico o sanitario *si ejercen la medicina de manera independiente y no como asalariados*⁹⁸. Ahora bien, aun aceptando que ello sea así, no puede olvidarse que

⁹⁵ Es lo que ocurre en el caso resuelto por la STS 15-11-2007 (RJ 2007/8110), en el que un paciente fue sometido hasta a cuatro intervenciones para intentar inmovilizar el tobillo fracturado a consecuencia de un accidente laboral, y, ante la falta de éxito, se le colocó una escayola para lograr la inmovilidad. El actor demandó a la mutua de accidentes de trabajo aduciendo que se debía haber practicado una nueva intervención. El TS rechazó que existiera un deficiente servicio sanitario, que en el supuesto en cuestión requeriría que se hubiese dado el alta médica al actor «sin haber agotado todas las posibilidades terapéuticas y los tratamientos quirúrgicos posibles y adecuados».

⁹⁶ PEÑA LÓPEZ, «Comentario a la STS 11-2-98» CCJC, 47, pp. 786, 787, 791; LUNA YERGA, «Comentario STS 31-1-2003» CCJC 62, 2003, pp. 670, 671; *La prueba de la responsabilidad* ... cit., p. 47, nota 22; GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, Navarra, 2005, pp. 179, 180; GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 378, 379; SEUBA, ob. cit., p. 260; MARTÍN CASALS/SOLÉ/SEUBA, «Compensation in the Spanish Health Care Sector», en *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Viena, 2004, pp. 344, 355, 356.

ASÚA, «Responsabilidad civil médica», cit., p. 425, matiza, no obstante, que la responsabilidad objetiva podría aplicarse a aquellos facultativos que asumen riesgo empresarial y no actúan como dependientes.

⁹⁷ En relación con los arts. 25 a 28 LCU ya advertía Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 143, que la responsabilidad por daños causados por servicios estaba «condicionada por el hecho de que el perjudicado merezca la consideración de consumidor y, que el daño sea causado por un empresario de servicios» (el subrayado es mío).

⁹⁸ Esta solución coincide con la mencionada matización de ASÚA, quien ya en relación con el art. 28 LCU, señalaba que «si la responsabilidad se imputa sin culpa» lo apropiado es entender que «sólo se atribuya a quien asuma riesgo empresarial, sea persona física o privada y no a quien presta servicios sanitarios de modo dependiente». Cfr. «Responsabilidad sin culpa...», cit., p. 61. «Responsabilidad civil médica», cit., p. 425.

la invocación del art. 148 requiere, como presupuesto básico, que el servicio médico pueda considerarse como defectuoso.

El primero de los supuestos mencionados con anterioridad es aquél en que se está ante un resultado anómalo, que no es consecuencia previsible ni esperable del tratamiento o intervención. En tal caso, de acuerdo con lo indicado, podría acudir al art. 148 TRLC para fundar una acción de responsabilidad al margen de la culpa frente a un médico individualmente considerado, siempre que, como se ha dicho, pueda ser calificado como «empresario» en el sentido del art. 4 TRLC⁹⁹. Ahora bien, si la demanda se funda en lo anómalo del resultado obtenido por el demandado, dado que esta situación, como hemos visto, se asemeja a la que da pie a la doctrina del daño desproporcionado, lo más probable es que los tribunales utilicen dicha doctrina para presumir la negligencia del facultativo. Es decir, lo previsible es que la eventual condena del «médico-empresario» se base en la existencia de culpa, y no en un precepto, como el art. 148 TRLC, que permite imputar responsabilidad con independencia de ella.

Por ello lo más probable es que el carácter defectuoso del servicio médico, consecuencia de la producción de un resultado que no se corresponde con los riesgos previsible del tratamiento, conlleve la aplicación del art. 148 TRLC exclusivamente a los centros hospitalarios pero no a los médicos individualmente considerados aunque puedan ser considerados como empresarios. En el primer caso (reclamación contra el establecimiento sanitario) para fundar la condena de éste no sería necesario invocar ni el art. 1902 ni el 1903 CC. pero, como se ha podido comprobar, la jurisprudencia tiende a hacerlo así, acudiendo también, con frecuencia, a la doctrina del daño desproporcionado. Y ello sólo genera confusión, pues, como es evidente, no tiene sentido utilizar, al mismo tiempo, criterios objetivos y subjetivos de imputación de responsabilidad.

El segundo supuesto analizado es el relativo a las infecciones hospitalarias. En esta hipótesis parece claro que el art. 148 TRLC sólo puede usarse para fundar la responsabilidad del establecimiento de salud¹⁰⁰, pues la adopción de medidas de asepsia y con-

⁹⁹ Pensemos por ejemplo que se trata de un odontólogo titular de su propia clínica, o un ginecólogo que atiende a la paciente embarazada en su consulta privada.

¹⁰⁰ Así lo entienden las SSTs 1-7-97 (RJ 1997/5471); 21-7-97 (RJ 1997/5523); 18-6-98 (RJ 1998/5290); 9-12-98 (RJ 1998/9427); 5-1-07 (RJ 2007/552). Un caso aislado lo constituye, sin embargo, la STS 18 marzo 2004 (RJ 2004/1823), que condenó, con base en el art. 28 LCU, tanto al médico como al centro sanitario demandados. En este supuesto la actora, que había sido operada de hernia discal por el demandado, contrajo en dicha operación una infección (discitis) en el espacio intervertebral afectado que le provocó graves secuelas. El TS parece considerar que la infección tuvo su origen en la propia actividad desarrollada por el demandado en la operación.

trol necesarios para evitar la propagación de gérmenes corresponde al centro sanitario, es decir, se trata de una circunstancia que queda bajo su ámbito de control. Como es lógico no cabe hacer responsable de infecciones nosocomiales al personal a su servicio a menos que la infección tenga su origen en la concreta omisión de medidas de precaución por parte de algún facultativo o miembro del personal del establecimiento en cuestión. Pero en tal hipótesis –además de que los trabajadores del centro hospitalario no pueden considerarse «empresarios» a efectos de la aplicación del TRLC– es claro que, sobre la base de un comportamiento negligente del causante directo de la infección, se aplicarán previsiblemente las reglas generales de responsabilidad y no el repetido art. 148 TRLC.

El último supuesto al que nos hemos referido antes es la utilización de un producto defectuoso en el curso de un servicio. Si el producto ha sido empleado por un facultativo en el desarrollo de sus funciones en un centro de salud u hospitalario, no podrá invocarse el art. 148 TRLC. De un lado porque el médico que trabaja para un tercero no puede ser considerado como «empresario». De otro porque la adquisición, conservación y eventual control de los productos que se utilizan en las instalaciones médicas corresponde al establecimiento en que se lleva a cabo dicha actividad, que será quien asuma frente al paciente la «garantía» de seguridad. Es otros términos, el riesgo del posible carácter defectuoso del material empleado forma parte del ámbito de riesgos que ha de asumir el titular de la actividad desarrollada, pero no, como es lógico, el personal a su servicio. Ahora bien, si un médico o facultativo desarrolla de manera autónoma o como empresario individual su actividad y emplea un producto o material defectuoso (v. gr. instrumental empleado por un dentista o un radiólogo en su consulta) que causa un daño a un paciente, creo que ningún obstáculo hay para que pueda reclamársele responsabilidad con base en el art. 148 TRLC.

4. POSIBLES CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS MÉDICOS

Los preceptos del TRLC destinados a regular los daños causados por servicios no contienen, como ya se indicó, un régimen completo de responsabilidad sino que se limitan a establecer sendos criterios de imputación de responsabilidad: por culpa con inversión de la carga de la prueba en el art. 147 y objetiva en el art. 148. Si bien en el supuesto en que la responsabilidad se basa

en la culpa presunta del empresario (art. 147) cabe entender que constituyen causas de exoneración del demandado las habituales (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero, «culpa» exclusiva de la víctima) que implican, bien la inexistencia de negligencia, bien la inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño, cabe preguntarse cuál es la situación en relación con los supuestos de responsabilidad objetiva del art. 148 TRLC.

En la LCU, que, como se sabe, contenía la regulación aplicable a los daños causados por servicios hasta la entrada en vigor del TRLC de 2007, el art. 25 establecía, con carácter general, que el consumidor y usuario tenía derecho a ser indemnizado salvo que el daño estuviese causado por su «culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente», por lo que se interpretaba que la culpa exclusiva de la víctima impedía imputar responsabilidad al prestador del servicio tanto en el supuesto del art. 26 (regla general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba) como en los supuestos del art. 28 (responsabilidad objetiva)¹⁰¹. De hecho, dado que este último precepto establecía la responsabilidad en relación con los daños «originados en *el correcto uso y consumo de bienes y servicios*» podía entenderse que habría «culpa» exclusiva de la víctima cuando el daño era consecuencia del incorrecto uso del servicio en cuestión.

El actual art. 148 hace referencia, al igual que su precedente en la LCU, a los daños originados «en el correcto uso de los servicios», por lo que cabe afirmar que cuando la víctima ha hecho un uso indebido o inadecuado del servicio de que se trate no podrá exigirse responsabilidad al prestador del mismo. No obstante, tratándose de servicios médicos, no es fácil pensar en supuestos de *uso indebido* salvo el consistente en el incumplimiento por el paciente de los consejos o instrucciones dados por el médico antes o después del tratamiento¹⁰². Alguna sentencia del TS, relativa a transfusiones de sangre contaminada, ha relacionado el «correcto uso» aludido en el –entonces– art. 28 LCU con el hecho de que la demandante no perteneciera a ningún grupo de riesgo¹⁰³, circunstancia ésta que más bien hace pensar en la existencia de una causa extraña al tratamiento o inter-

¹⁰¹ MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios...», cit., p. 212. Se consideraba igualmente que, aunque la LCU no contemplaba la concurrencia de culpa de la víctima, podía ser tenida en cuenta para reducir la indemnización.

¹⁰² En este sentido, con referencia a la LCU, PEÑA LÓPEZ, ob. cit., p. 787.

¹⁰³ STS 11-2-1998 (RJ 1998/797).

vención médica, excluyente, por tanto, de responsabilidad¹⁰⁴, y no en un uso incorrecto del servicio médico¹⁰⁵.

Un supuesto no contemplado expresamente en la LCU y tampoco incluido ahora en los preceptos del TRLC relativos a daños por servicios es el hecho de un tercero. Sin embargo, parece claro que en la medida en que el comportamiento de un tercero ajeno al servicio médico de que se trate interrumpa el nexo causal ha de admitirse su eficacia exoneratoria¹⁰⁶.

Lo mismo cabe decir de la fuerza mayor, entendida ésta como acontecimiento externo y ajeno a la esfera de control del eventual responsable del daño¹⁰⁷. En el ámbito de la responsabilidad objetiva no tiene cabida como causa de exoneración el caso fortuito¹⁰⁸, pero sí la fuerza mayor en tanto supone una ruptura del nexo de

¹⁰⁴ Así lo entiende la STS 30-12-1999 (RJ 1999/9752) que considera aplicable el art. 28 LCU y declara responsable al SAS del daño derivado del contagio del VIH a la demandada, quien, según indica, no pertenecía a ningún grupo de riesgo «que permitiera presumir racionalmente la existencia de alguna otra causa determinante de la presencia de dichos anticuerpos en aquella».

¹⁰⁵ De hecho, en su comentario a la S. de 11-2-98, PEÑA LÓPEZ, *CCJC*, 47, cit, p. 787, decía no entender «qué relación guarda el pertenecer a uno de los grupos de riesgo con haber hecho un uso correcto de los servicios sanitarios».

¹⁰⁶ Así lo indicaban, en relación a los arts. 26 y 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 402; BERCOVITZ, «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 240, 241.

Aunque en sede de servicios médicos no es fácil imaginar posibles supuestos de intervención de terceros causantes del daño, cabe apuntar, como ejemplo, la STS 20-5-2011 (RJ 2011/3982). Una mujer falleció tras una intervención de hernia discal en la que se produjo una lesión del vaso abdominal, que era un riesgo previsible, aunque improbable, del que se había informado a la paciente. A consecuencia de la lesión se trasladó a la paciente a otro hospital donde, debido al tratamiento practicado allí por los cirujanos vasculares, se le produjo un *shock* séptico que le causó la muerte. Se demandó al cirujano que llevó a cabo la operación de hernia y su compañía de seguros, pero no a los cirujanos vasculares. El TS consideró inaplicable el art. 28 LCU afirmando que dicho precepto se refiere sólo a los aspectos organizativos y no a la responsabilidad individual de los médicos, pero la razón fundamental fue, en realidad, que no se apreció nexo causal directo entre los servicios prestados por el demandado y el daño sufrido por el paciente, indicando el TS que no podía imputarse responsabilidad al primer médico –que fue el único demandado– de acuerdo con la «prohibición de regreso» (de dudosa aplicación si se tiene en cuenta que el comportamiento de los terceros no parece que fuera doloso o gravemente imprudente).

¹⁰⁷ Sobre el concepto de fuerza mayor, como causa de exoneración en la responsabilidad objetiva, BASOZÁBAL, *Responsabilidad extracontractual objetiva...* cit., p. 111.

¹⁰⁸ Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad contractual, y en la medida que se entiende que el deudor sólo queda exonerado cuando su incumplimiento se debe a hechos ajenos a su ámbito de control (Por todos, PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC* 1991-III, pp. 1056 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Cívitas, 2009, p. 727), no suele diferenciarse entre caso fortuito y fuerza mayor (art. 1105 C.c.). No ocurre, lo mismo, sin embargo, en el campo de la responsabilidad extracontractual. Si bien el caso fortuito, entendido como suceso imprevisible o inevitable, puede exonerar de responsabilidad al demandado cuando su responsabilidad se basa en la culpa (pues implicaría que su comportamiento no ha sido negligente) en el ámbito de la responsabilidad objetiva sólo la fuerza mayor, por su carácter externo al círculo de actuación del agente, puede operar como causa de exoneración. En este sentido, en relación con el art. 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos...* p. 403; PEÑA LÓPEZ, ob. cit.,

causalidad entre el comportamiento del agente y el daño¹⁰⁹. A esta posible causa de exoneración y con referencia al caso concreto de los servicios sanitarios alude la ya citada STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552)¹¹⁰, que viene a decir que la imputación objetiva de responsabilidad que deriva del funcionamiento inadecuado de un servicio se excluye cuando el daño ha sido producido por «una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable». Es difícil, nuevamente, imaginar hipótesis de acontecimientos *extraños* a la prestación del servicio sanitario con virtualidad para interrumpir el nexo causal. No pueden considerarse como tales, por supuesto, los casos de infecciones hospitalarias, o de deficiencias o defectos en el instrumental quirúrgico, medicamentos o materiales empleados en el tratamiento, ya que, por muy «fortuitos» que puedan parecer, no son hechos ajenos al círculo de actividad médica ni, como se deduce de lo hasta ahora expuesto, cabe pensar que la prestación de servicios médicos *no incluye una garantía de indemnidad* frente a posibles infecciones originadas en el propio centro hospitalario o posible uso de material defectuoso (adviértase que tales circunstancias no pueden ser consideradas como *riesgos típicos o inherentes al tratamiento* –que son asumidos por el paciente cuando es adecuadamente informado–, sino que entran dentro de los riesgos de los que el prestador del servicio médico ha de responder). ¿Qué hechos podrían, pues, ser considerados como supuestos de fuerza mayor? Al margen de los consabidos casos de terremotos, inundaciones y demás acontecimientos ocasionados por las fuerzas de la naturaleza, quizás quepa considerar como acontecimientos *ajenos al círculo de actividad médica*, que interrumpen la relación causal entre la actividad sanitaria y el daño, las posibles enfermedades que pueda sufrir el paciente de manera súbita o repentina y que interfieran en la dolencia que venía siendo objeto de tratamiento, siempre que sean *independientes* de esta última –es decir, no tengan ninguna relación con la enfermedad preexistente– *imprevisibles e inevitables*. La consideración de tales circunstancias como causa de exoneración requeriría, no obstante, una afinada labor de comprobación de los elementos concurrentes porque de otro modo podría llegarse a calificar como *hecho externo* y con virtualidad exoneratoria lo que no es sino uno de los riesgos inherentes al tratamiento

p. 793; Desde un punto de vista general, BASOZÁBAL, «Elementos sustantivos...», cit., p. 311; *Responsabilidad extracontractual objetiva...* cit., p. 82.

¹⁰⁹ Respecto del art. 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos...* p. 403; PEÑA LÓPEZ, ob. cit., p. 793. En relación con el art. 148 TRLC, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1942.

¹¹⁰ El demandante sufrió una infección hospitalaria tras una operación para la reparación de una herida en la córnea que le causó la pérdida de la visión del ojo afectado.

médico¹¹¹ (que sólo excluyen la responsabilidad médica cuando se ha informado de ellos convenientemente al paciente).

Mención aparte merece la cuestión relativa a los riesgos del desarrollo¹¹², que no deben ser equiparados al supuesto de fuerza mayor¹¹³. En relación con la LCU (y tanto antes como después de la publicación de la LRPD, que incluyó como causa de exoneración de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos los riesgos del desarrollo –si bien excluyendo su operatividad respecto de medicamentos, alimentos y productos alimentarios–¹¹⁴), la doctrina se preguntaba si el art. 28 LCU permitía imputar objetivamente responsabilidad al empresario en supuestos en que el estado de los conocimientos científicos impe-

¹¹¹ Recordemos, por ejemplo, el supuesto resuelto en la STS 19-10-2007 (RJ 2007/7308), relativo a la muerte de un menor como consecuencia del *shock* anafiláctico provocado por la anestesia suministrada en el curso de una operación de amigdalectomía. El TS consideró que no existía responsabilidad médica porque la reacción alérgica era un hecho súbito que no podía preverse, ni por tanto evitarse, con anterioridad, al no existir previamente indicios de afecciones alérgicas. Si efectivamente no es posible desde el punto de vista médico prever ni evitar la eventual reacción alérgica cuando se manifiesta por primera vez, estaría plenamente justificada la exoneración de responsabilidad. Pero la cuestión es si realmente no es factible médicamente tener en cuenta tal posibilidad a efectos de adoptar medidas y/o si no es la reacción alérgica a la anestesia uno más entre los riesgos inherentes a ésta de los que, en su caso, debiera ser informado el paciente. De hecho, llama la atención que en la STS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998/3717) relativa a un supuesto en que el paciente entró en coma debido, igualmente, a una reacción alérgica a la anestesia, el Alto Tribunal mantuviera la postura contraria declarando responsable al INSALUD en aplicación de los arts. 1903 C.c. y 28 LCU.

Una interrogante similar plantea la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789), que rechazó la existencia de responsabilidad médica por la muerte de una mujer durante el parto. Según el TS la muerte acaeció como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell por lo que entiende que la causa del daño no fue la actividad médica sino tal enfermedad, que se instauró de manera «súbita y brusca». Pero ¿realmente es la eclampsia un hecho externo e independiente a las posibles complicaciones que se plantean durante el parto? ¿o es más bien un riesgo típico –aunque poco frecuente– de todo alumbramiento del que, para operar como causa de exoneración, debería haberse informado a la paciente? Lo mismo cabe decir del caso enjuiciado en la STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en el que las lesiones sufridas por un menor se debieron al desprendimiento de la placenta en el momento inmediatamente anterior al parto, lo que es calificado por el TS como un hecho «imprevisible e inevitable».

¹¹² El concepto de «riesgos de desarrollo» se ha desenvuelto fundamentalmente en relación con la responsabilidad por productos defectuosos y hace referencia a aquellos peligros derivados de un producto que en el momento de su puesta en circulación no podían ser conocidos según el estado de la ciencia y de la técnica (SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, ... p. 536).

¹¹³ La fuerza mayor es un acontecimiento de naturaleza externa a la esfera de actividad del responsable del daño que interrumpe la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño. Los riesgos de desarrollo en cambio están referidos a hechos internos a la propia actividad del productor del bien o del prestador del servicio (SEUBA, ob. cit., pp. 296, 297, al hilo de los casos de sangre contaminada, cifra la diferencia en el hecho de que la fuerza mayor opera *ex post facto*, sobre un producto que no es originariamente defectuoso, interrumpiendo el nexo causal, mientras que los riesgos de desarrollo presuponen que el producto es originariamente defectuoso. En similar sentido, SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO/LUNA, Los riesgos de desarrollo», *InDret*, 2001, p. 8).

¹¹⁴ Cfr. art. 6 LRPD; 140 TRLC.

dían conocer el posible defecto del producto o servicio¹¹⁵. Por lo que respecta al actual art. 148 TRLC y centrándonos en la prestación de servicios sanitarios, para solucionar la cuestión hemos de partir de la propia noción de «servicio médico defectuoso». Si entendemos por tal aquél supuesto en que se produce un resultado *anómalo* que *no entra dentro de los riesgos típicos o inherentes al tratamiento*, parece que la materialización de un riesgo hasta el momento desconocido supondría, por definición, y a consecuencia de su carácter anómalo e inesperado, un servicio defectuoso del que se ha de responder. Aún así, si el daño en cuestión, pese a ser desconocido –y por tanto imprevisible– de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos, es de aquéllos que escapan al control médico por su naturaleza aleatoria e imposible de controlar aun actuando con toda diligencia, cabe preguntarse si no habría que considerarlo como un riesgo inherente al tratamiento que permite excluir la responsabilidad del prestador del servicio médico. El problema es en este punto que el riesgo de daño, al ser ignorado, no ha podido ser asumido por el paciente quien, obviamente, no ha podido ser informado del mismo. ¿Debe entenderse que, pese a ello, corresponde a la víctima soportar el perjuicio o debe el mismo ser atribuido al prestador de servicios médicos u hospitalarios? A mi juicio es preferible la segunda solución, debiendo entenderse que la empresa sanitaria ha de responder, *ex art. 148 TRLC*, de aquellos daños imprevistos que, debido a los insuficientes conocimientos técnicos y científicos, el usuario no ha podido asumir como riesgos propios del tratamiento o intervención. Hay que reconocer que esta opción supone otorgar un trato diferente a la sanidad pública y a la privada puesto que, como se sabe, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, el art. 144.1 de Ley 30/1992 excluye la indemnización de los daños que deriven

¹¹⁵ BERCOVITZ, «Comentario al art. 28 LCU», en Comentario a la Ley General de Consumidores y usuarios, Cívitas, Madrid, 1992, p. 718, opinaba que no existía responsabilidad en el supuesto de riesgos de desarrollo porque «sólo es razonable esperar la seguridad que deriva de los conocimientos existentes en cada momento». PARRA LUCÁN, *Daños por productos...*, cit., p. 399, se inclinaba a considerar responsable al empresario en caso de riesgos del desarrollo pero matizando que sólo debía considerarse indemnizable el daño derivado del defecto «en lo que éste supere la ventaja proporcionada» al usuario (v. gr. medicamento que provocó la ceguera de la víctima pero que de no haber sido vacunada habría muerto).

MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, ob. cit., p. 214, en un momento en que la LCU era ya aplicable exclusivamente a los servicios, suscriben la opinión de Bercovitz y señalan que, dado que la responsabilidad del art. 28 se condiciona al hecho de que los bienes o servicios causantes del daño incumplan la garantía de determinados niveles de seguridad, para determinar cuáles son esos niveles ha de estarse al estado de los conocimientos científicos y técnicos. Concluyen, por tanto, que no hay responsabilidad para el empresario en caso de riesgos del desarrollo.

de hechos «que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la técnica o la ciencia» existentes en el momento de su producción. Pero ese diferente tratamiento no me parece totalmente injustificado¹¹⁶ si se piensa que la sanidad privada, por muy altruista que consideremos en sí misma la actividad médica, no deja de ser un negocio del que se lucra su titular y cuyos posibles riesgos puede internalizar como costes empresariales. No parece pues, irrazonable, excluir la operatividad de los riesgos del desarrollo como causa de exoneración de responsabilidad del empresario de servicios médicos, del mismo modo que la LRPD (art. 6.3) en su momento y ahora el art. 140.3 TRLC, la excluyen cuando se trata de medicamentos.

Conviene advertir, por último, que los riesgos previsibles, pero inevitables de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos, entran dentro del ámbito de riesgos inherentes al tratamiento, y no habrá responsabilidad siempre que se haya informado convenientemente al enfermo sobre las posibles consecuencias adversas del tratamiento o intervención¹¹⁷.

5. RECAPITULACIÓN

Resumiendo todo lo hasta ahora expuesto, puede decirse que la aplicación del art. 148 TRLC a los servicios médicos debe basarse en la existencia de un servicio defectuoso, esto es, un servicio que no cumple el estándar de seguridad que, conforme a su naturaleza,

¹¹⁶ Lo irrazonable, como ha puesto de relieve PANTALEÓN, «Cómo repensar...» cit., pp. 206, 207, 210, es que la Administración sea responsable en supuestos en que no lo serían los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas; pero no, en cambio, la hipótesis contraria.

¹¹⁷ Aunque la cuestión se ha debatido, particularmente en relación con los supuestos de sangre contaminada (vid. DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexa causal...*, cit., pp. 219 y ss.) creo que, con carácter general, hay que entender que la figura de los «riesgos del desarrollo» atañe a supuestos en los que no es posible conocer el eventual riesgo de daño, y no a aquellos en que, conociéndose ese riesgo, los conocimientos científicos y técnicos no permiten eliminarlo (En esta línea, SOLÉ I FELIU, *El concepto...* p. 533; SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO/LUNA, ob. cit., pp. 6, 7) Al respecto indican MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, ob. cit., p. 1802, que en la doctrina alemana la segunda hipótesis –el defecto es conocido pero no hay una solución técnica que permita detectarlo y eliminarlo– se califica como «laguna de desarrollo». En este caso la cuestión hay que reconducirla, en mi opinión, a la existencia o no de adecuada información para el usuario del producto o servicio. Es decir, habrá responsabilidad si el empresario, conociendo el posible riesgo y su carácter inevitable de acuerdo con el estado de la ciencia y la técnica, no informa de ello al destinatario del bien o servicio. Pero si el destinatario es adecuadamente informado y, por lo tanto, asume el posible riesgo de daño, no habrá responsabilidad. (Vid., en este sentido, el análisis realizado por SEUBA, ob. cit., pp. 313-315 con referencia a los contagios derivados de transfusiones de sangre contaminada. En similar sentido, SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO, ob. cit., p. 7).

cabe exigir. La idea de la que partimos es que el art. 148 TRLC hace responder al empresario que presta un servicio, haya o no culpa por su parte, cuando se produce un daño que excede de lo que el usuario puede legítimamente esperar. Esto implica, en palabras de Pasquau, que el empresario responderá de todo daño *que no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio*¹¹⁸. De este modo, todos aquellos riesgos, derivados de la actividad del empresario, que no hayan sido o debido ser asumidos por el usuario, son imputados objetivamente a aquél. Pues bien, tratándose de servicios médicos, para concretar cuáles son los riesgos que deben ser asumidos por el paciente y cuáles han de considerarse enmarcados en la esfera de la actividad médica o sanitaria, de modo que su acaecimiento dará lugar a un servicio médico defectuoso, ha de tenerse en cuenta las particularidades de este sector. Si respecto de otro tipo de servicios el estándar de seguridad exigible conforme a los usos y convicciones sociales permite hacer recaer en el empresario los daños (incluidos los fortuitos) que sean materialización de riesgos inherentes a su actividad, no ocurre lo mismo en el ámbito de los servicios médicos. En relación con ellos debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) La medicina no es en sí misma una actividad peligrosa pero es evidente que muchos tratamientos médicos, aun siendo necesarios para la salud o el bienestar del paciente, conllevan ciertos riesgos que no pueden evitarse aun empleando máxima diligencia. Los daños que son consecuencia de riesgos inherentes al tratamiento médico no pueden ser imputados al médico o centro hospitalario. Por su naturaleza aleatoria ha de entenderse *que escapan a su ámbito de control* y no forman parte del ámbito de riesgos del que el empresario de servicios médicos debe responder aunque no exista culpa por su parte.

b) Como riesgos inherentes al tratamiento hay que considerar aquellos que sean previsibles (conocidos) conforme al estado de los conocimientos científicos propios de la actividad médica, con independencia de su mayor o menor frecuencia estadística. Ahora bien, para que no exista responsabilidad será necesario que se haya informado al paciente adecuadamente de las posibles consecuencias lesivas del tratamiento médico. De no ser así, al margen de que difícilmente podrá haberse llevado a cabo la asunción de tales riesgos por el paciente, estaremos ante un caso claro de incumplimiento de *la lex artis*, que dará lugar a responsabilidad con base en la

¹¹⁸ PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107.

existencia de culpa o negligencia. Por otra parte, parece claro que el hecho de que se materialicen riesgos típicos o inherentes al tratamiento no impide reclamar responsabilidad si son consecuencia de una negligencia médica, pero en tal caso será necesaria la prueba del comportamiento negligente conforme a las reglas generales de responsabilidad.

c) Los daños que tengan carácter anómalo, esto es, no supongan materialización de riesgos típicos o inherentes al tratamiento médico –y que, por tanto, no han podido ser aceptados por el paciente como consecuencia probable del tratamiento o intervención– han de ser imputados al facultativo (siempre que tenga el carácter de empresario) o entidad médica. Estos daños entran dentro del ámbito de riesgos que cabe asignar al prestador de servicios médicos y, por consiguiente, aquí resulta aplicable el art. 148 TRLC. En la hipótesis señalada se estará ante un servicio médico «defectuoso» por lo que, de acuerdo con el citado precepto, el empresario deberá responder de dichos daños frente a la víctima, con independencia de su culpa o negligencia y a menos que se dé una de las causas de exoneración anteriormente aludidas (v. gr. hecho de un tercero, fuerza mayor).

Atendiendo a lo indicado, los supuestos en que cabe apreciar en la práctica la existencia de un servicio médico defectuoso son, como se ha visto: a) aquellos en que el tratamiento o intervención médica trae consigo un resultado anómalo que no se corresponde con el riesgo previsible de la intervención (supuesto equivalente al que suele tomar en consideración la doctrina del «resultado desproporcionado»); b) los casos de infecciones hospitalarias y c) los supuestos de utilización de un producto defectuoso en el curso de la actividad médica. En todos estos casos la víctima podría apoyar su demanda en el art. 148 TRLC a fin de exigir responsabilidad, bien al médico-empresario, bien al centro médico u hospitalario, *sin necesidad de probar la existencia de culpa o negligencia por parte del demandado*. Demostrado el daño y su relación causal con la actividad médica correspondería, en su caso, al demandado, probar la existencia de alguna de las mencionadas causas de exoneración.

Ocurre, sin embargo, como también se ha podido comprobar, que rara vez los tribunales, al aplicar el art. 28 LCU, fundan la condena del demandado exclusivamente en las normas de protección de consumidores. Lo habitual, suele ser (en parte como consecuencia de la argumentación jurídica realizada por las partes) que sustenten también el fallo en otras normas concurrentes como los arts. 1902 o 1903 C.c., que están basadas en la culpa. Ello genera una contradictoria situación porque si la responsabilidad se imputa

objetivamente, sobre la base de la existencia de un servicio médico defectuoso, ningún sentido tiene aludir a la culpa o negligencia del agente. Y si resulta clara y meridiana su culpabilidad, poco aporta la invocación de criterios objetivos de responsabilidad.

Para terminar, sólo resta por señalar que, concebido el art. 148 TRLC en el sentido expuesto, poca o nula utilidad tiene la invocación del art. 147 TRLC en el caso de daños derivados de la actividad médica, al menos si se entiende como un precepto que permite presumir la culpa del prestador de un servicio cuando el daño sufrido por el usuario *entra dentro de su esfera de control*. Los daños derivados de riesgos inherentes al tratamiento médico, por su naturaleza aleatoria, debe entenderse que escapan a la esfera de control médica por lo que, como ya se ha dicho, de ellos no se derivará ninguna responsabilidad, a menos que se haya incumplido el deber de información (o sean consecuencia de un comportamiento negligente, que deberá ser probado). Tratándose de daños anómalos, que no se corresponden con los riesgos inherentes al tratamiento –daños que, según se ha indicado, deben imputarse al campo de riesgos que asume el prestador del servicio y considerarse, por tanto, enmarcados en su ámbito de control– cabe exigir responsabilidad sin culpa al amparo del art. 148 TRLC. De ahí que el art. 147 TRLC (antes art. 26 LCU) no proporcione a la víctima ventaja alguna, como, por otra parte, parece desprenderse de su prácticamente nula aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C.: «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra, 5.ª ed., 2014.
- «Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BASOZÁBAL ARRUE, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Madrid, 2015.
- «Elementos sustantivos de la protección» –apartados 2.4 a 2.10–, en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017.
- BARRÓN ARNICHE: «Comentario a los arts. IV. C: 2:105 y 2:106», en *Derecho contractual europeo, Libros II y IV del MCR* coord. por VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2012.
- BELUCHE RINCÓN: «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017.
- «La responsabilidad del empresario» en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015.

- BERCOVITZ: «Comentario al art. 4», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.^a ed., 2015.
- «Comentario al art. 28 LCU», en Comentario a la Ley General de Consumidores y usuario, Cívitas, Madrid, 1992.
- «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Comentario a la STS 22-7-1994», *CCJC*, 37.
- «Comentario a la STS de 1 julio 1997», *CCJC*, 45.
- «Comentario a la STS 24-9-1999», *CCJC*, 52.
- CÁMARA LAPUENTE: «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDC*, 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 94 y ss.
- CRESPO MORA: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» *InDret* 2/2013.
- DÍAZ REGAÑÓN: *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.
- «Comentario STS 8-5-2003» *CCJC*, 2003, n.º 63.
- *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6.^aed., Thomson-Cívitas, 2009.
- «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Dykinson, Madrid, 2001.
- GALÁN CORTES: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Cívitas, Navarra, 5.^a ed., 2016.
- GARCÍA GARNICA: «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015.
- GÓMEZ CALLE: «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito-sanitario», *ADC*, 1998-4.
- «La responsabilidad derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos», en *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Díez-Picazo*, t. II, Cívitas, Madrid, 2004.
- GÓMEZ LIGÜERRE: «Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos», *RDP*, julio-agosto, 2009.
- GONZÁLEZ MORÁN: «La responsabilidad del prestador de servicios», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, coord. por León Arce y García García, t. I, 2.^a ed., Valencia, 2007, p. 1488.
- LUNA YERGA: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004.
- «Comentario a la STS 31-1-2003» *CCJC* 62, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario a la STS 15-11-2000», *CCJC*, 2001, n.º 56.
- MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU: «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TRLC», *RDP*, sept.-oct., 2008.
- «La responsabilidad por bienes y servicios», en *Derecho privado de consumo*, coord. por Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- MARTÍN CASALS/SOLÉ/SEUBA: «Compensation in the Spanish Health Care Sector», en *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Springer Wien New York, Viena, 2004.
- PANTALEÓN: «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC* 1991-III.
- «Cómo repensar la responsabilidad extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001.
- «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ/Ministerio de Consumo, Madrid, 1995.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Daños causados por otros bienes y servicios» en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2.^a ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2015.
- *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Zaragoza, 2011.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1999.
- PASQUAU LIAÑO, M.: «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015.
- PEÑA LÓPEZ: «Comentario a la STS 11-2-98» *CCJC*, 47.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011.
- SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO: «Los riesgos de desarrollo», *InDret*, 2001.
- SÁNCHEZ GÓMEZ: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SANTOS MORÓN: «Responsabilidad por productos defectuosos», en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.^a ed., 2017.
- SEIJAS: «Responsabilidad médica: nueva visión del TS ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados», en *Derecho de Daños*, coord. por Herrador Guardia, 2011.
- SOLÉ I FELIU: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VAQUER: «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en CÁMARA (dir.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cívitas-Thomson, Navarra, 2012.
- «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», en BARRÓN ARNICHES (dir.) *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, 2012.
- VERDA Y BEAMONTE (DE): «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la Jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *RDPatr.*, enero-abril, 2015.
- ZELAYA ETCHEGARAY: *La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Aranzadi, Pamplona, 1995.