

XVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SANITARIO

LAS DEMANDAS COLECTIVAS (RESARCITORIAS) EN EL SECTOR SANITARIO. ASOCIACION DE CONSUMIDORES versus ASOCIACIONES DE PACIENTES (Convergencia, identificación y régimen jurídico)

FERNANDO LACABA SANCHEZ

Magistrado

Presidente de la Audiencia Provincial de Girona

Comienzo la exposición de esta ponencia de carácter general, con algunas reglas “gravadas a fuego” por la Corte Federal Argentina, que son perfectamente trasladables a nuestro ordenamiento por pertenecer a la filosofía del derecho. No olvidemos que las presentes Jornadas vienen a abordar un tema candente y de actualidad, cual es la relación existente entre Medicina y Derecho.

- **Interpretación dinámica**

“Frente a los nuevos problemas provocados por la irrupción de la empresa con gran poder económico en la vida social y la consecuente amenaza de los derechos del individuo, la Constitución protege al ciudadano de una defensa lenta y costosa; la ley no debe ser interpretada históricamente, sino teniendo en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad”

(in re "Kot", 5*9*58, Fallos 241:291).

- **A un derecho, un remedio procesal**

“Si existe un derecho debe existir un remedio legal para hacerlo valer porque las garantías constitucionales existen por el solo hecho de estar en la Constitución, independientemente de

su regulación legal. La ley puede imponer límites pero no puede obstaculizar la vigencia efectiva de las garantías”

(Fallos: 239:459; 241:291 e 315:1492).

- **A un remedio procesal, un resultado eficaz**

“El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.”

(CSN, 20/6/2006, Mendoza c/Pen y otros).

- **El derecho de defensa, núcleo duro**

“ La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual del derecho que la Constitución protege como derivación de la tutela de la propiedad, el contrato, la libertad de comercio, el derecho a trabajar, etc.

La interpretación debe estar en armonía con el derecho de defensa para que un individuo no sufra perjuicios por efecto de un proceso en el cual no ha participado “.

(Fallos: 211:1056 y 215:357).

- **Legitimación e individualización de la pretensión**

La jurisprudencia de esta Corte relativa a la legitimación tiene en cuenta las diversas calificaciones jurídicas; por lo tanto, para dar seguridad jurídica, es necesario identificar en forma precisa y clara el “petitum”.

(CSN "Mujeres por la Vida *filial Córdoba* c/ E.N. *P.E.N.* M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo" * CSJN *31/10/2006, LL 2006*F*462 y JA 2007*I*19; CSN 24/2/2009 'Halabi, Ernesto c/ P.E.N. * ley 25.873 * dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986').

ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL DAÑO SANITARIO.

* A veces, se exterioriza lentamente (problemas relativos a la prueba de la relación de causalidad)

* Desconoce las fronteras entre el Estado y las Comunidades Autónomas (problemas de competencia)

* Afecta directamente a la salud (un derecho fundamental)

* Afecta el futuro físico y psíquico de las personas, a veces, en forma irrecuperable (intereses colectivos y difusos).

* La reparación puede ser imposible.(indemnización sustitutoria)

* El enjuiciamiento requiere de conocimientos técnicos y reglas "ad hoc", de modo que el Juez puede ser ajeno al "modus operandi" del colectivo sanitario. (problemática de la especialización y de la posible necesidad de una norma específicamente médica)

*Puede producir muchas víctimas:

- Muchos procesos para una sola causa dañosa
- Dispendio jurisdiccional y del damnificado.
- (intereses individuales homogéneos)

PACIENTES versus CONSUMIDORES.

A modo de ver, la llamada "juridificación del acto médico", que está latente en estas Jornadas, exige de las siguientes consideraciones previas:

¿Son los pacientes meros consumidores?

¿El acto médico es equiparable a una transacción comercial?.

¿La medicina puede ser tratada como una mercancía?

La asistencia médica, después de todo, es un área en la cual las decisiones cruciales — decisiones de vida o muerte— deben tomarse. E incluso tomar decisiones inteligentes requiere una gran cantidad de conocimiento especializado. Además, esas decisiones se deben tomar a menudo bajo condiciones en las cuales el paciente está incapacitado, bajo tensión severa, o necesita una acción inmediata, sin tiempo para la discusión, y mucho menos para hacer comparaciones. Por eso existe la ética médica.

La idea de que todo esto pueda reducirse al dinero, que los médicos sean meros "proveedores" que venden servicios de atención sanitaria a "consumidores", es cuanto menos cuestionable.

El cambio producido en el destinatario de los servicios de salud, pasando de ser un paciente, entendido como sujeto tutelado por un médico que le asiste, le diagnostica y le prescribe, a un mero sujeto que puede decidir rechazando el tratamiento médico aconsejado, no dando su conformidad al consentimiento para ser intervenido o eligiendo al médico que más le guste a través de los sanidad privada o seguro asistencial privado, ha supuesto el nacimiento de demandas en exigencia de responsabilidad por el acto médico, que antaño eran impensables y que ahora se ven como algo normal y de la misma manera que si el coche que compramos no nos satisface por problemas mecánicos o de otra índole y reclamamos frente al vendedor o fabricante, se demanda al médico si el resultado obtenido, aun siendo predecible e incluso, previsible, no nos satisface.

La sociedad moderna exige la reparación de todo tipo de daño y, entre ellos, es sanitario. Lejos quedan las palabras del Dr. Gregorio Marañón cuando decía que frente a los errores de la medicina y del médico el paciente debía aguantarse y resignarse.¹

¹ G. Marañón: "La responsabilidad social del médico". Vocación y ética: "El enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma"

Esto es un síntoma de algo mucho más profundo que Paul Krugman, premio Nobel de economía del 2008, ha identificado y tema sobre el que ha redactado varios artículos para el New York Times. Últimamente publicó dos comentarios cortos sobre dos temas cruciales en relación al sistema de salud, que condensó en una inteligente editorial ayer: *“Los pacientes no son consumidores”*.

El problema que aborda es el de la libertad de decisión. En su comentario establece que, debemos elegir entre opciones, y Krugman identifica dos cuestiones esenciales sobre la forma de organizar el sistema de salud en los tiempos que corren. Defiende los paneles que propone Obama, ya que reconoce la necesidad de racionar los recursos en salud. Dice que para limitar los gastos excesivos en salud, lo primero es aprender a decir “no”. Un sistema de salud que no aprende a decir “no” se caerá sobre el propio peso del gasto que genere. Especialmente un sistema donde existe un incentivo financiero enorme a favor del exceso de cuidado, como en Estados Unidos. Una realidad no muy alejada de lo que se vive en el sector público del sistema de salud español que, presenta, también un exceso de gasto porque, a mi juicio, se cometen excesos que van en contra de las recomendaciones de cuidado que imponen el sentido común y la evidencia científica cuando determinan los mejores ‘estándares de cuidado’.

Para Krugman, los que hablan de ‘consumidores’ y quieren armar un sistema de salud que responda mejor a la ‘demanda de los consumidores’, han perdido el rumbo. Pretenden rebajar la relación médico-paciente a una simple transacción comercial. Como si fuera lo mismo que comprar un auto, o un par de zapatos. ¿Cuál es el problema de convertir el sistema en un sistema orientado al consumidor?. Krugman argumenta que sobran ejemplos del fracaso de los sistemas orientados al consumidor. Toma como ejemplo al sistema estadounidense: es el sistema más orientado al consumidor del mundo. Es cierto que logran buenos estándares de salud según los indicadores. Pero cuando se los compara con otros países, hay muchos países que logran buenos estándares, pero con un gasto mucho menor. Refleja el nivel de despilfarro y de exceso de gasto en salud que existe en EEUU y por ello, Krugman sostiene que la tendencia a ‘comercializar’ sería lo más nefasto que puede ocurrir desde la óptica de la economía en salud. Porque a eso tiende el modelo basado en el consumo: el médico como un

simple burócrata que extiende recetas para lo que el paciente pide, lo necesite o no. Un vendedor de prácticas y técnicas que nada tiene que ver con el verdadero cuidado de la salud.

Como ha puesto de manifiesto A. J. Jovell,², los resultados de los estudios realizados y la mayor parte de la bibliografía revisada, evidencian dos grandes tendencias: En primer lugar, la aparición de un nuevo modelo de paciente-ciudadano que se quiere responsabilizar de su salud y la de su familia, y para ello adopta una conducta de consumidor de servicios en relación a la provisión sanitaria. En segundo lugar, los usuarios y los pacientes manifiestan tener una gran confianza en la profesión médica como agente principal del sistema. Esta confianza es superior a la depositada en otras profesiones sanitarias y se mantiene a pesar de las quejas en torno a la atención sanitaria recibida. En este sentido, las iniciativas de asociacionismo y de alfabetización sanitaria pueden contribuir a preparar a los pacientes y a los profesionales a confrontar los diferentes cambios que se están produciendo en los sistemas sanitarios modernos y a facilitar la transición política del Estado a la sociedad del bienestar.

LA IRRUPCION DE LA NORMATIVA DE CONSUMO EN EL AMBITO SANITARIO

Una de las cuestiones que preocupan en la actualidad con mayor intensidad a los responsables gubernamentales de los estados desarrollados, es la relativa a la seguridad del paciente, y ello máxime en un sistema jurídico en los que, como el español, se garantiza el carácter universal de los accesos a los servicios sanitarios con criterios de equidad e igualdad territorial, y, por lo tanto, el acceso público a dichas prestaciones, como derivación del derecho constitucional a la protección de la salud, proclamado en el artículo 43 y si a ello se añade la incorporación a los principios rectores de la política social y económica de la defensa de los consumidores y usuarios, prevista en el art. 51.1 de la Constitución Española (CE), tenemos como resultado el nacimiento en nuestro actual ordenamiento jurídico todo un régimen legal destinado a dar respuesta a una realidad social que, desde hacía tiempo, era innegable: la configuración económica de nuestra sociedad hizo aparecer una nueva categoría de ciudadano, de agente económico, esto es, el consumidor, que, por encontrarse en una situación de inferioridad en relación a los proveedores de los bienes y de los servicios,

² Director General Fundació Biblioteca Josep Laporte. Facultat de Medicina. Universitat Autònoma Barcelona

precisaba una protección especial y un reconocimiento de la legitimidad de la defensa de sus derechos e intereses, incluido, claro está, el servicio sanitario.

Desarrollo de las previsiones constitucionales es el conocido Real Decreto Legislativo 1/2007 que recoge el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuya razón de ser, no debe olvidarse, es la existente entre “empresario” y “consumidor”.

Como señala Jorge Tomillo Urbina³, dicha legislación considera empresario, en su art. 4, “a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”. En este amplio concepto, encajaría, para dicho autor, la sanidad, tanto pública como privada, resultando por ello de aplicación al paciente la protección jurídica de la propia norma. De otro lado, el principio de protección prioritaria en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, positivado en el art. 9 del Texto Refundido, exige que, para tal clase de bienes o servicios, los poderes públicos desplieguen una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios. La cuestión estriba en determinar el concepto de “bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”, y el Anexo I del RDL 1507/2000, cita entre otros a “medicamentos y productos sanitarios, servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”⁴.

Por ello, dice Tomillo Urbina, si partimos de la premisa de la consideración jurídica del paciente como consumidor, el abanico de posibilidades protectoras del art. 9 resulta atractivo y de este modo, si en las reclamaciones patrimoniales derivadas de relaciones verticales entre un empresario y un consumidor debe aplicarse el principio “pro consumitore”, cuando esta relación sea de consumo, y la sanitaria lo es, es preciso de “lege data” una protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio sanitario y así, deben resaltarse dos cuestiones: a) la aplicación a los servicios sanitarios del sistema de responsabilidad objetiva del actual art. 148 TR, anterior art. 28 de la Ley 26/1984, y b) la

³ (“La paridad posicional en el ámbito sanitario”). La protección Jurídica del paciente como consumidor Aranzadi

⁴ RD que actualiza los catálogos de uso o consumo a efectos de la LGCyU.

aplicación de dicha legislación al ámbito de la publicidad sanitaria, particularmente al régimen sancionador previsto en el art. 8.6 de la Ley 34/1988 General de Publicidad en concurrencia con otras disposiciones sancionatorias administrativas.

Es en este ámbito en el que puede encontrar acomodo el ejercicio de las acciones colectivas y buena muestra de ello son las siguientes Sentencias que se comentaran al final del presente trabajo.

LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Hablaremos de acciones colectivas porque mediante ellas se pretende proteger intereses de una colectividad difícil de determinar (intereses difusos) o porque se pretende proteger intereses colectivos de sujetos determinados o fácilmente determinables pero se les facilita la actuación conjunta (intereses colectivos).

Como ha dicho R.M. García Carrellan⁵, tuvo que ocurrir una desgracia, en forma de intoxicación alimenticia multitudinaria, para que se promulgara en nuestro país la primera ley que viniera a desarrollar aquella previsión constitucional, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), un hito, por lo que significó en esta materia, y un primer paso en la defensa de los consumidores que, al día de hoy, aunque integrada en un Texto Refundido, sigue viva jurídicamente. Ya la LGDCU abordaba la posibilidad de la defensa colectiva de los consumidores y usuarios a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, pero la realidad imponía un régimen de protección basado en una concepción individualista de esa defensa, dejando todo el peso y la iniciativa de la misma al propio consumidor interesado.

En aquella época, la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no contenía previsión alguna sobre la defensa colectiva en el ámbito del consumo, cuestión por otro lado comprensible habida cuenta de la larga tradición jurídica que representaba esa norma procesal,

⁵ “las limitaciones que las acciones colectivas tienen para el acceso a la justicia de los consumidores u usuarios”

nacida en una época en donde el consumidor no tenía la configuración y relevancia que ahora tiene, habiéndose volcado el legislador, en todas sus iniciativas reformadoras, en adaptarla a las necesidades y exigencias que la praxis procesal demandaba constantemente y, en algunos casos, con imperiosa necesidad.

Ha tenido que ser con la deseadísimas y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 11, cuando se ha venido a reconocer legalmente la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa en juicio de los derechos e intereses de los consumidores, inaugurándose con ello un régimen procesal nuevo que presenta importantes novedades, tanto en lo que respecta a las entidades o instituciones que van a tener reconocida una legitimación activa para esa defensa, como a los efectos que va a tener una resolución judicial que, en realidad, se dicta para la protección de quienes no han iniciado el procedimiento, con todo lo que esto representa respecto a la posible intervención en el proceso de los verdaderos titulares de los derechos e intereses legítimos para los que se solicita la tutela judicial, las medidas necesarias para individualizar la ejecución de la sentencia que se obtenga, o las consecuencias que, para los consumidores no personados en el procedimiento, tiene esa resolución judicial.

Efectivamente, la vigente LEC consagra la tutela de intereses jurídicos colectivos permitiendo que las personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de los consumidores y usuarios lleven al proceso tal tutela, y lo hace, no instituyendo un proceso o procedimiento especial, específico para estos casos, sino incorporando a los procesos generales o comunes una serie de especialidades que afectan, o pueden afectar, a todas y cada una de las fases del procedimiento judicial, desde la admisión a trámite de la demanda, hasta la ejecución de la sentencia.

En nuestro sistema procesal conviven dos tipos de legitimaciones: la individual y la colectiva, ello puede apreciarse en el art. 11.1º de la vigente LEC, cuando dice:

“Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimados para defender en juicio

los derechos e intereses de sus asociados y los de su asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”.

La presencia de llamada legitimación colectiva no se introduce en la LEC del año 2000, sino que ya venía contemplada en el art. 7.3 de la LOPJ de 1985 en su art. 7.3 al decir:

“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefenso. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.”

Legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios

Una de las novedades introducidas por la Ley 29/2009 es la atribución de legitimación colectiva para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios de conformidad con el art. 11.2 LEC, es decir, *“cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados”.*

Es lo que por la doctrina se denomina acción de clase o grupo (class actions) y por remisión al art. 11.2 LEC se atribuirá legitimación para la acción de indemnización de daños y perjuicios a: las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de consumidores y usuarios, los propios grupos de afectados

Cuando nos centramos en la legitimación de los Consumidores y Usuarios vemos como el mentado art, 11 LEC exige el requisito de “perjudicado” (que puede entenderse, también, como afectado) para poder entrar en juego aquella.

De otro lado, y en base dicho concepto “perjudicado”, el mismo precepto de la LEC distingue dos tipos de situaciones:

- a) Protección de intereses colectivos: referido a un número concreto de perjudicados perfectamente identificados (art. 11.2).
- b) Protección de intereses difusos: referido a un colectivo de perjudicados no identificados o indeterminado (art. 11.3).

De acuerdo con el art. 24 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en la redacción dada por el Texto Refundido de 16 de noviembre (RDL 1/2007) establece:

“1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

2. A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”.

La legitimación de las Asociaciones para el ejercicio de acciones colectivas

Al respecto, el art. 11.1 LEC dispone *"sin perjuicio de la acción individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán*

legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. " Asimismo, el apartado 2, relativo al ejercicio de las acciones de defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, reconoce legitimación a *"las asociaciones que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados...siempre que el grupo de consumidores o usuarios estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables"*: esto es, se distingue según la indeterminación o difícil determinación, en cuyo supuesto la legitimación en principio es exclusiva de las asociaciones. Por último, el apartado 3, en relación a las acciones en defensa de los intereses difusos, la ley exige además a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean *"representativas"* conforme a la ley.

Dicho precepto no define qué se entiende por asociación de consumidores y usuarios ni los requisitos que la misma debe reunir sino que se remite a lo dispuesto en su normativa específica, lo cual supone una remisión a los arts. 22 y siguientes del RDL 1/2007.

Pues bien, el art. 23.1 del RDL 1/2007 define a las asociaciones de consumidores y usuarios como aquellas *" organizaciones sin ánimo de lucro, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, tengan por finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores (...) . Es decir, para que una asociación sea calificada "de consumidores y usuarios" no basta con que se haya constituido conforme a la ley de asociaciones y tenga por finalidad la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, tal como pretende la parte actora sino que, además, debe cumplir aquellos requisitos que exige el propio RDL 1/2007, y que aparecen previstos en los arts. 24.1, 33 y 37 letra c) del RDL 1/2007 entre ellos, deberán constar inscritas, no en cualquier Registro, como pudiera ser el de asociaciones dependientes del Ministerio del interior, sino en el Libro Registro especial Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, inscripción que no puede entenderse a los meros efectos de publicidad de cara a terceros sino de un auténtico requisito de legitimación "ad procesum". Prueba de ello es que el citado precepto dispone: "Únicamente podrán representar los intereses de los consumidores y usuarios y ejercer las correspondientes acciones en defensa*

de los intereses generales de los mismos, tanto colectivos como difusos, aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que están legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios".

Por último, si se trata de ejercer acciones en defensa de **los intereses difusos** de los consumidores y usuarios, el art. 24.2 del RDL 1/2007 , en relación con el art.11.3 LEC , exige además que dichas asociaciones sean "representativas", esto es, que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, recogido en el art. 38 de la LDCU .

¿Y qué sucede cuando una asociación de consumidores y usuarios es expulsada del Registro especial por infringir la normativa específica? La respuesta aparece recogida de manera clara en los arts. 24.1 p. 2 y 25 del RDL 1/2007, y no es otra que la imposibilidad de usar tal denominación durante 5 años y no poder actuar en juicio en defensa de los intereses generales, tanto colectivos como difusos, de los consumidores y usuarios, solamente estarán legitimadas para actuar en juicio en defensa de los intereses de sus asociados o bien, de la propia asociación.

Resumen:

En el Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 24 , se recoge la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, estableciendo en su párrafo primero que: "*Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.*" Del mismo modo, el art. 33 establece: "*Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de la comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional de Consumo.*". A su vez, el art. 35 del mismo cuerpo legal, en su párrafo segundo, establece: "*La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de ésta condición, en todo caso y por un periodo no inferior a cinco años desde la fecha de*

exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas."

En cuanto a los derechos de las asociaciones de los consumidores y usuarios, el art. 37 del mencionado Real Decreto Legislativo 1/2007 , prevé: "*Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal y reglamentariamente se determinen, a: ... c. Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios...*". En los mismos términos el art. 16 del Real decreto 825/1990 sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones. En el mismo sentido se pronuncia el art. 33.3 de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

De la normativa mencionada, se deduce que las asociaciones de consumidores, para el ejercicio de las acciones colectivas que le reconoce la ley, deben estar legalmente constituidas, para lo cual deben cumplir los requisitos exigidos por su normativa, entre los que se encuentra la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. En este sentido, el art. 35.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , es claro al determinar que la exclusión de una asociación del mencionado registro implica la pérdida de su condición de asociación de consumidores y usuarios y por ende, la pérdida del derecho a ejercitar acciones colectivas en defensa de los intereses de consumidores y usuarios.

Jurisprudencia relativa al ejercicio de acciones colectivas en la Sanidad.

A.- No aplicación de la LGCU al acto médico.

- STS 20 MAYO 2011 (ROJ: STS 2897/2011)

Esta reciente Sentencia consolida como doctrina que, la responsabilidad establecida en la LCU no es aplicable a los médicos, por tener que ver con aspectos organizativos o de prestación.

“Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001 ; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero y 26 de 2007 ; 4 de junio 2009 ; 29 de octubre 2010); aspectos que tampoco fueron desatendidos por parte de quien venía obligada a prestarlos en virtud del seguro de asistencia sanitaria puesto que no puede hablarse de imputación objetiva del fallecimiento de la paciente el pretendido funcionamiento defectuoso del servicio, cuando no existe nexo causal directo entre el daño y los servicios puestos a su disposición en virtud del seguro concertado, como expresamente sostiene la sentencia.”

- STS del 25 de NOVIEMBRE del 2010 (ROJ: STS 6810/2010)

Sigue en la misma línea que las anteriores pero acota la aplicación de la LGCU.

“La responsabilidad por productos y servicios defectuosos fundada en la LCU, según la más reciente jurisprudencia, no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc [reglas del oficio adecuadas al caso]. Por esta razón la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001 ; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero y 26 de 2007 ; 4 de junio y 20 de noviembre 2009).”

B.- Demanda colectiva y su reciente aplicación en Barcelona.

- SAP Barcelona del 18 de Enero del 2011 (ROJ: SAP B 1/2011)

Esta Sentencia resuelve una demanda presentada por La ASSOCIACIÓ CATALANA DE L'HEMOFILIA contra las mercantiles INSTITUTO GRÍFOLS, SA (GRIFOLS), VALEANT

PHARMACEUTICS IBÉRICA, SA (VALEANT) - actualmente MEDA PHARMA, SA-, CSL BEHRING, SA (BHERING) y BAXTER, SL (BAXTER) en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios que corresponde a 109 pacientes de hemofilia como consecuencia de la infección con el virus de la hepatitis C (VHC) al considerar que la misma vino ocasionada por la administración de los productos hemoderivados de las mercantiles codemandadas.

La sentencia de instancia resuelve tales pretensiones con los siguientes pronunciamientos:

1º Desestima la acción ejercitada en reclamación de indemnización por haber contraído los hemofílicos demandantes el virus de la hepatitis C al apreciar la excepción de prescripción.

2º Estima parcialmente la segunda pretensión ejercitada estableciendo la condena a las demandadas de indemnizar a algunos de los pacientes hemofílicos por los perjuicios ocasionados por encima de la mera infección por el VHC en la cantidad que se determine en ulteriores procesos declarativos.

La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de BAXTER, SL, CSL BEHRING, SAU, INSTITUTO GRIFOLS, SA y VALEANT PHARMACEUTICALS IBÉRICA, SA (actualmente MEDA PHARMA, SA) contra la sentencia de 15 de julio de 2008 y demás resoluciones dictadas en la instancia, y en consecuencia, recova la sentencia, desestimando la demanda y absolviendo a los laboratorios demandados de los pedimentos frente ellos deducidos.

C-. Demanda sobre medicamento y sus productos adversos en la AP Madrid.

- SAP Madrid-Sección 13 del 04 de Mayo del 2011 (ROJ: SAP M 6538/2011).

Se trataba de una demanda presentada por una persona contra MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A., frente a la que interesaba que por sentencia se declarase: que el consumo del medicamento VIOXX producía efectos adversos no previstos por el laboratorio en la información facilitada a los consumidores en el prospecto del fármaco, en la fecha en que fue prescrito y administrado a la actora; que como consecuencia del tratamiento con Vioxx ésta ha sufrido daños en su salud, que se concretan en los informes periciales que se acompañaban a

la demanda; que se condenase a la empresa demandada a abonar a la actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 120.000, más los intereses legales devengados hasta su efectivo pago.

La Audiencia Provincial confirma la desestimación de la demanda del Juzgado al distinguir entre "prospecto" y "ficha técnica" y en relación con la legislación relativa a consumidores y usuarios, manifiesta:

".....difícilmente cabe exigir a la demandada la información de un riesgo desconocido en términos científicos al tiempo de prescribir a la demandante el fármaco VIOXX (rofecoxib) e incluso cuando sufrió el infarto agudo de miocardio, según la demanda.

En estrecha relación con lo anterior hemos de rechazar la consideración de "producto defectuoso" que la actora atribuye al medicamento VIOXX a los efectos prevenidos en el artículo 3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos.

Es cierto que, según el apartado 2 de dicho precepto, "en todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie". También es verdad que la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 5 apartado k) impone la obligación de que las especialidades farmacéuticas aporten en sus envases o prospectos información sobre composición, indicaciones y efectos adversos...; que, en su artículo 28.1 , impone la obligación de responder de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario; y que, su artículo 13.1 , dispone que los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y, entre ellas, (apartado f) "las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos

previsibles". Sin embargo, la sentencia de primera instancia no ha infringido ninguno de tales preceptos: en el caso del artículo 3 de la Ley 22/1994 , porque al tiempo de prescribirse VIOXX a la demandante y hasta que la misma sufrió, siempre según la demanda, el infarto agudo de miocardio, resulta inexigible a la empresa que lo comercializaba el deber de proporcionar una seguridad que hasta entonces no había sido cuestionada científicamente. En cuanto al artículo 5 k de la Ley 26/1984 silencia la parte recurrente que la obligación de informar sobre la composición, indicaciones y efectos adversos de las especialidades farmacéuticas se orienta a que los profesionales sanitarios sean convenientemente informados y se garantice la seguridad, sin exigir mayor información de la anteriormente expuesta a los consumidores y usuarios. Lo mismo sucede en cuanto a los artículos 13 y 28.1 del mismo Cuerpo Legal en la medida que ninguno de ellos se exige que se proporcione al consumidor y/usuario mayor información de la prevista en la legislación especial antedicha"

Cuestiones que pueden plantear este tipo de procesos:

a) Indebida acumulación de acciones.

La SAP Barcelona citada resuelve esta cuestión en el sentido de: *"recordar como el art.72 LEC se ocupa de la acumulación subjetiva de acciones, y así permite la misma en aquellos casos en que exista "un nexo por razón del título o causa de pedir", precisando a continuación que "se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".*

Pues bien, indudablemente las acciones ejercitadas en la demanda rectora de autos se fundan en los mismos hechos, esto es, en los daños y perjuicios sufridos por 109 pacientes de hemofilia como consecuencia de haber sido sometidos a un tratamiento paliativo de su enfermedad consistente en la administración de concentrado de factor de coagulación procedente de plasma de origen humano sin verificar que pudiera estar contaminado con el virus de la hepatitis C, lo que determinó que al recibir dicho tratamiento hayan contraído el VHC.

Entiende la recurrente que cada caso pudiera ser distinto y que los productos suministrados por las empresas codemandadas también son diferentes, pero tal argumento no obsta a la anterior conclusión en la medida en que el hecho relevante que permite advertir el nexo en la causa de pedir en todos los casos es que las empresas codemandadas no verificaron que el hemoderivado pudiera estar contaminado con el virus de la hepatitis C, y es tal circunstancia, y no otra, la que constituye la imputación de responsabilidad efectuada por la Asociación actora y determina que todos los pacientes reclamen en atención a unos mismos hechos.

Sostiene la recurrente que en el presente caso no estamos ante el ejercicio de las acciones que uno tenga contra varios o varios contra uno, sino más bien ante el ejercicio de varios contra varios, lo cual, aun de aceptarse, no modificaría la procedencia de la acumulación de acciones por cuanto, no resultando discutida en esta alzada la legitimación de la Asociación actora para instar el proceso en defensa de los intereses de todos los afectados, resultaría contrario al expreso reconocimiento que el legislador viene efectuando a los grupos de consumidores para el ejercicio de acciones colectivas (art.11 LEC).

Conviene recordar en este punto como la acumulación subjetiva de acciones pretende evitar que puedan darse pronunciamientos contradictorios, e indudablemente esto podría ocurrir en el caso de que la Asociación actora hubiera interpuesto de forma separada distintas demandas frente a cada uno de las mercantiles demandadas; sin que, por otro lado, se advierta cuál es el perjuicio al derecho de defensa de la ahora recurrente que pudiera derivarse de que la parte actora haya efectuado su reclamación frente a las cuatro mercantiles demandadas de forma conjunta en la medida en que lo único que debe preocupar a CSL BEHRING es obtener una sentencia que declare su falta de responsabilidad en los daños y perjuicios sufridos por los afectados.”. Desestima esta objeción procesal.

b) Defecto legal en el modo de proponer la demanda por infracción del art.219.3 LEC con relación al apartado 2º del Suplico de la demanda.

Se cuestiona ahora la viabilidad de plantear una reclamación por responsabilidad civil postulando solamente en una demanda la declaración judicial de la existencia de tal responsabilidad para que, una vez obtenida la sentencia declarativa, se acuda más tarde a otro

pleito civil en el que, en base a dicha resolución, se reclame sólo la cuantía de la pertinente indemnización.

La SAP establece: *"el art.219.3 LEC faculta a la Asociación actora para ejercitar su reclamación en la forma planteada, esto es, deducir la pretensión de sentencia declarativa de existencia de responsabilidad civil, pero sin concreción de daños ni cuantificación del importe del resarcimiento debido por tales daños, y sin que el actor solicite que dichas cantidades se liquiden en sentencia o en fase de ejecución. En realidad la terminología de dicho precepto no es acertada dado que no estamos ante una acción de condena sino ante una acción declarativa que tan sólo pretende afirmar la existencia de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil (entre ellos ciertamente el daño), pero sin pronunciarse sobre los problemas que afecten a la "liquidación concreta de las cantidades", expresión que puede comprender tanto lo referente a la determinación del menoscabo patrimonial o personal que ha producido el hecho lesivo, como al importe del resarcimiento..... y así se ha indicado por todos los peritos, como luego veremos con detalle, que la hepatitis C, aunque se mantiene silente y asintomática en muchos casos, es susceptible de evolucionar hacia enfermedades hepáticas de suma gravedad (fibrosis, cirrosis e incluso carcinoma), así como precisa un tratamiento con efectos secundarios (consta en el dictamen emitido por el Dr. Javier , Cap de Secció del Servei d'Hepatologia del Hospital Vall d'Hebron), por lo que no puede negarse que los demandantes han sufrido un daño constatado, bien que su concreción precisará de ulteriores procesos al no poderse ahora conocer su alcance.*

Otra cosa es que tal pretensión indemnizatoria indeterminada sobre la base de una responsabilidad civil cuya declaración se interesa en este proceso tan sólo pueda resultar admisible para aquellos daños que no pudieran haberse concretado en la demanda rectora de autos; y ello por cuanto el art. 400.2 LEC expresamente prevé que "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Desestima la cuestión procesal.

c) Cosa Juzgada.

La SAP Barcelona que comentamos, sostuvo que, en atención al "régimen de "ayudas públicas" establecido en distintos cuerpos legales conforme a los cuales los hemofílicos afectados por el VHC, que en Cataluña comprenden la Ley 14/2002, de 5 de junio (y su norma de desarrollo, el real Decreto 377/2003, de 28 de marzo), así como la Disposición Adicional 37ª de la Ley 3/2000 del Parlamento de Cataluña, de 19 de mayo "; precisando en su recurso que "a pesar de los términos empleados en las disposiciones antes citadas, resulta evidente que la naturaleza jurídica de dichas normas no es el establecimiento de una "ayuda", sino la de una auténtica transacción entre las partes con efectos de cosa juzgada" por cuanto ambas normas exigen que "para recibir la ayuda, el beneficiario renuncie al ejercicio de acciones contra las Administraciones Sanitarias o del personal a su servicio".

Otras demandadas recurrentes plantean la misma cuestión pero invocando la extinción de la obligación por pago.

La SAP comentada, establece: *"el hecho de haber podido percibir los hemofílicos demandantes determinadas ayudas de la administración como consecuencia del contagio del VHC no puede impedir que posteriormente reclamen frente a las empresas que consideran responsables del mismo y respecto a las cuales ninguna renuncia de acciones han efectuado, sin perjuicio de que pueda tomarse en consideración tal circunstancia a la hora de fijar el concreto importe indemnizatorio.*

La reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2009 se ocupa de un caso en el que los demandantes habían formulado una previa reclamación ante la jurisdicción social obteniendo la oportuna indemnización, y al respecto precisa que no cabe acoger la excepción de cosa juzgada invocada dentro del orden jurisdiccional civil "puesto que la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso seguido ante la Jurisdicción Social, no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento Civil, aceptando las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica (STS 17 de marzo de 2004 ; 15 de octubre de 2008)

Por tanto, en ningún caso podríamos acoger la excepción de cosa juzgada por el hecho de que los demandantes hayan podido percibir una indemnización de la administración, si bien se ha

de reconocer que la respuesta que ofrece la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la indicada sentencia es desestimatoria de la pretensión indemnizatoria actora en atención a considerar agotada o consumida la pretensión del perjudicado, "pero no por efecto de la cosa juzgada sino porque no hay dos indemnizaciones porque hay dos responsables, sino porque se condena a su abono uno de los que contribuyeron a causar el daño, lo que supone que de unos mismos hechos no nace otra acción -que no sería resarcitoria sino punitiva de la indemnización de perjuicios- salvo la de repetición entre los posibles responsables" Sin embargo no es este el caso de autos en la medida en que los demandantes no han planteado acción alguna frente a la Administración en reclamación de la indemnización procedente, agotando así su reclamación, sino que se han limitado a aceptar la suma de dinero que se les ha reconocido en los precitados textos legales renunciando únicamente a las acciones que pudieran ostentar frente a cualquiera de las administraciones públicas sanitarias, sus autoridades y los profesionales que presten sus servicios en ellas."

d) Prescripción.

La STS 1ª de fecha 18 de marzo de 2010 que viene a ocuparse de la reclamación efectuada por una Asociación de consumidores frente al laboratorio BAXTER por negligencia al haber contaminado a través del medicamento suministrado el virus de la hepatitis C (VHC), establece como plazo de prescripción para la acción ejercitada el anual previsto en el art.1968 CC al considerar que la acción presenta naturaleza extracontractual. Dicha sentencia se remite a la dictada por la misma Sala 1ª en fecha 15 de octubre de 2008, que analiza un caso idéntico de contaminación del VHC y viene a rechazar el recurso de casación formulado frente a la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 16 de junio de 2003 (la sentencia de instancia se apoyaba en esta resolución para establecer el plazo anual de prescripción), y en la misma el Tribunal Supremo apunta lo siguiente:

"A las precedentes consideraciones pueden añadirse las concernientes a la tesis objetiva del instituto jurídico de la prescripción, a que se refieren los motivos tercero y cuarto. Si los actores tenían acción frente a la demandada, esta se hallaba prescrita. El no haberse ejercitado la acción aquiliana, pudiendo haberlo hecho, antes del año previsto en el artículo 1968.2 del

Código Civil , supone que aquélla se ha extinguido por prescripción, dada su naturaleza distinta y separada de la exigible por la vía de la jurisdicción administrativa, la desvinculación de ambas jurisdicciones y la independencia de la civil para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 , más allá de los aspectos tomados en consideración, teniendo una y otra un origen común y un camino o trayectoria procesal que puede propiciar soluciones contradictorias e incluso, en su caso, excluyentes.

Y es evidente que cuando se acciona en vía administrativa los actores tenían perfecto conocimiento del daño originado por el contagio del virus de la hepatitis C al ser tratado con el preparado "Gammargard", y este daño, aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indeterminado el día a partir del cual pudo ejercitarse. Lo que sucede es que queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, momento a partir del cual se inicia el cómputo anual.

En consecuencia, se ha de confirmar el criterio de la instancia en lo relativo a que el plazo de prescripción aplicable a la acción ejercitada es el anual previsto en el art.1968.2 LEC para las acciones derivadas de responsabilidad extracontractual."

e) Posibilidad de adhesión de "afectados" una vez iniciado el proceso.

En cuanto a la posibilidad de formular una petición de condena pecuniaria no concretada cuantitativamente a favor de cada uno de los afectados.

La SAP Alicante del 21 de Marzo del 2011 (ROJ: SAP A 895/2011) opina que " *las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios con la legitimación a que se refiere el precitado artículo 11 solo han de efectuar pronunciamiento expreso con relación a las pretensiones concretas de cada consumidor y usuario en el caso de que los mismos se hubieran personado en el proceso (221.3ª LEC), resultando de todo punto inviable la pretensión de cuantía líquida y concreta en que se insiste en el recurso con relación a los afectados a quienes puedan alcanzar y favorecer los pronunciamientos de la sentencia recaída en el actual proceso y ejercitar con fundamento en los mismos sus derechos en la fase de ejecución de sentencia como prevé el artículo 13.1.2º*

LEC.". Este art. 13 LEC regula, como se sabe, la llamada "intervención voluntaria". Sin embargo entiendo que debería haberse aplicado el art. 15 que contempla el caso especial de la intervención en procesos para la protección de derechos e **intereses difusos** de consumidores y usuarios, como se dice en la STS 15 Julio 2010, que después se citará, en estos términos:

"...para la defensa de los intereses difusos está legitimada una asociación de consumidores y usuarios representativa, aunque su actuación no cierra el camino a la posibilidad de que los directamente afectados individualizados, y por legitimación propia, promuevan las reclamaciones que estimen adecuadas. Sin embargo, la propia naturaleza de estos intereses exige que también a estos consumidores anónimos se les ofrezca, al menos, la oportunidad de beneficiarse de la tutela otorgada, en su caso, por los tribunales, Y para ello se arbitran dos vías: 1.ª) Permitiendo la intervención postdemanda, en beneficio de quienes estimen oportuno participar en un proceso ya iniciado, a efectos de que la sentencia pueda afectarles directamente y personalmente (artículo 15 de la LEC) y 2.ª) Estableciendo que las sentencias favorables a los intereses de los consumidores sean indicativas de los requisitos que han de reunir quienes, no habiendo sido parte en el proceso de declaración, quisieran reclamar al condenado en vía ejecutiva las indemnizaciones o derechos que entienden les corresponde conforme a su tenor (artículo 221.1.ª y 519 de la LEC)."

f) Exigencia de "representatividad" en el Consejo de Consumidores y Usuarios, para el ejercicio de acciones colectivas para la tutela de intereses difusos.

Es de tener en cuenta la reciente STS del 29 de Diciembre del 2010 (ROJ: STS 7551/2010)

Esta Sentencia, que reitera otra de STS del 15 de Julio del 2010 (ROJ: STS 4717/2010) dice:

"En primer lugar debemos señalar que el caso se refiere a una tutela de intereses colectivos caracterizados en la configuración legal por la nota de ser los perjudicados por el hecho dañoso un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables. Con ello se excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios, pues ni antes ni después de la Ley 44/2.006, de 29 de diciembre , de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se requiere tal requisito para el caso de tutela de

intereses colectivos, aunque sí cabe exigirla, cuando menos desde la reforma de la LGDC y U por dicha Ley (no aplicable al caso), para la tutela de intereses difusos, lo que por lo demás resulta significativo si se contempla la terminología de asociaciones "representativas", coincidente en el art. 11.3 LEC , por una parte, y los artículos vigésimo segundo y vigésimo segundo bis de la LGDC y U redactados por dicha Ley 44/2006, de 29 de diciembre , por otra."

En la primera de la STS citada, que contemplaba un supuesto acaecido en el año 2004, al quedar bloqueados en una autopista por causa de la nieve un número importante de vehículos, se dijo:

"a) El artículo 11.3 LEC solo permite el ejercicio de acciones de consumo, cuando se refieran a usuarios no determinados o determinables, a las asociaciones representativas; y se remite a la ley para determinar la concurrencia de este requisito.

Esta remisión a la ley, en el momento en que se inició este proceso, debía hacerse efectiva mediante la aplicación del artículo 20.3 LCU 1984 , en el cual se establecía únicamente como requisito general para poder gozar de cualquier beneficio otorgado por dicha ley que la asociación de consumidores figurase inscrita en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo. En los beneficios a que se refiere la LCU 1984 debe considerarse integrada la legitimación para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores y usuarios, pues éstas se mencionan expresamente en el artículo 20.1 LCU 1984 .

....c) Tampoco es aceptable la argumentación de la parte recurrente cuando funda la falta de legitimación de la parte demandante en la falta de pertenencia al Consejo de Consumidores. La exigencia de formar parte de este Consejo no constituía a la sazón un requisito exigido por la LCU 1984 para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Este requisito fue introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modificó el artículo 22.2 LCU 1984 y es recogido en la actualidad en el artículo 24.3 LCU . Razones de vigencia temporal impiden, sin embargo, su aplicación al caso examinado."

CONCLUSION: ¿es posible el ejercicio de acciones colectivas en materia de Sanidad?

Me parecen interesantes las conclusiones del Prof. Jorge Tomillo⁶, en el sentido que, reconocido el derecho constitucional a la salud, cabe proponer una construcción integrando el derecho a la salud en el catálogo de los derechos básicos de consumidores y usuarios, de modo que permita al paciente disponer del arsenal preventivo y reparador de la normativa protectora de aquellos.

El TR 1/2007 en su art. 4 acuña un concepto de empresario que va mas alla de la configuración puramente mercantil y la amplía a personas jurídicopúblicas, donde encajaría la sanidad pública, resultado, así, aplicable al paciente la protección jurídica de la norma.

En la duda que pueda haber en cuanto a la consideración de “bien o servicio de uso o consumo común, ordinario y generalizado del art. 9 del TR 1/2007, el RD 1507/2000, que se halla vigente a pesar de publicarse en desarrollo de la Ley 26/1984 anterior, contempla como bienes y servicios “los servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”.

De este modo en las relaciones verticales de consumo, empresario a paciente, considerando que la sanidad lo es, se hace precisa una protección del paciente frente al prestador del servicio sanitario.

Recuerda dicho Profesor, como la materia relativa a normativa protectora de consumidores y usuarios ya se viene aplicando por ejemplo: a) la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios previsto en el art. 143 TR, anterior art., 28 LGCyU y b) la aplicación del TR al ámbito de la publicidad sanitaria en lo referido al régimen sancionador del art. 8.6 de la Ley 34/1988 de 11 Noviembre General de Publicidad sin perjuicio de la concurrencia con los tipos sancionadores de otras leyes sectoriales de sanidad o farmacia.

Es mi particular opinión que, todo dependerá de la aplicación que se haga por parte de los Tribunales de la normativa a este juego de intereses entre médico y paciente, sin que se pueda inclinar la balanza a favor de uno u otro, hallando puntos de equilibrio en situación de

⁶ Obra citada “la protección jurídica del paciente como consumidor”. Aranzadi y Thomson Reuters

paridad posicional, tratando de que no se impongan mecanismos de tipo procesal (inversión carga de la prueba) o sustantivos (responsabilidades meramente objetivas) que vengán a perjudicar gravemente a la profesión médica y al sector sanitario en general.

La posibilidad de acciones colectivas en el ámbito sanitario está abierta. El problema no reside en la posibilidad de emprender demandas colectivas (basadas en el llamado interés difuso), ni en la posibilidad de la *cuota litis*, sino en el uso oportunista de las mismas, en la posible imposición a afectados para que acepten condiciones leoninas (ceder gran parte de la indemnización a cambio de que el bufete financie el proceso) y en el riesgo de que se incurra en fraude de ley.

En nuestro sistema no es el Juez quien debe admitir a trámite una demanda y después examinar sus requisitos, sino el Secretario Judicial (art. 404 LEC) a diferencia de lo que ocurren en el sistema de EEUU y esa simple acción de “admitir una demanda colectiva” expandida por medio de los medios de información, puede ser un “instrumento” muy hábil para presionar a la parte demandada y de ahí que debería producirse una modificación procesal al estilo de las “class actions”. En efecto, la Regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure dice que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuándo: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses.

No creo que sea del todo trasladable a nuestro sistema procesal aquellas “class actions” ya que, la “class action” se diferencia del litisconsorcio activo de nuestro ordenamiento procesal, dado que en éste se limita generalmente el número máximo de litigantes por juicio, mientras que en aquélla no existe esa limitación sino que por el contrario, se requiere un número mínimo de litigantes que sean representativos de la “clase”, número que es evaluado por el tribunal en cada caso particular. También se diferencia de las acciones colectivas tal como las conocemos en nuestro ámbito jurídico, ya que no se requiere la intervención de

asociaciones de consumidores ni de un órgano del estado como el Ministerio Fiscal, siendo conformadas por los propios damnificados con asesoramiento de sus letrados

Termino con unas consideraciones de un grupo de Abogados argentinos:

“Si nos preguntan que nos parecen las class actions como ciudadanos, responderemos que es una institución procesal que puede resultar muy útil para defensa de los derechos. Si nos preguntan cómo abogados que vivimos de nuestra profesión, revelaremos que en países en los que rigen las class actions, los letrados que patrocinan este tipo de pleitos, a menudo se vuelven ricos. Por lo cual, estamos en un todo a favor de su implantación en Argentina.”