

## **LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO DE SERVICIOS: ¿CULPA, RIESGO, U OTRAS RAZONES?**

Miguel Pasquau Liaño.

Profesor Titular de Derecho Civil y Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ Andalucía.

**SUMARIO:** I. **Introducción** II. **Productos y servicios: analogías y diferencias.** III. **La seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio.** III.1. *La seguridad exigible y la seguridad esperable*; III.2. *Seguridad que legítimamente cabe esperar y expectativas subjetivas de seguridad*; III.3. *Parámetros útiles para determinar la seguridad que cabe esperar*; III.3.1. La ejecución defectuosa del servicio; III.3.2. La inobservancia de normas de seguridad; III.3.3. La naturaleza del servicio y los riesgos inherentes; III.3.4. La apariencia del servicio y los riesgos ocultos; III.3.5. La conducta normalmente previsible del usuario; III.3.6. La magnitud o intensidad del daño. IV. **Las causas de exoneración.**

\* Las ideas de esta ponencia son un resumen de un trabajo mío que está incluido dentro del libro coordinado por el Prof. Antonio Orti García, denominado “La responsabilidad civil por daños corporales ocasionados por los servicios”, editado por la Editorial Thomson Aranzadi.

## I.- Introducción

1. El objetivo de esta ponencia puede enunciarse en pocas palabras. Se trata de defender que una aplicación al ámbito de la responsabilidad por daños ocasionados con motivo de la prestación de servicios organizados empresarialmente del criterio de imputación establecido en el artículo 3 de la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por los productos defectuosos es, primero, posible (dado que las analogías entre productos y servicios prestados en el marco de una organización empresarial son más relevantes que sus diferencias a este respecto), y, segundo, oportuno, dado que permitiría a los tribunales escapar del laberíntico embrollo en el que todavía están sumidos, especialmente en este ámbito, entre la madeja de la responsabilidad por culpa y la madeja de la responsabilidad por riesgo. Centrar la responsabilidad no tanto en la cuestión de si se presume o no culpa, o cuánta culpa es necesaria para comportar responsabilidad, o cuánta diligencia hay que probar para destruir la presunción de culpa, así como centrarla en si el daño ocasionado es expresión del riesgo típico de la actividad del agente, está conduciendo a formas de razonamiento en la jurisprudencia difícilmente predecibles y francamente desordenadas. En cambio, si la pregunta central en esos procesos se situase en la cuestión de si el servicio ofrecía o no la seguridad que cabía legítimamente esperar, abre unas posibilidades muy apreciables para un desarrollo más ordenado de la jurisprudencia sobre la materia.

2. ¿Podemos estar satisfechos del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia sobre la responsabilidad civil por prestación defectuosa de servicios? ¿Son predecibles las resoluciones judiciales? Además de repetidas y consabidas formulaciones doctrinales, ¿hay una cierta homogeneización de los criterios realmente tenidos en cuenta para decidir cuándo responde la empresa por el daño, y cuándo es concreción del riesgo asumido por el usuario? ¿Hay un mínimo de coherencia jurisprudencial en esta materia? Mi impresión es que en la jurisprudencia hay un desconcierto que no cesa y que va a más. A mi juicio una valoración atenta de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil, en general, si exceptuamos algunos islotes de certidumbre, pone de manifiesto la existencia de una base inestable del sistema, que es justamente la incertidumbre sobre el criterio de imputación. No es poca cosa, porque el criterio de

imputación es el reflejo del fundamento de la responsabilidad civil, y porque, en la práctica, va a determinar qué tiene que acreditar la víctima para vencer en juicio, y qué tiene que acreditar el demandado para no perder. Pero hace tiempo, en efecto, que los tribunales dejaron de saber cuál o cuáles pueden ser las razones que justifiquen que determinado daño sufrido por una persona haya de ponerse a cargo de otro. Se repiten estribillos jurisprudenciales conocidísimos<sup>1</sup>, de varias décadas de antigüedad, sobre cómo la jurisprudencia evolucionó desde la culpa hacia el riesgo, pasando por una presunción de culpa y por una objetivación de la diligencia exigible para evitar el daño, y sobre cómo sin embargo en nuestro sistema la responsabilidad tiene un “*último fundamento culpabilístico*” que no puede ignorarse. Son estribillos de “buena doctrina”, desde luego, pero completamente ineficaces para servir de pie a decisiones previsibles para los casos difíciles, es decir, para aquellos casos en los que el daño se produce de manera evidente en la órbita del riesgo creado por la actividad del demandado, pero no se ha identificado una conducta netamente reprochable por su parte. En esos casos, en los que resulta fundamental tener claras las razones de la responsabilidad civil, es demasiado frecuente encontrar razonamientos pobres y decepcionantes, que más bien son el envoltorio de una solución intuitiva, equitativa o salomónica: si quiere darse a la víctima la compensación de una indemnización, se estira la noción de culpa hasta el infinito para identificar una conducta reprochable, aunque con la inevitable mala conciencia de saber que la generalización de ese nivel de exigencia haría, quizás, económicamente insoportable la actividad de que se trate; y si se llega a la conclusión

---

<sup>1</sup>Son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que reproducen literalmente el tan conocido texto que a continuación se reproduce: “*la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según impone el art. 1902 CC, ha ido evolucionando, a partir de la S. 10-7-1943 (RJ 1943\856), hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se cumplirá con el mero sometimiento a las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido un resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado; pero, sin embargo, la evolución de la objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo*”

de que la víctima no es merecedora de la indemnización, se hace completa abstracción de la relación que el daño producido guarda con la actividad del agente y el riesgo objetivamente creado por el mismo, acudiendo a una laxa concepción de la culpa exclusiva de la víctima o del caso fortuito (incluso, a veces, de la fuerza mayor, o de un enigmático deber de la víctima de soportar el daño), o limitándose a recordar, como si con ello se estuviese diciendo algo útil, que nuestro sistema de responsabilidad impide imputar una responsabilidad civil sin un reproche culpabilístico. El caso es que por lo general, en los pleitos sobre responsabilidad civil, al demandante se le llena la boca de riesgo, y al demandado se le llena de culpa, sin que culpa y riesgo sirvan apenas para ordenar el tráfico de argumentos, pretensiones y excepciones; sin que, en definitiva, sirvan para encauzar el razonamiento jurídico de manera matizada, pero previsible y generalizable.

3. La panoplia de conceptos (¡o de términos!) manejados habitual y confusamente por nuestra jurisprudencia en materia de imputación de responsabilidad extracontractual no se agota con la culpa o negligencia y el riesgo: incluye el nexo de causalidad, la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor. Causa, culpa (probada o presunta) y riesgo, son elementos constitutivos de la responsabilidad; culpa de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor, son causas de exoneración. En los supuestos de daños ocasionados por actividades económicas o empresariales, las preguntas y disquisiciones que antes se concentraban en el universo del concepto de culpa, y que sólo en parte podían ser acogidas por el “nuevo” concepto del riesgo creado, han ido desplazándose hacia los tres puntos más inestables de ese esquema: la causa (abriéndose un complicado abanico de posibilidades de la mano de la noción de causalidad adecuada, con la finalidad de compensar el vaciamiento de la culpa o su presunción reforzada), la culpa de la víctima (midiendo la concurrencia de la conducta de la víctima en la producción del daño y comparándola, con reglas de medir completamente intuitivas, con la conducta del demandado), y el caso fortuito (alargando la noción de “imprevisibilidad” y dotándola de contenido también económico, como reverso de una noción económica de culpa: los daños que van más allá de los que el demandado pudo y debió haber previsto al organizar la seguridad de su actividad empresarial, son caso fortuito, accidente, o “riesgos generales de la vida”). La impresión que, a todas luces, la jurisprudencia ofrece a quien la lee con atención, es que esas bocas son demasiado

estrechas para el caudal de matices que brota apenas uno quiere hacerse preguntas sobre la “mejor” solución para cada caso y la “más generalizable” para cada grupo de casos.

Pero el trenzado se va complicando, y la jurisprudencia no es refractaria a ciertos planteamientos doctrinales, unas veces mejor comprendidos y asumidos que otras: así, los jueces y tribunales comienzan a hacerse eco de la distinción entre el nexo causal como cuestión de hecho y el concepto más elaborado de “imputación objetiva”<sup>2</sup>, que se propone como sustituto de la culpa y complemento del nexo de causalidad (de entre todos los factores con incidencia causal, el daño ha de atribuirse a la conducta de la que, en una valoración objetiva, es una consecuencia natural, y probabilísticamente significativa, estando el porcentaje de probabilidad significativo en función de la utilidad de la actividad y de la gravedad del daño) y, sobre todo, usan hasta el abuso de la todavía novedosa noción de “*asunción del riesgo*” (la víctima no sólo ha de soportar los daños que sean concreción del “riesgo general de la vida”, sino también aquellos que, yendo más allá, han sido “contemplados”, o debieron haberlo sido, al participar de, o implicarse en, voluntariamente, determinada actividad peligrosa). También se utilizan con creciente importancia conceptos como “deber de protección” “medidas de seguridad razonablemente exigibles”, “condiciones objetivas de seguridad”, “riesgo típico” o “inherente” y otros. Tales expresiones, eco de planteamientos doctrinales, abren el panorama y permiten superar la reduccionista disyuntiva entre el riesgo y la culpa. El problema es que desde el momento en que el sistema está hecho añicos, es decir, desde el momento en que no sabemos cuáles pueden ser las buenas razones para imputar a otro el daño sufrido por alguien, todo ese conjunto de conceptos son como satélites desprendidos de los cuerpos alrededor de los cuales debían girar. Superada, por la fuerza de los hechos, la versión clásica de la responsabilidad por culpa, pero no encontrado aún otro territorio para anclar el sistema, la responsabilidad civil se convierte en un rompecabezas que cada vez ha de empezarse de nuevo, sin un plan definido, buscando certezas en piezas sueltas, en satélites alrededor de los cuales hacer girar los planetas. Así, no será de extrañar que encontremos sentencias en las que la primera y única pregunta sea si hubo culpa exclusiva de la víctima, sin ni siquiera

---

<sup>2</sup>La noción de “imputación objetiva” fue importado para la doctrina civilista española por PANTALEÓN en “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991, pp. 1561 y ss. Un estudio del -distorsionado- eco jurisprudencial de esta noción se encuentra en *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Cizur Menor, 2005, de M.L. ARCOS VIEIRA.

valorar previamente la mayor o menor seguridad que ofrecía la actividad o instalación de que se trate; o que se deduzca la culpa, y por tanto la responsabilidad, por el sólo hecho de que el daño sea plasmación de un riesgo no asumido voluntariamente por la víctima, sin valorar en qué medida se trataba de un riesgo introducido por el demandado o un daño evitable o no con medidas de seguridad a su alcance; o que por el hecho de estar cubierto expresamente por una póliza de seguro de responsabilidad civil, hubiera que presumir que se trata de un daño indemnizable. O, como ocurre en la SAP Huesca 17 noviembre 2005, se impute al demandado (explotador de negocio de alquiler de caballos de paseo) la responsabilidad por la caída de un cliente invocando una culpa “in eligendo” de la yegua que provocó la caída.

4. Me propongo, pues, explorar posibilidades de un nuevo enfoque que, sin apenas cambiar los materiales ya presentes en la práctica judicial y en el acervo doctrinal, los “articule” (en sentido estricto, pues deberá haber articulaciones que permitan movimiento a los elementos) de manera procesalmente nueva, proponiendo una guía de preguntas, un itinerario argumentativo que transite ordenadamente, secuencialmente, por todo el complejo conceptual de la responsabilidad civil sin que por fin se vea obligado a comenzar por la culpa para acabar en el riesgo, o de riesgo para acabar en la causa, o de causa para cerrar en la culpa.

Esto es lo que pretendió, según he defendido desde hace tiempo, la directiva comunitaria sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, y justamente ahí está, a mi juicio, su acierto. Decir, como tantas veces se ha dicho, que en esa directiva, y en la ley que la transpuso al ordenamiento jurídico español, se dio el paso hacia una responsabilidad objetiva es una simplificación que impide valorar lo que de auténticamente nuevo tiene el régimen de responsabilidad civil por productos. En la directiva no aparece la palabra “culpa”, ni la palabra “negligencia”. Pero tampoco aparece la palabra “riesgo”. La noción central es el “defecto de seguridad”: no ofrecer la seguridad que legítimamente cabe esperar. Ahí tenemos una línea secante, un punto de fuga que ayuda a salir del laberinto viciado de la dicotomía culpa/riesgo. Responde quien, por no haber ofrecido la seguridad que legítimamente cabía esperar, ha causado a alguien un daño del que no tenía que precaverse especialmente. ¿Es transportable este concepto, y por tanto, las ventajas que supone, para los daños ocasionados por los

servicios? ¿Es posible construir en paralelo una regla de responsabilidad para los prestadores de servicios que entre por la misma puerta, es decir, por la falta de seguridad del servicio desde el punto de vista de la que cabría legítimamente esperar? ¿Sería un nuevo rizo, una manera de complicar aún las cosas, o tendría ventajas en términos de racionalización del discurso argumentativo sobre la responsabilidad en ese campo? ¿Se trata de un criterio en cuya lógica es sustancial y decisiva la especificidad de los “productos”, o por el contrario tiene una lógica generalizable a otros supuestos, entre los que pudiera incluirse la prestación de servicios, al menos en ciertas condiciones? A la vista de las similitudes y diferencias entre la fabricación de productos y la prestación de servicios en el marco de una actividad organizada empresarialmente, nos plantearemos si ese criterio sería aprovechable en este ámbito, con las matizaciones que fuera preciso hacer, incluso en lo que respecta a la identificación de las causas de exoneración.

## **II. Productos y servicios: analogías y diferencias.**

1. Es un tópico de la doctrina la afirmación de que la gran heterogeneidad de los servicios constituye un obstáculo difícilmente salvable para la construcción de un régimen unitario de responsabilidad civil del prestador de servicios; de hecho, a tal factor se atribuye generalmente la causa del fracaso de una Propuesta de directiva sobre responsabilidad civil del prestador de servicios<sup>3</sup>, y es percibido todavía como serio inconveniente para un nuevo intento de armonización europea en la materia<sup>4</sup>. Ello sería, por tanto, un primer gran obstáculo para la aventura conceptual de trasladar al ámbito de los servicios el criterio de imputación de la responsabilidad civil por productos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la actualidad, dejando a salvo algunos sectores

---

<sup>3</sup>COM/90/482 final, DOCE nº C12, 18 enero 1991. *Vid.* CASTRONOVO, “La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria”, en *Foro Italiano*, 1994, V, pp 278 y ss; ALPA, “La responsabilità per il danno derivato dai ‘servizi’ nel progetto di direttiva comunitaria”, *Giurisprudenza italiana*, 1990, IV, pp. 170 ss.; entre nosotros, PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO, pp. 1.340 y ss.

<sup>4</sup> Magnus-Micklitz, *Comparative analysis of national liability systems for remedying damage caused by defective consumer services*, abril 2004, Institut für Europäisches Wirtschafts - und Verbraucherrecht; más tímidamente, *Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores*, COM (2003) 313 final, 6 junio 2003.

especialmente regulados, existe un tratamiento unitario de la responsabilidad que no incluye distinciones para toda la variedad de servicios que se ha descrito, y que incluso, al menos en su origen, equipara servicios con productos y con cualquier otro tipo de actividad susceptible de ocasionar daños: el artículo 1.902 del Código civil y, si se trata de daños causados a consumidores, los artículos 25 a 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No se trata, pues, de reconducir a un régimen general una variedad de microsistemas construido en vista de las peculiaridades de cada sector de servicios. Las especialidades de cada tipo de servicio son -o deben ser- tenidas en cuenta por la jurisprudencia al aplicar las reglas generales, y esto deberá seguir siendo así; pero queda así aliviada la objeción de la irreductibilidad del vasto campo de los servicios a un conjunto unitario de reglas de responsabilidad .

2. Con todo, no pueden dejar de subrayarse determinadas variables que pueden condicionar nuestra opinión sobre si es adecuado o no para los servicios, o para algún tipo de ellos, el criterio de imputación de la responsabilidad por productos.

A) En primer lugar, el sistema de responsabilidad civil por productos descansa cómodamente en una noción que no es trasladable a los servicios: **la noción de puesta en circulación**. El hecho decisivo que justifica la responsabilidad por productos es la puesta en circulación de un producto defectuoso (y no su venta), y por eso la responsabilidad se canaliza hacia la figura del fabricante, y tiene como punto de referencia (a los efectos de determinar el plazo de garantía y de valorar los niveles de seguridad legítimamente esperables) no el momento de la venta, sino el de la puesta en circulación. En cambio, los servicios sólo metafóricamente se “ponen en circulación”. La conducta relevante en el caso de los servicios no es propiamente el momento en que son concebidos y “comercializados” por primera vez, sino el momento en que se prestan cada vez. De este modo, el suelo firme que supone la noción de puesta en circulación para los productos, no existe para los servicios, lo que nos permite preguntarnos si, con él, no se derrumba el sistema en su conjunto.

B) Es verdad que los productos tienen detrás una actividad (la *fabricación*), y los servicios integran elementos corporales (instalaciones, material, etc.). Pero, en lo esencial, los productos se caracterizan por la **corporeidad** y los servicios por la

*actividad*. Se comprende bien, pues, cómo los criterios para valorar la mayor o menor “seguridad” de los productos van a ser más objetivos, centrados en el producto en sí, y sin necesidad de hacer referencia a la actividad empresarial que le preceden, mientras que en la prestación de los servicios habrá de ser, con frecuencia, la actividad en sí del prestador de servicios la que va a ser valorada, lo que pondrá en primer plano, con gran frecuencia, las preguntas propias de la responsabilidad por culpa, en la que justamente se trata de valorar una conducta.

C) De lo anterior se deduce que tampoco es igual, por lo general, la ***implicación de la víctima en la producción del daño***. Si una de las nociones centrales del sistema de responsabilidad por productos es el “*uso razonablemente previsible*” del producto (por la víctima), en materia de servicios será preciso distinguir según que el servicio esté concebido de manera que la víctima deba desempeñar una actividad que, por sus características, pueda tener incidencia causal en la producción del daño<sup>5</sup>, o que la víctima sólo sea receptora o destinataria de la actividad exclusivamente desempeñada por el prestador del servicio<sup>6</sup>. La *falta de seguridad* del producto suele desencadenarse con motivo de la actividad del consumidor que, usando el producto, extrae la utilidad que le es propia, y lejos de la presencia del fabricante y del vendedor, mientras que la falta de seguridad del servicio suele producirse (no siempre es así) con motivo de la actividad desplegada por el prestador para suministrar utilidad al usuario. La *interactividad* entre producto y consumidor no es semejante a la que existe entre servicio y usuario, puesto que, aunque se trate de un servicio que simplemente ponga a disposición del mismo los medios para que éste obtenga por sí mismo la utilidad, ello normalmente se producirá en presencia del prestador de servicios, lo que hace posible una actividad de información y de vigilancia *actuales* (al momento de producción del daño) cuyo protagonismo en el sistema de responsabilidad no podrá ser ignorado.

3. ¿Dónde están las ***analogías*** que nos permitirían concluir que un supuesto “merece” el mismo tratamiento jurídico que otro?

---

<sup>5</sup>Por ejemplo, gimnasios, pistas de esquí, piscinas, autoservicios, etc.

<sup>6</sup>Por ejemplo, servicio de restaurante o catering, atracciones de feria, prestaciones sanitarias, transporte.

De entrada es preciso hacer una distinción fundamental entre la responsabilidad del profesional que presta un servicio y la responsabilidad del *empresario de servicios*. Existen, como en seguida se va a decir, muy importantes analogías entre el empresario de servicios y el fabricante, pero no entre el profesional y el fabricante. Es más -y aquí reside lo importante-: a los efectos de la responsabilidad civil, entiendo que es más importante la diferencia entre responsabilidad empresarial y profesional que entre responsabilidad (de la empresa) por productos y por servicios. Y ello no, claro está, por razones subjetivas de mayor o menos *favor legis* a una categoría (profesionales) o a otra (empresarios), sino por razones objetivas. La actividad del fabricante no tiene apenas similitud alguna con la del profesional que presta un servicio (dejando al margen, naturalmente, el hecho de que el fabricante habrá de contar con profesionales para el diseño o concepción del producto). Si existe algún paralelismo entre el ámbito de la responsabilidad por productos y por servicios, ese paralelismo podrá encontrarse si miramos el producto y el servicio como *resultados de una actividad organizada empresarialmente*, tendente a una *comercialización masiva*, y con la finalidad de obtener un lucro económico. Entonces sí: hay analogías entre comercializar productos (defectuosos) y comercializar servicios (defectuosos), en tanto que en ambos casos se introduce un riesgo masivo (es decir, potencialmente afectante a una generalidad de personas) no porque la actividad o su resultado sean en sí mismos “peligrosos” (o con independencia de que lo sean), sino por la repetición de la ocasión de riesgo propiciada por la comercialización masiva del producto o servicio.

La fabricación de productos en serie y la prestación de servicios de forma estandarizada, organizada empresarialmente, y dirigida a una generalidad de usuarios, tienen una característica común absolutamente fundamental desde el punto de vista de la responsabilidad civil: es que en ambos casos el riesgo inherente (del producto o del servicio) se multiplica por tantas unidades como ejemplares se ponen en circulación u ocasiones se presta el servicio: al ir dirigido el producto o el servicio al máximo posible de destinatarios, la “repetición” del acto empresarial comporta necesariamente una multiplicación *cuantitativa* del riesgo, es decir, un incremento cierto del denominado “*stock* de daños fortuitos”.

En efecto, si una persona realiza una conducta que, según estimaciones objetivas, tiene un 1 x 1000 de posibilidades de ocasionar un daño, y no adopta

medidas de precaución para evitarlo, no obra negligentemente, sino razonablemente, pues si sólo fuese legítimo actuar cuando no existiera posibilidad alguna de causar daños, apenas habría conductas legítimas. La mera producción material del daño será insuficiente para comprometer una responsabilidad del causante, ya sea porque, en términos de culpabilidad, nos hallemos en presencia del *caso fortuito*, ya sea porque, en términos de causalidad jurídica o imputación objetiva, el daño no pueda calificarse como consecuencia natural o probable de la conducta. Pero si una persona organiza una actividad que, en cada prestación u ocasión tiene ese mismo porcentaje de producción del daño (uno por mil), pero está concebida para ser realizada más de mil veces, *entonces es estadísticamente seguro que va a producirse el daño*. Eso quiere decir que está llevando a cabo una actividad legítima con la que va a prestar una utilidad al público y va a obtener un beneficio, pero que en términos estadísticos es seguro que va a causar un número más o menos predecible de daños. Cada uno de los daños será, en sí mismo, eventual, y fácilmente sería calificable como “fortuito” pues, dada la *ratio* de 1 x 1.000 en que se ha valorado la probabilidad de accidente, su efectivo acaecimiento dependerá de una combinación de factores completamente inusual. El matiz está en la repetición y consiguiente multiplicación del riesgo: en la medida en que la actividad está diseñada para repetirse o reiterarse, el fabricante o el prestador del servicio habrán de concebir también un nivel de seguridad más exigente, adaptado el incremento del riesgo de producción de un daño que, si es a la salud o a la integridad corporal, no puede ser considerado como la variable de ajuste de la viabilidad de la empresa. Le corresponderá, pues, al empresario, una *obligación de seguridad* (adopción de medidas de precaución) o una *responsabilidad* (indemnización) que seguirá una lógica distinta a la de las actividades singulares, esporádicas y no organizadas empresarialmente para su máxima repetición posible, puesto que, al ponderar esa repetición o multiplicación de ocasiones de riesgo, se trata ya de *daños (estadísticamente) previsibles* cuyo acaecimiento no será sino concreción del *riesgo inherente* no ya de la actividad singularmente prestada (y por tanto, por notorio, perceptible para la víctima), sino de la *actividad de empresa* (que, por sus características, comporta la nota de prestación masiva o en serie para obtener el máximo beneficio)<sup>7</sup>. La cuestión, así, deja de ser si es legítima o no una determinada actividad en sí misma considerada (en función de su

---

<sup>7</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS explicó, hace tiempo, que “*la actividad constitutiva de empresa implica un riesgo constante, el pertinente a la actividad programada, que multiplica el riesgo del acto aislado*” (*La responsabilidad civil..... cit.*, p.25).

potencialidad dañosa para terceros), sino cuál es la manera más idónea de distribuir los costes de *prevención y reparación* de esos daños que, por decirlo llanamente, recaen sobre el usuario o consumidor a quien “ha tocado la china”, es decir, esos daños que “casi nunca” van a producirse pero que van a producirse “casi seguro” de vez en cuando.

Un planteamiento posible teóricamente, tanto en uno como en otro ámbito (productos y servicios) es hacer depender la imputación de responsabilidad al empresario de si adoptó o no las medidas de seguridad que habrían podido evitar ese daño previsible. Es decir, de encontrar un “fallo” (normalmente un fallo de previsión) al que achacar causalmente el daño. A mi juicio es un criterio diabólico, porque puede conducir a imputar responsabilidad por los “polvos de culpa”<sup>8</sup>; pero es también inadecuado porque de poco en poco un juez o un tribunal reaccionan yéndose al otro extremo, es decir, al de la exoneración de responsabilidad por cuanto, a pesar de tratarse de un riesgo inequívocamente inherente a la actividad de empresa que la causado, e imperceptible por la víctima (que no tuvo por qué, pues, precaverse del mismo), considera irrazonable exigir una medida de seguridad que, en sí misma, resulta a todas luces excesiva (por ejemplo, poner un monitor o vigilante a cada usuario<sup>9</sup>, o “envolver en plástico la montaña”<sup>10</sup>), particularmente si se pregunta por las consecuencias que se derivarían de generalizar el escrupuloso criterio seguido: existen medidas de prevención que sin duda incrementarían la seguridad del servicio, pero que por su coste pueden hacer la actividad inviable, o por su incomodidad pueden reducir notablemente la utilidad del servicio para el público en general, al limitar posibilidades situadas más cerca de la frontera del riesgo previsible: dicho en términos metafóricos, cuanto mayor sea la anchura del arcén de la carretera, mayor será la seguridad para los casos límite, pero menor será la superficie apta para la circulación. En tal caso, o a la vista de tales reflexiones, sin plantearse la posibilidad de imputar la obligación de indemnizar a pesar de tratarse de una conducta perfectamente lícita e inmune a una condena al cese de la misma, los órganos judiciales vuelven a acordarse de que la responsabilidad civil está basada en la culpa, cambian al buen padre de familia por el buen empresario, y lo

---

<sup>8</sup>R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995, p. 31.

<sup>9</sup>Así, SAP Málaga 17 octubre 2002 y SAP Cuenca 18 mayo 2005, aunque en este último caso el argumento provino del Juzgado de Primera Instancia y fue desatendido por la Sala.

<sup>10</sup>SAP Huesca 6 noviembre 2001.

exoneran a pesar de que el daño causado no es más que la materialización de un riesgo generado por la empresa para obtener un beneficio. Todavía queda al juez, entonces, un perverso recurso: el *salomonismo jurídico*<sup>11</sup>, echando mano de la socorrida concurrencia de culpas, que reparte el niño por mitad para cada supuesta madre: no porque el juez esté seguro de que el demandado deba responder pero con factores de corrección de la cuantía indemnizatoria, sino porque como no está seguro de si debe responder de todo o de nada, lo condena a más o menos la mitad. Total, es probable que al final pague el seguro...

Otro planteamiento, probablemente más atento a la peculiaridad de la actividad de empresa, es atribuir *a priori* al titular de la actividad empresarial la responsabilidad por los daños estadísticamente previsibles, como plasmación del riesgo introducido por la actividad de empresa, de tal modo que las medidas de seguridad no se adoptarán para eludir la imputación de responsabilidad, sino para eludir la indemnización (es decir, para eludir el daño del que *a priori* se es responsable). El punto de discusión en el pleito, pues, no comenzará siendo “*cuál ha sido el fallo que ha causado el daño*”, o si la omisión de una determinada y posible medida de prevención es la causa del daño (pues su adopción lo habría evitado), sino si el daño es de los que de antemano, por su relación objetiva con el riesgo específicamente introducido por la actividad de empresa, han de ponerse a cargo del titular de la empresa o no. Ello sin perjuicio, claro está, de la determinación de un elenco de hechos impeditivos de esa responsabilidad.

Quede claro, en fin, que el “riesgo estadístico” no convierte al servicio en intrínsecamente peligroso. El servicio, como el producto, será peligroso cuando la probabilidad de producción de un daño en cada ejemplar o en cada prestación aislada no sea despreciable. En el resto de los casos, el daño normalmente se va a contemplar no como una “concreción” del peligro propio del producto o del servicio, con el que razonablemente ha de contarse, sino como una *anomalía* que, por previsible estadísticamente, ha de ser considerada por quien fabrica el producto, o por quien diseña y presta el servicio, pero que, por improbable en cada ocasión, no ha de ser considerado por el consumidor o usuario.

---

<sup>11</sup>Sé que la expresión la tomo de PANTALEÓN, pero ni sé si es suya, ni recuerdo si la utilizó en una conferencia o en algún texto

Pues bien, ¿no está en esta última idea el fundamento último de la responsabilidad del fabricante por los daños causados por los productos que no ofrezcan la seguridad que legítimamente cabía esperar? ¿No es en el desfase entre, por una parte, el riesgo estadístico cierto derivado de la repetición de ocasiones de riesgo, y por otra parte, la escasa peligrosidad intrínseca de cada producto [o prestación de servicio], donde se encuentra la razón de ser de hacer responsable a quien obtiene beneficio empresarial a cambio de esa “multiplicación del riesgo”? ¿No juega a la maravilla la noción de “seguridad que legítimamente cabe esperar” en los supuestos de *daño “sorprendente” para cada víctima, pero “previsible” estadísticamente para quien organiza la actividad o lanza al mercado el producto*? ¿No rompe esta noción la rígida frontera entre negligencia del prestador de servicios y asunción del riesgo por parte de la víctima, abriendo un espacio en el que, aun pudiendo determinarse que no ha existido culpa, no se trata tampoco de un daño del que hubiera debido precaverse la víctima? Yo entiendo que sí; y entiendo que tanto razones de política de prevención de accidentes como, ¡sobre todo!, de justicia conmutativa, avalan ese criterio de imputación de responsabilidad civil.

#### **IV. La seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio.-**

1. La noción de “defecto de seguridad del servicio” entendida como la falta de las condiciones y niveles de seguridad que legítimamente pueden esperarse es vaga, indeterminada y versátil, pero no más que la noción de “culpa” o la noción de “incremento indebido del riesgo”. Resulta, a cambio, especialmente adaptable a la gran variedad de servicios prestados en el marco de una organización empresarial, y también a la diversidad de tipos o causas posibles del defecto de seguridad: una concepción o diseño del modo de prestación del servicio (o de sus elementos) con descuido de ciertas condiciones de seguridad; un fallo en alguno de los elementos (humano o instrumental) de la actividad de prestación del servicio, un déficit de información al usuario, etc. Además de todo ello, es un concepto manejable jurisprudencialmente, pues en realidad parece construido para lanzarlo al ruedo de la jurisprudencia en busca de los mejores argumentos. Quiero decir que la pregunta sobre si un servicio (o un producto) ofrece o no la seguridad que legítimamente cabía esperar fuerza a hacer unos planteamientos más matizados que la pregunta de si en la causa del daño hay una conducta negligente.

Como ya se está viendo con la experiencia jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por productos, la noción de “seguridad legítimamente esperable” tiene una alta capacidad de absorción de las mejores razones en materia de responsabilidad civil. No ahoga los matices con una noción plana y terminante, sino que abre la puerta a preguntas por lo general bien orientadas que van desde la previsibilidad del daño efectivamente producido, hasta la razonabilidad económica de la adopción de medidas más exigentes de seguridad, ya sea al diseñar los componentes del servicio como al organizar el modo de prestación del mismo. Así, la noción de “asunción del riesgo por la víctima”, más que constituir una distorsionadora causa de exoneración de la responsabilidad, pasa a ser uno de los ingredientes para valorar en qué medida ha existido un déficit de la seguridad ofrecida respecto de la esperable en el caso concreto; mientras que la diligencia sí puede jugar algún papel en el ámbito de las causas de exoneración, permitiendo al demandado traer al debate, a su costa procesal, algo tan importante como las *alternativas posibles* en el modo de configuración y de prestación del servicio.

2. Pero además de las analogías entre fabricante y empresario de servicios, y además de la racionalidad intrínseca de la noción de “seguridad que legítimamente cabe esperar”, puede invocarse un fundamento de especial consistencia para justificar la pretensión de hacer pivotar la responsabilidad por daños (a la salud o a la integridad física) causados por servicios en la noción de “defecto de seguridad”: me refiero a la *obligación de seguridad* que el artículo 3 LGDCU impone tanto a fabricantes como empresarios de servicios: “*Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización*”. Si al definir el deber positivo de seguridad la ley equipara productos y servicios, ¿por qué no equiparar el envés de una regla negativa de responsabilidad consistente, precisamente, en la infracción objetiva de aquella obligación de seguridad?

En efecto, la noción de “falta de seguridad que legítimamente cabe esperar” admite perfectamente ser leída y entendida como la infracción del transcrito artículo 3 LGDCU, de tal modo que estaríamos imputando responsabilidad civil al fabricante o prestador de servicios que generan, para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, más riesgos de los que usual o reglamentariamente están admitidos, en

condiciones normales y previsibles de utilización. La idea de “riesgos usualmente admitidos” cuadra con la idea de “seguridad que legítimamente cabe esperar”, y la referencia a las “condiciones normales y previsibles de utilización” recuerda directamente a la expresión “uso razonablemente previsible” que emplea el artículo 3 de la Ley 22/1994 como criterio a tener en cuenta para determinar el carácter defectuoso del producto.

Como el fabricante, pues, el prestador de servicios tiene la obligación de garantizar al destinatario que el servicio no va a suponer más riesgos que los esperables si se presta en condiciones normales (o normalmente previsibles).

En el ámbito comunitario, la misma idea de deber general de seguridad - actualmente referido sólo a los productos<sup>12</sup>- aparece en la Directiva 2001/95/CE de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos. “*Los productores -dice el artículo 4.1 de este Real Decreto, siguiendo lo dispuesto en el art. 3 de la directiva- tienen el deber de poner en el mercado únicamente productos seguros*”, y en el artículo 2 a) define qué ha de entenderse por “producto seguro”: “*cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas (...)*”.

Si se “garantiza” una seguridad tal que excluya los riesgos “no considerados admisibles”, es para que el público pueda “confiar” en dicha seguridad. La confianza es la base de la noción “seguridad que *legítimamente cabe esperar*”. Pero esto nos lleva a preguntarnos si lo decisivo a los efectos de imputación de responsabilidad es la

---

<sup>12</sup>El primer considerando del preámbulo de dicha directiva explica que se excluye de su ámbito de aplicación la seguridad de los servicios por cuanto “*la Comisión tiene la intención de identificar las necesidades, las posibilidades y las prioridades de acción comunitaria en materia de seguridad de los servicios y de responsabilidad de quienes los prestan con vistas a presentar las propuestas que correspondan*”. En esas estamos.

seguridad que puede “exigirse” al prestador de servicios, o si es la seguridad que puede “esperarse” del servicio. ¿Es lo mismo una cosa y otra? ¿Puede esperarse “legítimamente” aquello que no puede razonablemente exigirse? ¿Estáremos, pues, volviendo a un concepto normativo de diligencia exigible, o nos estamos refiriendo a la distinción entre riesgos típicos e inherentes al servicio y riesgos anómalos (considerados sorprendentes por el usuario, quien, por ello, no tenía a su cargo el deber de precaverse de los mismos)?

### **III. 1. La seguridad exigible y la seguridad esperable.-**

1. Cabe razonablemente esperar que se cumplirá aquello que es exigible, y cabe exigir aquello que normalmente puede esperarse. No sería difícil perdernos en la disquisición de si con ambas expresiones, seguridad “exigible” y seguridad “legítimamente esperable”, estamos diciendo lo mismo. Yo creo que, efectivamente, pueden acabar significando lo mismo en términos prácticos, pero también creo que ha sido un gran acierto del legislador optar por el término “esperable” al regular la responsabilidad del fabricante. Si se hubiese optado por la expresión “seguridad que razonablemente cabe exigir” (o si se optase por tal expresión para valorar la responsabilidad del empresario de servicios), no nos habríamos movido un ápice de los planteamientos vigentes con el juego de los artículos 1.902 CC. y 26 y 28 LCU: el centro de gravedad de la cuestión seguiría siendo la *conducta* del empresario (y sus empleados), es decir, en qué medida a la hora de concebir en abstracto las condiciones de prestación del servicio ha descuidado más allá de lo tolerable deberes de seguridad, o en qué medida han existido fallos o descuidos en la ejecución concreta del servicio en la ocasión en que ha producido el daño. En cambio, al definir el hecho constitutivo de la responsabilidad del empresario de servicios en la no prestación de la seguridad (o inmunidad...) que legítimamente cabe esperar, la valoración de la conducta, aunque no desaparece, como después veremos, sí pasa a un segundo plano, porque en el primer plano se sitúa decididamente la “expectativa” (legítima) de seguridad: el hecho constitutivo de la responsabilidad, pues, sería 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 comportamiento de la víctima. Si, en el caso concreto, puede calificarse como “razonable” el que la víctima no haya tomado “especiales”

precauciones para salvaguardar su indemnidad, y sin embargo se ha producido el daño con motivo de la prestación de un servicio, ha de responder el empresario salvo que alegue y pruebe una causa de exoneración (sobre las que después trataremos). Esta es, pues, la puerta de entrada, la boca del túnel, la perspectiva desde la que abordar el problema: ¿era notorio, o al menos perceptible, que el servicio suponía un riesgo del que debía de precaverse especialmente la víctima (ya sea no aceptando la prestación del servicio, ya sea adoptando alguna medida de cuidado que ostensiblemente estuviera más en su ámbito de poder que en el del empresario de servicio)? ¿O, en cambio, cualquier usuario razonable sin especial predisposición a asumir riesgos corporales habría confiado en que la prestación o utilización del servicio no iba a suponer un daño, o al menos ningún daño que él estuviera en disposición de evitar con una actitud de cuidado que le fuera exigible?

Obsérvese que se trata de un criterio, como otro cualquiera, de distribución de los riesgos del servicio: se imputan al empresario todos los riesgos que, según el caso concreto, la víctima no se ha normalmente representado como propios al tomar la decisión de recibir o utilizar el servicio, ya sea porque no fueran riesgos perceptibles, o ya porque, tratándose de riesgos que cupiera representarse, fuera razonable confiar en que el empresario prestaría el servicio con suficientes medidas de seguridad como para que el daño no se produjera. Lo que queda fuera de ese ámbito es, justamente, el riesgo “asumido” por el usuario, ya sea porque la naturaleza del servicio es tal que resulta notorio que para la obtención de la utilidad que proporciona es “inevitable” exponerse a una posibilidad de sufrir el daño (aunque quepa confiadamente creer que no ocurrirá), o ya sea porque resulte también notorio o claramente perceptible que la probabilidad de que se produzca o no un daño depende más de la adopción de conductas de cuidado por parte del usuario que del modo concreto en que se presta el servicio. Seguridad esperable y asunción de riesgo son, pues, dos conceptos que, ahora sí, lindan uno con otro sin solución de continuidad. No es, como generalmente entiende la jurisprudencia, que el riesgo asumido por la víctima llega hasta el límite de la culpa del empresario (se presuma ésta, o haya que probarse, que esa es otra cuestión), sino, más bien 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. Sin perjuicio, insisto, de las causas de exoneración que se establezcan.

2. Adoptar esta perspectiva, nos obliga, primero, a preguntarnos si la seguridad “legítimamente esperable” ha de determinarse con criterios subjetivos (*expectativas subjetivas de seguridad*) u objetivos (el usuario medio, normalmente informado, y “buen padre de familia”); y segundo, a procurar precisar, en una primera aproximación, los criterios más eficaces para determinarla.

### **III.2.- Seguridad que legítimamente cabe esperar y expectativas subjetivas de seguridad.**

1. Si confiamos al concepto de seguridad “(legítimamente) *esperable*” la delimitación entre el ámbito de riesgos puestos a cargo del empresario de servicios, tendremos que precisar quién es el sujeto desde cuya perspectiva ha de valorarse el riesgo (o la seguridad) esperable y no esperable.

2. Poco esfuerzo ha de hacerse para razonar que no puede tratarse de “cada” víctima, por cuanto ello convertiría nuestro criterio de imputación en simplemente inmanejable. No puede tratarse de lo que cada uno teme o espera. Hay individuos obstinados e imprudentes que están convencidos de que a ellos no les tocará la suerte de la bala en la ruleta rusa, y hay otros que no pueden subir a un avión por percibir el accidente como una posibilidad inminente. La experiencia, la información de que se dispone, la manera de ser, demasiados factores inmanejables influyen en la “percepción” de los riesgos propios de una actividad y en la expectativa subjetiva de seguridad.

En las versiones inglesa y francesa de la directiva de 1985 sobre responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos defectuosos, la expectativa de seguridad se refería a un sujeto impersonal: *la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* y *the safety which a person is entitled to expect*. ¿Quién es el "on", el "a person", el alguien desde cuyo patrón debe medirse el nivel de seguridad esperable del producto? ¿El consumidor-medio? ¿el "gran público"? ¿el "consumidor más desprevenido"? La cuestión recuerda a la que se planteó con motivo de la definición de "publicidad engañosa" que ofrece el artículo 4 de la Ley General de Publicidad: *Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o*

*puede inducir a error a sus destinatarios*": en uno y en otro caso se ha propuesto que se tome como referencia al consumidor medio o estándar, el consumidor "normal" por cuanto el concepto de seguridad o defectuosidad de los productos (o el carácter engañoso de la publicidad) no puede subjetivizarse y el Juez debe operar con criterios y patrones relativamente objetivos, previsibles por el fabricante y asegurables<sup>13</sup>. Esta idea, tan aparentemente obvia, conecta con la doctrina de la jurisprudencia americana sobre el *consumer expectation test*, surgida en el ámbito de la responsabilidad de productos, que en su día adquirió gran protagonismo<sup>14</sup>

3. No obstante, como puso de relieve CAVANILLAS<sup>15</sup>, "si en esta apreciación se siguen criterios estándares o normalizados -diligencia de un buen padre de familia o del hombre medio, causalidad adecuada, etc.- el subconsumidor, que precisamente se define por *no dar la talla*, no alcanzar el estándar medio, resultará *subprotegido*". Lo cierto es, sin embargo, que no debe exigirse una previsión de seguridad al fabricante que cubra incluso los usos o consumos más irracionales -menos previsibles- o las expectativas más ignorantes, pues ello alargaría su responsabilidad hasta el infinito a menos que adoptara medidas de prevención excesivas, antieconómicas y disfuncionales para el gran público. El criterio, por tanto, tampoco puede ser el del "consumidor más desprevenido", es decir, en definitiva, la víctima que en el caso concreto ha resultado lesionado o perjudicado involuntariamente por el producto.

El propio CAVANILLAS apunta en la dirección acertada, cuando concluye que "*un producto es defectuoso si no ofrece el nivel de seguridad que corresponde a las 'subexpectativas' del subconsumidor típico*"<sup>16</sup>. Es decir, no se trata de plegar los estándares de producción, vigilancia y control a las expectativas o ignorancias del consumidor que aisladamente ha sufrido el daño, sino a los comportamientos y expectativas de categorías de consumidores cuyos niveles de *resistencia* al daño -

---

<sup>13</sup>"Las expectativas subjetivas del perjudicado son, entonces, irrelevantes a los fines de establecer en qué medida debe ser elevado el standard de seguridad: éste se determina más bien en base a las expectativas razonables de la generalidad, las cuales comportan un punto de referencia objetivo en esta valoración" (HOHLOCH, G.: "Prospettive di evoluzione della responsabilità del produttore nel diritto tedesco", en *Il danno da prodotti*, Padova, 1990, pp. 263 y ss.

<sup>14</sup>Cfr., con consideraciones críticas, SOLÉ i FELIÚ, *El concepto de defecto...* cit., pp. 125 ss.

<sup>15</sup>"La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad por productos o servicios defectuosos", en *Estudios sobre Consumo*, 1990, nº 18, pp. 43 y ss., y en *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pp. 173-175 y 181.

<sup>16</sup>*loc. cit.*, p. 48

precaución- sean inferiores a las normales, pero que constituyan un subgrupo dentro de los previsibles destinatarios típicos del producto. Es lo que viene a sancionar la Directiva de 3 de diciembre de 2001 relativa a la *seguridad general de los productos*, cuando obliga a considerar, entre otros elementos, a la hora de determinar si un producto es o no seguro, las "*categorías de consumidores que estén en condiciones de mayor riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores*" (art. 2, b, pfo 4)<sup>17</sup>. Pero no sólo los niños y los mayores: también los analfabetos, los inmigrantes, los discapacitados, etc., cuando éstos sean previsiblemente destinatarios-tipo de los productos lanzados al mercado.

Este criterio, aun cuando no debe trasplantarse directa y automáticamente a la interpretación del término "defecto" a efectos de responsabilidad, es plausible, pues protege suficientemente al "subconsumidor", permitiendo de todas formas al fabricante prevenir y evitar su responsabilidad al adoptar las medidas de seguridad en función no del "consumidor -individuo- más desprevenido", sino de *categorías -estereotipos- de destinatarios*. Así, siguiendo la pauta que propuse en su día para interpretar la expresión "producto defectuoso", podemos concluir, entonces, que un servicio es defectuoso cuando *la producción del daño, en las condiciones concretas en que se produjo, puede valorarse como sorpresivo para un sector no insignificante del tipo de consumidores normalmente destinatarios del servicio, pudiendo objetivamente apreciarse que, respecto de ellos, el daño debe imputarse más al modo de prestación del servicio que a la falta de prevenciones del perjudicado*<sup>18</sup>

### **III.3.- Parámetros útiles para determinar la seguridad que cabe esperar.**

---

<sup>17</sup>El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, transpuso al Derecho español dicha directiva, y su artículo 2 a) 5º hace referencia a las "*categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular, los niños y las personas mayores*".

<sup>18</sup>Un buen ejemplo: en la STS 23 diciembre 2004, la seguridad de la escalera mecánica instalada en una estación de ferrocarriles, elemento integrante de la prestación del servicio de transporte, se valoró desde la perspectiva de un discapacitado (y su acompañante): la empresa fue condenada al pago de los daños causados por un defecto de seguridad que únicamente afectaba a discapacitados. En esta misma línea, la SAP Pontevedra de 17 noviembre 2005, relativa a unas lesiones sufridas por persona mayor por caída en las instalaciones de un balneario, alude a una especial obligación de seguridad en estas instalaciones hoteleras, dado el mayor riesgo derivado del tipo de usuarios de las mismas

1. Hacer descansar la responsabilidad del empresario de servicios en la noción de seguridad que cabe legítimamente esperar, y no en la infracción o no de vagas reglas de conducta, no es irse a la nube de un concepto, sino tocar la tierra de un razonable fundamento para la responsabilidad en el ámbito empresarial, que encauza de manera diáfana la obligación de seguridad a cargo del empresario y la ciñe con el ámbito de riesgos de los que el destinatario o usuario del servicio ha de precaverse especialmente. Adoptar la óptica del perjudicado para determinar si el servicio se prestó o no en las condiciones de seguridad esperables (y por tanto exigibles) es permitir la formación de un juicio previsible, independiente de la resultancia de una prueba pericial sobre aspectos del funcionamiento de la empresa o las características del servicio que no son perceptibles *a priori* por el perjudicado; sin perjuicio, lo decimos una y otra vez, del valor que esa pericial pueda tener para acreditar hechos impositivos de la responsabilidad.

2. Con todo, es verdad que a la noción de “seguridad que legítimamente cabe esperar” hay que darle algún contenido, sujetándola con algunos criterios de determinación que, a modo de “manual de uso”, la hagan más manejable. En la Ley 22/1994 se alude, a tal efecto, a la “presentación” del producto, al “uso razonablemente previsible”, al momento de su puesta en circulación, y a la seguridad “normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”. Sin ánimo exhaustivo, sino más bien para ilustrar la consistencia que a mi juicio tiene el concepto de “defecto de seguridad” en el ámbito de la prestación empresarial de servicios, puede hacerse alusión a algunas circunstancias que deberán ser tenidos en cuenta para determinarlo y que facilitarán su apreciación: así, podemos mencionar la “apariencia” del servicio (equivalente a la “presentación” del producto, e incluyendo la peligrosidad natural del servicio o actividad y las informaciones dadas al usuario), la observancia o no de las normas administrativas aplicables con función de prevención de daños, la magnitud del daño sufrido y su ponderación con la utilidad obtenida, y la existencia de desviaciones, con merma de seguridad, en el modo concreto de prestación del servicio, respecto de cómo está concebida su prestación en la generalidad de los casos.

3. En realidad, la decantación de criterios para determinar si se ha ofrecido o no la seguridad que legítimamente cabe esperar no puede hacerse en abstracto, sino que ha de hacerse en función del *tipo de defecto de seguridad de que se trate*. En particular, entiendo que ha de distinguirse netamente si se trata de un defecto de concepción o diseño del modo de prestación del servicio (se han adoptado, *a priori* y *in genere*, unas medidas de prevención insuficientes para poner a cubierto al usuario de los riesgos de los que éste no ha de precaverse especialmente), o si se trata de un defecto o fallo en el modo de ejecución del servicio en el caso concreto, es decir, mediando una desviación o fallo respecto del modo en que está concebida la prestación de ese servicio. Esto no es sino reproducción de la distinción, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, entre defectos de concepción o diseño y defectos de fabricación, que ha sido recobrada expresamente en el derecho norteamericano, y que, aunque implícitamente, está presente en la directiva europea de responsabilidad del fabricante y las leyes de transposición<sup>19</sup>.

Efectivamente, por lo que respecta al derecho norteamericano, en el *Restatement Third*, de 1997, se discrimina expresamente entre uno y otro tipo de defecto, como resultado de un proceso jurisprudencial en el que se constató, como muy claramente ha expuesto la profesora MARCO MOLINA en un reciente trabajo<sup>20</sup>, la dificultad de trasladar indiscriminadamente la definición de ‘producto inseguro’ del *Restatement 2d* y el régimen de responsabilidad objetiva del fabricante allí previsto a los defectos de ‘diseño’ o concepción del producto, restableciéndose, de la mano de la doctrina del *risk-utility test*, la necesidad de una valoración de la conducta del fabricante con parámetros propios de la responsabilidad por negligencia<sup>21</sup>.

Y por lo que respecta a la directiva europea y las leyes de transposición de la misma, es evidente que, aunque sea de manera implícita, la noción de “seguridad que

---

<sup>19</sup>Sobre la inconveniencia e incluso imposibilidad de una noción unitaria de defecto de seguridad de los productos, véase SOLÉ, *El concepto de defecto ... cit.*, pp. 565 y ss., y también PASQUAU, “La noción de defecto...” *cit.*)

<sup>20</sup>“La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico: la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos en el Derecho norteamericano”, *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 75 y ss. *Cfr.* igualmente

<sup>21</sup>*Op. cit.*, pp. 95 y ss., donde acaba concluyendo que no sólo se recupera la noción de culpa para permitir al fabricante su exoneración, sino que, tratándose de defectos de diseño, se la demostración de culpa del fabricante se termina por imponer a la víctima, “dado que será a tal sujeto a quien se acabe exigiendo la prueba de la existencia de un diseño alternativo, capaz de superar los defectos de seguridad de que adolecía el producto causante del daño” (p. 101).

legítimamente cabe esperar” se determina de manera francamente diferente según que la causa del daño esté en un defecto (de seguridad) de fabricación o un defecto de diseño o concepción: así, si se trata de un defecto de fabricación, el producto se calificará “en todo caso” como defectuoso o inseguro si, como dice el artículo 3.2 de la Ley 22/1994, “no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”, por lo que lo decisivo es la desviación (con déficit de seguridad) del ejemplar causante del daño respecto de los demás de la misma serie, mientras que tratándose de defectos de concepción o diseño ese término nítido de comparación (los demás productos de la serie) no existe, y la comparación de la seguridad ofrecida por el producto, tal y como ha sido diseñado, sólo puede hacerse con modelos teóricos, lo que va a hacer necesario valorar las decisiones tomadas al diseñar el producto con las que “deberían haberse tomado” según las legítimas expectativas de los potenciales perjudicado, lo que sin duda hace más compleja la determinación de si finalmente la seguridad ofrecida es o no inferior a la “legítimamente” esperable<sup>22</sup>.

La lógica de tales distinciones debe hacerse presente también en el ámbito de los servicios, si queremos hacer pivotar la responsabilidad del empresario de servicios sobre la noción de defecto de seguridad. Si se identifica un “fallo” o una desviación respecto de lo previsto en el modo de ejecución del servicio con incidencia causal en la producción del daño, a la víctima le bastará con acreditar tal desviación para que pueda calificarse el servicio como “inseguro” o defectuoso; pero si no ha habido irregularidades en la ejecución o prestación concreta del servicio, será precisa la utilización de más circunstancias (apariencia del servicio, notoriedad del riesgo propio del mismo, conducta razonablemente previsible del usuario) y se abrirá un amplio abanico de posibilidades en el ámbito de las posibles causas de exoneración (pues deberán valorarse, ahora sí, si son o no “exigibles” medidas de precaución o seguridad que de haberse adoptado habrían evitado la producción del daño). Sin duda, las informaciones suministradas a los usuarios sobre los riesgos propios del servicio jugarán, en este ámbito, un papel fundamental, de tal modo que pueda también importarse la categoría de los “defectos de información”: el servicio se ha prestado tal y

---

<sup>22</sup> Esto es lo que SOLÉ (*op. cit.*, pp. 661 y ss.) denomina “el problema de la policentricidad y la determinación judicial de estándares de diseño”, sobre lo cual hace una serie de consideraciones de gran valor sobre las dificultades para la determinación de la existencia de defectos de diseño.

como fue previsto o concebido, sin fallos en su ejecución; no era exigible al empresario la disposición de medidas de seguridad diferentes a las adoptadas; pero no se informó debidamente a los usuarios para que éstos, advertidos de los riesgos, adoptasen la conducta más apropiada para su seguridad.

### **III.3.1. *La ejecución defectuosa del servicio.***

1. El usuario puede razonablemente esperar la seguridad que normalmente ofrece el empresario al prestar el servicio de que se trata. Corresponde exclusivamente a la esfera de riesgos del empresario cualquier incidencia en el modo de ejecución de la actividad de que se trate, y habrá de responder frente al perjudicado si esa incidencia tiene relevancia causal en la producción del daño. Al usuario le bastará con probar que alguna de las medidas de seguridad previstas por el empresario al diseñar el modo de prestación del servicio no ha funcionado como lo hace habitualmente, o con probar un irregular comportamiento del personal, del material o de las instalaciones que haya incrementado el riesgo que fue contemplado al concebir el modo de prestación del servicio.

La falta de atención o ausencia de un socorrista en una piscina, la rotura de una pieza en una atracción de feria, un frenazo brusco del conductor de un autobús, la rotura de una valla de un camping que permita la salida de un menor de edad o la entrada de animales, el olvido por el vigilante nocturno de una piscina de cerrar el acceso a la misma desde dependencias contiguas destinadas a consumo de alcohol, el descuido del encargado de un zoológico que permite la fuga de un animal, una maniobra especialmente arriesgada hecha por el conductor de la motora en una actividad de esquí acuático, la incorrecta conservación de un alimento que se sirve en mal estado en servicio de *catering* o restauración, etc.: en todos estos casos hay una desviación sobre lo previsto que se produce en una prestación concreta del servicio; no es que las condiciones previstas para la prestación del servicio sean inseguras, sino que no se ha llevado a cabo tal y como se había previsto. Naturalmente, si el perjudicado identifica la existencia de un déficit de seguridad (porque falla un dispositivo de prevención o porque se incrementa un factor de riesgo) respecto del modo normal de prestación de ese mismo servicio, y si prueba que de no haberse producido esa incidencia no habría

sufrido el daño, ha acreditado el hecho constitutivo de la responsabilidad del empresario de servicios, es decir, el “defecto de seguridad”.

2. Es importante destacar que, igual que ocurre en el ámbito de la responsabilidad del fabricante con los defectos de fabricación, la existencia de un defecto en la ejecución del servicio amplifica el ámbito de la seguridad legítimamente esperable y reduce, en consecuencia, el ámbito de los riesgos asumidos o debidos asumir por el usuario. Es decir, aun cuando el daño sufrido pueda, genéricamente, considerarse como concreción del riesgo propio, inherente y notorio, del servicio, si la víctima logra probar que dejó de funcionar un sistema de control o una medida de seguridad prevista en el modo de prestación del servicio, y que ese incidente ha tenido incidencia causal en la producción del daño, lleva el daño al ámbito de la responsabilidad del empresario: aunque la víctima se hubiese debido representar, asumiéndola, la posibilidad de sufrir ese daño, puede razonablemente esperar que la materialización de ese riesgo natural del servicio o actividad no se vería coadyuvado por una defectuosa prestación del servicio.

### *III.3.2. La inobservancia de normas de seguridad.*

El mismo razonamiento cabe hacer, como es obvio, cuando exista una desviación entre el modo de prestación del servicio o actividad y lo que viene determinado por la normativa de seguridad aplicable. Ya se trate de una irregular concepción del servicio, o ya sea una defectuosa prestación del mismo, si no se han observado medidas de seguridad impuestas legal o reglamentariamente, y esa irregularidad tiene incidencia causal en la producción del daño, el producto deberá calificarse de inseguro y la responsabilidad deberá asignarse al empresario, por más que el perjudicado estuviese prevenido de la posibilidad de acaecimiento de ese daño como riesgo propio del servicio.

### *III.3.3. La naturaleza del servicio y los riesgos inherentes.*

No hay servicios “peligrosos” y “no peligrosos”, sino servicios más o menos peligrosos. La utilidad propiciada por el servicio no va a tener siempre un saldo neto positivo: existe un factor de riesgo, francamente notorio en algunos casos, que el usuario necesariamente ha de aceptar como inevitable<sup>23</sup>, y que a veces se concretará en un daño. La peligrosidad o inocuidad propia del servicio, no tanto por cómo está organizado, sino por su propia naturaleza, ha de ser un parámetro importante para delimitar dónde empieza la responsabilidad del empresario (y por tanto, cuándo es de su competencia organizar debidamente la seguridad) y dónde está el riesgo asumido por la víctima, no transferible a terceros<sup>24</sup>. Por acudir a ejemplos fáciles, la organización de un encierro taurino cuya característica es que la res corre suelta por la calle, habrá de asegurar que nada le ocurrirá al espectador que no haya decidido entrar en el circuito reservado para la carrera, pero ninguno de los que participan voluntariamente puede razonablemente confiar en que la organización del evento habrá dispuesto las cosas de manera que esté garantizada la seguridad e indemnidad, mientras que el que asiste a una corrida de toros y le asignan primera fila sí puede confiar en que el coso está diseñado de tal modo que sea imposible que un toro salte la barrera y, sin obstáculos, entre en contacto con el público. Pero, por seguir con casos menos fáciles, el esquiador puede razonablemente confiar en que no encontrará obstáculos sobresalientes en la pista de niveles bajos o medios de dificultad, pero no puede esperar de la empresa titular de las pistas un acondicionamiento de las mismas tal que sea imposible sufrir una fractura con motivo de caídas debidas a inclinaciones, cambios en la espesura de la nieve u otros factores potencialmente desencadenantes de las caídas. En el caso de ciertas atracciones de feria en las que la diversión consiste en combinar el movimiento del aparato con las posibilidades del usuario de retar ese movimiento levantándose o abandonando toda sujeción, la naturaleza de tal servicio lúdico comporta ineludible y notoriamente la posibilidad de sufrir lesiones menores por golpes en la nariz, fisuras en dedos, etc<sup>25</sup>., pero puede el usuario razonablemente confiar, por tratarse de un servicio de diversión, en que no se abrirá la cabeza por el efecto de la combinación de un movimiento del aparato de especial virulencia con la existencia de objetos contundentes y cortantes en

---

<sup>23</sup>La inevitabilidad, naturalmente, va referida al riesgo, y no al daño, cuya producción es eventual.

<sup>24</sup>Cfr., con abundantes referencias jurisprudenciales, ORTI VALLEJO, “La responsabilidad civil en la práctica de actividades de ocio peligrosas”, en *Tratado de responsabilidad civil* coord. por REGLERO, cit., pp. 1.459 ss.

<sup>25</sup>SAP Toledo 20 abril 1998: “*El riesgo implícito en tal actividad es la lesión corporal, incluida una fractura ósea de la entidad y de las características de la que padece la ahora recurrida, que no supone un efecto exorbitado -sic- o absolutamente extraño al hecho de ser arrojado bruscamente contra unas colchonetas en unión de otras personas*”.

espacio libre de la atracción; en otras atracciones, en cambio, en las que el usuario se limita a “dejarse llevar”, la naturaleza del servicio es tal que puede razonablemente confiar en que en todo caso saldrá indemne de la experiencia, por más que la “sensación” de peligro (por la altura, por la brusquedad de los desplazamientos, etc.) forme parte de la atracción: en tales casos, como dice la SAP Madrid 4 marzo 2004 *“parte de la diversión puede residir en gozar de una apariencia de peligro, pero contándose con la seguridad de que el peligro no existe. Los usuarios (...) tienen derecho a salir indemnes de la atracción, al finalizar la sesión, y a que el miedo que la atracción suscite sea artificial, no derivado de un peligro real. Nada tiene que ver con actividades de auténtico riesgo, conocido y asumido por quienes en las mismas participan”*

#### III.3.4. *La apariencia del servicio y los riesgos ocultos.*

1. Con frecuencia, más que la naturaleza del servicio, será la apariencia del servicio la que delimite el ámbito de riesgos asumidos por la víctima y aquellos de los que puede sentirse. De nuevo hay que decir que la noción de “seguridad que legítimamente cabe esperar” va de la mano de la noción de “riesgos notorios”, o al menos, “riesgos advertibles por el usuario” que, en una apreciación normal, sean percibidos como dependientes más de la conducta precavida de la víctima que de la actividad del prestador de servicios. Así, y esto es particularmente importante para el tratamiento de los que antes hemos denominado defectos de diseño o concepción del servicio, el empresario debe *garantizar* al usuario, del modo que entienda más eficiente, que no existen más riesgos que los que se derivan la naturaleza del servicio y los que son perceptibles por el usuario de manera que hayan debido ser voluntariamente asumidos al decidir la recepción del servicio o participación en la actividad de que se trate. Para ello, en unos casos deberá, al diseñar el modo de prestación del servicio, a la vista de la experiencia propia de esa actividad, de la previsión de lo que antes denominábamos “riesgos estadísticos” (es decir, daños muy poco probables en cada prestación del servicio, pero estadísticamente muy probables por la multiplicación del porcentaje de posibilidad derivada de la repetición de la prestación) y del estado de conocimientos técnicos en el momento en que se diseña el servicio, qué medidas de seguridad son precisas para evitar esos daños inesperados o sorpresivos para un usuario normalmente

precavido. En otras ocasiones, en cambio, dado el coste económico de una determinada medida de seguridad, o la merma de utilidad que dicha medida supondría (por hacer más incómoda la prestación del servicio, o por renunciar a determinados niveles de satisfacción para neutralizar parte del riesgo), será razonable o preferible optar por hacer notorio, mediante informaciones adecuadas y eficaces, el riesgo no evitable o “costosamente” evitable, haciendo así una llamada a la colaboración de la víctima en su propia seguridad y asumiendo, quizás, la merma comercial que pueda suponer esa visibilidad del riesgo<sup>26</sup>.

Es lógico pensar que, como ya fuera señalado para la responsabilidad del fabricante, los “defectos de información”, es decir, la calificación del servicio como defectuoso por no ofrecer las informaciones que habrían inducido a la víctima a precaverse del daño, van a jugar un papel de creciente importancia, por cuanto los tribunales se mostrarán más proclives a determinar si el empresario ha advertido suficientemente de los riesgos específicamente ocasionados por su servicio, que a valorar la seguridad “intrínseca” del mismo, pues esto último conlleva un componente técnico que se resistirá a ser desentrañado en un proceso judicial. A un juez le resultará más fácil valorar en qué medida una correcta o más exigente información sobre ciertas precauciones a tener en cuenta, sobre el modo de utilización del servicio, o sobre los peligros del servicio habrían podido evitar o mitigar los riesgos de su comercialización, que juzgar si el servicio pudo haberse concebido o prestado en otras condiciones más seguras y viables<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>SOLÉ (*op. cit.*, pp. 669 y ss.) hace referencia a un artículo de HENDERSON que debe ser francamente interesante, pero al que no he tenido acceso (“Judicial Review of Manufacturer’s Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication”, 73, *Columbia Law Review*, 1973, pp. 1531 y ss.), en el que al parecer defiende que el fabricante sólo responde de los riesgos “que se muestran de forma clara a los consumidores”, y que “cuando los riesgos permanezcan ocultos y no puedan ser percibidos por los consumidores, los fabricantes quedan gravados con un ‘deber de advertir o informar’ de los peligros que el producto en cuestión genere”. Así, el fabricante no responderá “si los riesgos que genera su elección [al diseñar el producto] eran razonablemente manifiestos para cualquiera, o no siendo manifiestos, habían sido objeto de las advertencias adecuadas”. De ese modo, “la responsabilidad se traslada del ámbito del diseño al de las informaciones, con lo que se consigue establecer un modelo de responsabilidad racional para las elecciones conscientes de diseño, sin que por ello deban elaborarse estándares independientes”.

<sup>27</sup> N. REICH (“L’ introduction de la directive en RFA”, en *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, dir. por GHESTIN, Paris, 1987, p.155) y U. CARNEVALLI (*La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 294).

2. Pero también se ha señalado<sup>28</sup> que esa tendencia a centrar el debate en el aspecto de la presentación del producto puede resultar peligrosa, por cuanto puede inducir al empresario a optar por “trasladar” los riesgos del servicio hacia el ámbito de control del usuario mediante una información escrupulosa que supla, a bajo coste, las deficiencias intrínsecas de seguridad del servicio<sup>29</sup>. Por ello, si la seguridad de un producto puede hacerse depender de las informaciones en el caso de riesgos intrínsecos e inevitables según la naturaleza del servicio, o en los servicios de funcionamiento o uso complejo, y en los servicios novedosos, de cuyos riesgos soportables por el usuario no esté el público aún suficientemente advertido, en otros casos se podrá esperar legítimamente del servicio, con independencia de las instrucciones o advertencias, un nivel mínimo de “seguridad intrínseca”.

El debate sobre las alternativas entre concepción más segura del servicio o mayor información sobre los riesgos no neutralizados con medidas de seguridad es interesante, y expuesto a una casuística impredecible<sup>30</sup>. La medida en que se permita más o menos margen de elección para suplir con informaciones los defectos intrínsecos de seguridad es, en realidad, más política que jurídica. A mi juicio, y en coherencia con el núcleo de la noción “seguridad que legítimamente cabe esperar”, ese margen debe ser amplio, pues efectivamente, a cambio de precio, y dentro de ciertos límites, el servicio puede presentarse como más seguro o como menos seguro; pero a condición de que la información sea *adecuada y suficiente, proporcionada* a la entidad del riesgo del que se trata de advertir, y *adaptada* a las categorías de usuarios especialmente expuestas a sufrir el daño que se trata de evitar. No es, pues, tanto, el difícil análisis de la eficiencia (relación entre coste y eficacia) de la medida de seguridad no adoptada y suplida con una información o advertencia, como la *eficacia* de la información suministrada lo que importa. Siempre en mi opinión, el límite está en que dada la naturaleza del riesgo de

---

<sup>28</sup>SOLÉ, *op. cit.*, pp. 696 y ss., y referencias que allí aparecen.

<sup>29</sup>SOLÉ previene de que las advertencias o informaciones se conviertan en “*el mecanismo más barato de prevención del riesgo, aun cuando no fuera ésta la solución más eficiente*” (p. 696)

<sup>30</sup>Una vez más, y quizás ya resulte abusivo, me permito servirme de lo dicho por SOLÉ (*op. cit.*, pp. 693 y ss.) quien categoriza varios supuestos en los que la alternativa de suministrar información como medio de garantizar la seguridad [del producto] se presenta como razonable: (a) en los casos de riesgos inevitables o ineliminables; (b) en el caso de riesgos evitables, pero cuya eliminación resulta económicamente irrazonable o desproporcionado, y por tanto inexigible; (c) productos seguros para la generalidad de consumidores (los cuales, por tanto, pueden comercializarse legítimamente tal cual), pero inseguros para un concreto grupo de consumidores socialmente reconocido, especialmente predispuesto a ciertos riesgos (p. ej., alérgicos); (d) productos seguros en condiciones normales de utilización, pero inseguros para usos anormales, pero razonablemente previsibles; y (e) defectos de seguridad que el fabricante conoce después de diseñado el producto.

que se trate, sea claramente irrazonable trasladarlo (mediante advertencias) al usuario, por estar éste en peores condiciones de evitarlo o prevenirlo con eficacia. Es decir: si la opción por advertir en vez de prevenir supone simplemente una mayor “incomodidad” para el usuario, estará justificada, con tal de que la información se valore como suficiente y eficaz; en cambio, si esa opción supone poner en manos objetivamente inadecuadas (la del usuario) la seguridad del servicio, el servicio podrá considerarse defectuoso aún en el caso de que por virtud de una información suficientemente expresiva se hubiera hecho saber al usuario que su seguridad dependía de él.

En la práctica judicial, con todo, la “información” sobre aspectos relativos a la seguridad de los servicios no va a plantear el problema de si es adecuada como medida sustitutiva de la seguridad “intrínseca” del servicio, sino que más bien, producido el daño, será fácil que se identifique una falta de información que habría sido fácil de suministrar y que, al no haberse dado, permita calificar sin más al servicio como inseguro, sin necesidad de valorar qué alternativas habrían sido o no posibles en el momento del diseño o concepción del modo de prestación del servicio.

3. La “suficiencia” o “adecuación” de la información requerirá una valoración judicial que deberá ponderar a veces factores complejos. Es claro que la jurisprudencia no deberá fomentar una información rutinaria o tendencialmente exhaustiva, sino más bien una “economía de la información”, en la que su intensidad sea proporcional a la entidad de los riesgos de que se trate, así como a la previsible conciencia o inconsciencia de los usuarios sobre tales riesgos. Además, en el caso de los servicios, a diferencia de lo que ocurre con los productos, la eficacia, intensidad y adecuación de la información puede modularse de manera más flexible, por cuanto en la generalidad de los casos habrá un contacto entre prestador de servicios y usuario en el momento de la prestación, por lo que se pueden disponer sistemas de advertencia en función de las características personales del usuario.

### III.3.5. *La conducta normalmente previsible del usuario.*

1. En el ámbito de la responsabilidad por productos, una de las circunstancias que deben valorarse para determinar si el producto presenta o no un defecto de seguridad es el “*uso razonablemente previsible del mismo*”(art. 3.1 Ley 22/1994). Ello significa que la mirada no sólo debe dirigirse al producto y a sus cualidades y características intrínsecas, sino también a la conducta del perjudicado. El producto debe estar diseñado para ofrecer una seguridad razonable y suficiente en condiciones normales de uso, pero también en condiciones anormales, cuando sean “razonablemente previsibles”. No toda anormalidad de uso, pues, atribuye todo el riesgo a la víctima: sólo aquellos usos atípicos que no sean “razonablemente” previsibles<sup>31</sup>.

2. Con relación a los servicios, la seguridad legítimamente esperable deberá también ceñirse con este criterio, en los casos en que el usuario del servicio no sea un mero receptor pasivo del mismo, sino que más bien se trate de la “puesta a disposición” para una actividad del usuario o, al menos, un servicio de carácter interactivo, en el que el usuario pueda influir sobre el desarrollo de la actividad. En el primer caso, todo dependerá de cómo el servicio esté diseñado y cómo se preste o ejecute, por lo que la conducta del usuario será irrelevante a los efectos de medir la seguridad ofrecida; en cambio, en los otros casos, la eventual causación de un daño puede derivar tanto del servicio en sí, sus elementos, instalaciones o personal, como de la conducta del usuario. Obviamente, en esos casos deberá proyectarse esa doble mirada. Si la conducta de la víctima ha incidido *causalmente* en la producción del daño, deberá a continuación valorarse si dicha conducta era o no razonablemente previsible, y si los riesgos añadidos por esa conducta “anormal” o impropia habrían debido ser cubiertos con medidas de seguridad o informaciones eficaces.

Aquí es donde se manifiesta muy a las claras la peculiaridad del “defecto de seguridad” como criterio de imputación de la responsabilidad: el usuario puede confiar en unos mínimos de seguridad del servicio, y el empresario de servicios puede confiar,

---

<sup>31</sup>Repárese, por cierto, en que este uno de los “segmentos” de valoración culpabilística de la conducta del fabricante que subsisten en la Ley 22/1994: la “razonabilidad” de la previsión de uso anormal conlleva la exigencia de un comportamiento diligente en el momento de la concepción o diseño del producto: el fabricante no sólo ha de ofrecer seguridad suficiente para el uso propio o típico, sino que “diligentemente” tiene que ampliar el margen de seguridad hasta abarcar otros usos, menos típicos, pero previsibles. *Cfr.*, en el mismo sentido, RODRÍGUEZ LLAMAS, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Cizur Menor, 2002, p. 173.

al concebirlo, que el usuario no expondrá su seguridad a riesgos que vayan más allá de lo razonablemente previsible; dicho de otro modo, el usuario deberá ajustar su conducta a los márgenes de seguridad esperables, teniendo claro que éstos no son absolutos, y el empresario de servicios deberá concebir y prestar el servicio teniendo presente la posibilidad de conductas anómalas de los usuarios. Hay un cruce de “expectativas” que demarca de manera flexible la noción de defecto de seguridad: la seguridad (no total) que puede esperarse, y el uso (no siempre normal) que puede preverse. El carácter “inseguro” o defectuoso del servicio se irá atenuando a medida que el uso del mismo sea más anómalo, y se irá en cambio afirmando en la medida en que el daño se produzca “en el correcto uso” (como dice el artículo 28 de la LGDCU) del servicio. La frontera entre defecto de seguridad y comportamiento anormal del usuario no es, obviamente, nítida, y la concreción de ese nivel de seguridad y de esa gama de usos anormales previsibles sólo puede hacerse en sede jurisprudencial, y por tanto en el entorno dialéctico del proceso civil presidido por el principio de contradicción. En no pocos casos, el empresario demandado intentará convencer de que el daño encuentra su causa eficiente en la conducta de la víctima, y que el servicio por tanto no adolece de defectos de seguridad, mientras que el perjudicado dirá que aunque su conducta acaso pueda calificarse como torpe, anómala o irregular, era previsible por estadísticamente probable, de tal modo que el servicio debió haberse prestado en condiciones de mayor seguridad<sup>32</sup>. El riesgo es que la flexibilidad de este doble juego entre seguridad esperable y uso anormal previsible acabe sirviendo como continua invitación al

---

<sup>32</sup>La manera normal de lanzarse a una piscina es desde el bordillo o bajando por la escalerilla, y no subiéndose a los barrotes o barandilla de la escalerilla; pero si un adolescente lo intenta de ese modo anormal, y el carácter deslizante de esos barrotes hace que el muchacho pierda el equilibrio y sufra lesiones por caída, podrá reclamar responsabilidad al empresario titular de la piscina (seguramente con reducción de la indemnización por “culpa concurrente”) por cuanto su anormal comportamiento era razonablemente previsible: una familia, al diseñar su piscina, puede despreciar ese riesgo, por confiar en que su propia vigilancia y advertencias impedirán ese uso, o porque estadísticamente será difícil que el posible accidente se convierta en realidad; pero el empresario de la piscina pública debe eliminar de la instalación ese factor de riesgo (y, por ejemplo, instalar una escalerilla sin material deslizante) porque el carácter masivo de la prestación del servicio multiplica el riesgo de que ello suceda, sin que desde luego pueda calificarse la conducta como imprevisible. Por seguir en la piscina, si a altas horas de la noche un amigo en estado de embriaguez empuja a otro, también bebido, por bromear, para que caiga en la piscina, estará teniendo un comportamiento impropio o inadecuado, y si el amigo fallece ahogado, sin duda alguna en la causa del fallecimiento cobra especial relevancia el empujón; pero si se trata de una piscina con local para tomar copas, y no se ha impedido eficazmente el acceso a esas horas de la noche al recinto de la piscina, no se puede decir que las condiciones de seguridad de la piscina sean las adecuadas, por cuanto es razonablemente previsible que jóvenes beberán y, en estado de disminución de facultades físicas, bromearán al borde de la piscina. Un área infantil de juegos ha de diseñarse, naturalmente, en condiciones de seguridad que cubran comportamientos anómalos e incluso violentos de niños. El modo de conducción de un metro urbano ha de contar con que con cierta frecuencia los viajeros apurarán al máximo el momento de entrar o salir, incluso después de oída la señal que anuncia el cierre de puertas, pero no es tan razonablemente previsible que un amigo empuje a otro a la vía cuando va a llegar el tren.

impreciso y salomónico expediente de la moderación de responsabilidad por “culpa concurrente”, lo que casi siempre dejará tranquila la conciencia del juez, pero unas veces será un excesivo alargamiento de la responsabilidad, y otras un indebido recorte de la indemnización<sup>33</sup>.

3. Conviene, en todo caso, distinguir nociones que de ordinario se usan sin rigor. El “uso imprevisible” no es exactamente la “culpa exclusiva de la víctima” como causa de exoneración, sino un factor de delimitación del hecho constitutivo de la responsabilidad (servicio que no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar). No es fácil imaginar un uso anormal e imprevisible que no vaya a calificarse como culpa exclusiva de la víctima, pero, en cambio, sí encontraremos supuestos en que una conducta anormal previsible, e incluso prevista, sea culpa exclusiva de la víctima, por cuanto el daño no se haya debido a la falta de previsión del empresario de servicio de ese anormal uso, sino a que el usuario ha eludido voluntariamente las medidas de prevención y seguridad “razonables” que el empresario había dispuesto para tal eventualidad. Por otro lado, la culpa de la víctima no es lo mismo que la asunción del riesgo por el perjudicado: la culpa exclusiva requiere un comportamiento anormal, impropio, que como tal, valorado *ex ante*, suponga un relevante incremento del riesgo; la asunción del riesgo es una noción que más bien resulta útil con relación a comportamientos normales y típicos, que no suponen un incremento del riesgo, sino la aceptación del que de entrada ya existe. La culpa de la víctima es una causa de exoneración (hecho impositivo); la asunción del riesgo delimita “desde dentro” el hecho constitutivo: por hipótesis, en los casos de asunción del riesgo, el servicio ha ofrecido la (no total) seguridad que cabía esperar.

---

<sup>33</sup>El artículo 3:106 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* constituye, por la generalidad en que está redactado, toda una invitación a esa tendencia a un uso desorbitado de la moderación de la responsabilidad por culpa concurrente de la víctima: dicho artículo se titula “Causas inciertas en la esfera de la víctima”, y dice así: “*La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera*”. Como concreción, y en términos también deliberadamente generosos para el ámbito de discrecionalidad judicial, el artículo 8:101 [Conducta o actividad concurrente de la víctima] establece que “*Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño*”.

Bien se comprende que la delimitación de estas figuras requiere una reflexión especialmente atenta, y que el acierto en su comprensión puede ser clave para el sistema de responsabilidad civil del empresario de servicios. También creo que puede decirse que no es una materia suficientemente estudiada en la doctrina<sup>34</sup>.

### III.3.6. *La magnitud o intensidad del daño.*

La delimitación entre la seguridad legítimamente esperable y el ámbito de riesgos asumidos por el usuario no sólo es de trazo fino, sino que admite una gradación en función de la intensidad del daño finalmente sufrido. Asumir un riesgo de daño no es asumir todo el riesgo. Existen servicios que por su naturaleza exponen al usuario a ciertos daños que sólo son admitidos porque pueden considerarse insignificantes o no demasiado relevantes en relación a la utilidad esperada del servicio, unido a la escasa probabilidad de su acaecimiento. Cuando el resultado es la muerte o una lesión muy grave, podrá haber existido culpa (exclusiva o no) de la víctima, pero es más difícil pensar que el usuario haya asumido tal riesgo. Ello será así en los casos de actividades de peligrosidad extrema en los que tal riesgo es realmente evidente (un encierro taurino podría ser -mientras no llegue el momento en que se prohíban- el ejemplo más claro). En otras muchas actividades no bastará al empresario de servicios con alegar que la actividad comporta un riesgo intrínseco y claramente advertible, si el daño sufrido excede del que puede considerarse “consecuencia normal de tal actividad”<sup>35</sup>.

## IV. Las causas de exoneración.

---

<sup>34</sup>Merece al respecto una mención el más reciente trabajo sobre el particular, con pretensión de generalidad: MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, 2003. Intuitivo e interesante fue el trabajo de RODRÍGUEZ MARÍN, “Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa”, *Revista de Derecho Privado*, 1992, pp. 113 y ss.; y más analítico, el de SOLÉ FELIU, “La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 867 y ss.

<sup>35</sup>En el ámbito de las atracciones de feria ha sido utilizado de manera expresa este criterio: así, la SAP Toledo 20 abril 1998 admite como “*riesgo implícito*” de una atracción una fractura ósea, porque “*no supone un efecto exorbitado o absolutamente extraño al hecho de ser arrojado bruscamente contra unas colchonetas en unión de otras personas*”. En cambio, pero por la misma lógica, para la SAP Avila 21 noviembre 2002 la magnitud del daño fue considerada como evidencia de su inesperabilidad, y por tanto de que no se trataba de un riesgo asumido. “*El riesgo asumido por el usuario incluye contusiones o arañazos, pero no salir gravemente herido, porque de lo contrario nadie accedería a esta distracción*”.

1. Los sistemas -o subsistemas- de responsabilidad civil que parten de una asignación *a priori* de un riesgo a determinada persona suelen volcar los matices sobre el plano de las causas de exoneración o hechos impeditivos de la responsabilidad. Incluso la doctrina jurisprudencial de la presunción de culpa, de manera más imprecisa, otorgó en los pleitos sobre responsabilidad civil el protagonismo a nociones como la culpa de la víctima, el caso fortuito, la fuerza mayor, aunque también a la “diligencia exigible”, que es una noción tan escurridiza como su envés, que es la negligencia. Los tribunales insistieron mucho durante un tiempo en que la presunción de culpa, aunque *iuris tantum*, estaba “blindada” por cuanto para su destrucción no bastaba con probar la diligencia, sino un muy exigente nivel de exigencia, de tal modo que en realidad, fundamentalmente en el ámbito de la actividad de empresa (aunque también, sorprendentemente, en el ámbito de la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores de edad<sup>36</sup>), la prueba de esa diligencia exigible se disolvía en la prueba de las causas típicas de exoneración (caso fortuito, culpa de la víctima, fuerza mayor). De una u otra manera, se tiende a una distribución de cargas procesales entre demandante y demandado que sirva para ordenar el debate: hechos constitutivos de la responsabilidad y hechos impeditivos.

2. En materia de responsabilidad civil por productos defectuosos y -según el planteamiento que defiende- de responsabilidad civil del empresario de servicios, el hecho constitutivo es una noción que no está, como hemos visto, ni mucho menos, exenta de matices. El hecho constitutivo es el defecto de seguridad y la relación de causalidad (material) entre ese defecto y el daño; y ya hemos visto que ese defecto de seguridad no comporta una asignación “automática” de un círculo definido *a priori* de riesgos o de daños posibles, sino que es una noción de alto componente valorativo, para cuya apreciación deben tenerse en cuenta no pocas variables y circunstancias. Calificar el daño como expresión de un defecto de seguridad o como concreción del riesgo asumido por el usuario forma parte de ese primer nivel procesal, es decir, del hecho constitutivo. Dicho de otro modo: la adscripción del daño al ámbito de riesgos asumidos

---

<sup>36</sup>Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación ... cit.*, pp. 104 y ss. y GÓMEZ CALLE, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en *Tratado de responsabilidad civil*, cit., coord. por REGLERO, pp. 1.110 a 1.114.

por la víctima no es, técnicamente, una causa de exoneración<sup>37</sup>: si el daño es materialización del riesgo asumido, no hay defecto de seguridad. Por ello, el juez puede desestimar la demanda aunque el demandado no alegue ni pruebe nada: le bastará con valorar que el demandante no ha acreditado que haya un defecto de seguridad, puesto que el riesgo de que es expresión el daño sufrido debió haber sido asumido al usar el servicio.

Ya dijimos, de todas formas, que una de las principales ventajas del criterio de imputación propuesto es que el hecho constitutivo no se hace depender de una complicada apreciación técnica, necesitada con frecuencia de informes periciales, sobre el modo de diseño o prestación del servicio, sino que se construye desde la perspectiva de la víctima, es decir, desde una razonable percepción de si el daño sufrido era o no esperable. No es poca cosa. Es un criterio no tan simplón como el de concebir la mera causalidad material como hecho constitutivo, y por tanto, una vez superado ese primer grado, es decir, una vez acreditado el defecto de seguridad y su relación de causalidad con el daño, estamos casi al final del camino, y no al principio del desordenado mundo de preguntas que, más que causas típicas de exoneración, suponen un volver a empezar a discutirlo todo.

También dijimos que las causas de exoneración contempladas por la Ley 22/1994 para la responsabilidad civil del fabricante no son directamente transplantables al ámbito de la responsabilidad civil del empresario de servicios: primero, porque no sirve la noción de “puesta en circulación” del producto, que suministra la base de alguna de ellas; y segundo porque los equilibrios económicos y financieros necesarios para la sostenibilidad del sistema no tienen por qué ser iguales en un ámbito y en otro, de tal modo que si en un ámbito se ha valorado como posible y razonable que sólo en casos de imprevisibilidad del daño (*riesgos del desarrollo*) esté exento el fabricante de cargar con las consecuencias de no haber prevenido el daño no esperable por la víctima, podría ser que en el ámbito de la prestación empresarial de servicios fuese aconsejable permitir al empresario exonerarse mediante la prueba de la inviabilidad económica de la medida de seguridad que habría evitado el daño previsible.

---

<sup>37</sup>En contra, el apartado d) del artículo 7:101 [Causas de exoneración] de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*] incluye como tal el que hecho de la víctima haya asumido el riesgo de resultar dañada.

3. No hay dudas de que culpa exclusiva de la víctima y fuerza mayor serán causas de exoneración, como en cualquier otro supuesto de responsabilidad. Tampoco hay duda de que tales circunstancias nunca se presumen, y han de ser “cumplidamente” alegadas y probadas por el demandado. No debería haber dudas de que culpa exclusiva de la víctima no es cualquier comportamiento anormal o inadecuado de la víctima, sino aquél que no pudo ser razonablemente previsible por el empresario de servicios, o aquél que, habiendo sido previsto y habiéndose adoptado las razonables medidas de prevención, éstas han sido eludidas o superadas por la intensidad de la anormalidad del comportamiento del usuario; y que fuerza mayor no es cualquier circunstancia coadyuvante causalmente para la producción del daño, sino una circunstancia completamente extraña al ámbito de control del empresario que *desvía* el curso causal de los acontecimientos, conduciéndolos hacia el daño. La sinergia de elementos o factores no es fuerza mayor, sino, todo lo más, caso fortuito, cuyo carácter exonerador es menos evidente: en su modalidad de “riesgos del desarrollo” parece que todas las razones conducen a no darles un tratamiento demasiado diferente al que les da la ley en el ámbito de los productos.

4. El gran debate, a mi juicio, ha de estar en si, habiéndose causado un daño con el que razonablemente no pudiera contarse por el usuario del servicio, se admite o no como causa de exoneración la prueba de no ser razonablemente exigible al empresario un modo de prestación del servicio que hubiera evitado la producción de ese daño. Dicho en términos tradicionalmente usados por la jurisprudencia, si prueba un comportamiento empresarial normalmente diligente. Dicho en términos de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, si prueba que ha cumplido con “estándar de conducta exigible”<sup>38</sup>, es decir, “*el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias*”, y que se hace depender de “*la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, (...) así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos*

---

<sup>38</sup>Apartado (1) del artículo 4:202 [Responsabilidad de la empresa]

*alternativos*<sup>39</sup>. Dicho, por último, en términos de la jurisprudencia norteamericana, si prueba que las medidas adicionales de seguridad no empleadas no superan el *risk-utility test.*, conforme al cual un producto (en nuestro caso, un servicio prestado en el marco de una actividad organizada empresarialmente) es inseguro o defectuoso si el peligro que genera es superior a su utilidad social o económica; o si el peligro podía haberse evitado mediante la incorporación de una mejora *a un coste razonable*”, es decir, si se prueba que existían alternativas menos arriesgadas con coste o merma de utilidad razonables)<sup>40</sup>.

La introducción o no de esta causa de exoneración, en unos términos u otros, condiciona en buena medida los resultados finales de optar por el criterio de imputación que hemos propuesto en esta reflexión. Pero hemos de detenernos aquí. Es, entiendo, una opción que no puede ir decantándose jurisprudencialmente, sino más propia del momento legislativo, porque no sólo pone en juego técnica jurídica y valoración de los matices del caso, sino intereses generales.

Una consideración fácil de hacer, pero no por ello necesariamente equivocada, induce a excluir esta causa de exoneración en el ámbito de los servicios prestados empresarialmente y causantes de daños a la vida, a la salud, o a la integridad corporal de los usuarios. La introducción *empresarial* (es decir, en el marco de una actividad orientada a obtener un beneficio económico) de riesgos con los que razonablemente no ha de contar la víctima ha de poner a cargo del empresario los daños causados por los defectos de seguridad, y la valoración sobre la “rentabilidad” o, incluso, “sostenibilidad” económica de adoptar unas medidas de prevención u otras, de contratar más o menos personal, de utilizar materiales o instrumentos más o menos perfeccionados, etc., debe constituir, más que un factor determinante de si se responde o no, un “cálculo empresarial” determinante de decisiones internas de asignación de recursos, es decir, sobre si se invierte en seguridad, con ahorro del coste de indemnizaciones, o se asume el coste de las indemnizaciones (y pólizas de seguro) con ahorro de gastos de seguridad. La eficiencia del servicio no puede ser un criterio para

---

<sup>39</sup>Apartado (1) del artículo 4:102 [Estándar de conducta exigible]

<sup>40</sup>Cfr. SOLÉ FELIÚ, *El concepto de defecto...*, cit., pp. 132 y ss. y la enumeración de factores y variables a tener en cuenta en dicha valoración, de la mano de John W. Wade (“*On the Nature of the Strict Liability for Products*”, 44 Miss. L.J. 825 (1973), pp 837-838, allí citado. Cfr., también, MARCO MOLINA, “La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico ...”, cit., pp. 95 y ss.

atribuir la responsabilidad, sino una preocupación del empresario por encontrar el modo óptimo de prestación del mismo.

En todo caso, aún si razones políticas y económicas aconsejasen limitar, vía causas de exoneración, la responsabilidad del empresario de servicios por daños causados por falta de la seguridad que legítimamente pueden esperar los usuarios, no debería tipificarse una causa de exoneración en términos vagos y abiertos, como “diligencia razonablemente exigible”, o similares, pues ello abriría, a mi juicio, una grieta por la que se derramarían todas las ventajas pretendidas con el criterio de imputación que se propone. Distinto es que se permita una exoneración por acreditar que el daño producido sólo sería evitable con medidas de seguridad (o, en su caso, informaciones) que fuesen “mucho más allá” de la diligencia exigible al empresario más eficiente, o que redujesen de manera “claramente desproporcionada” la utilidad propia del servicio. En esos casos excepcionales podría ser razonable que, a pesar de que el servicio no haya ofrecido la seguridad que legítimamente cabía esperar del mismo (puesto que el usuario del servicio ha sido víctima de un daño con el que no tenía por qué contar ni del que tenía que precaverse especialmente), no se haga responsable al empresario.