

# RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EXCLUSIÓN DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO. UN PASO ADELANTE EN LA DEFINICIÓN DEL SISTEMA.<sup>1</sup>

*Francisco López Menudo*  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

## SUMARIO

**I. RIESGOS DEL DESARROLLO Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. II. EL SUPUESTO DE HECHO CARACTERÍSTICO: LA CONTAMINACIÓN POR TRANSFUSION SANGUÍNEA. III. LA EXCLUSIÓN DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO EN EL NUEVO ARTÍCULO 141 DE LA LEY 30/1992. IV. LA ACOGIDA DEL NUEVO PRECEPTO POR LA DOCTRINA. V. RIESGOS DEL DESARROLLO: DEL CASO FORTUITO A LA FUERZA MAYOR. 1. Caso fortuito y fuerza mayor. Precisiones conceptuales. 2. El pragmatismo de la jurisprudencia civil. Exclusión del criterio distintivo caso fortuito-fuerza mayor y asunción del criterio de la culpa. 3. La subsunción de los riesgos del progreso en la fuerza mayor. La doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997. VI. LOS DAÑOS EXCUSABLES DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO COMO UNA CAUSA NATURAL DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD. VII. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA.**

## **I. RIESGOS DEL DESARROLLO Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.**

Es objeto de estas reflexiones, tras la aparición de la Ley 4/1999, modificadora de la Ley 30/1992, la responsabilidad de la Administración por daños derivados de los servicios públicos por los convencionalmente llamados "riesgos del progreso", es decir, daños producidos por actuaciones o utilización y suministro de cosas cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación; y ello porque el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica que había en tal momento no advertía de la existencia de tales riesgos.

Es de lo más frecuente que muchos de esos riesgos, antes inexistentes, vengan precisamente de la mano de los propios adelantos propulsados por el mundo de la ciencia o de la técnica que, por una parte los crea, y sin embargo no cuenta con los conocimientos necesarios para prever o medir la posible peligrosidad de la actividad o el producto puesto en circulación. Como bien puede comprenderse, ese mundo de la ciencia y la tecnología no puede tomar el ser humano, el planeta entero, e incluso más que todo eso, como un campo de ensayo o experimentación, pero tampoco puede renunciar, sino por el contrario impulsar, la puesta en práctica de los avances del conocimiento ya que estos no tendrían sentido sin prestar la utilidad de la que son susceptibles.

Aunque los riesgos del progreso pueden proyectarse en cualquier vertiente de la vida y de las cosas no cabe duda que el área más sensible es la de la salud humana, que constituye el centro de absorción no sólo de sus riesgos propios (alimentos, medicamentos, transfusiones, tratamientos, técnicas operatorias, etc.), o sea, los que proceden de las actividades y productos relacionados directamente con el ser humano, sino de otras fuentes indirectas de riesgo (máquinas, edificios, cosas, actividades, productos peligrosos o defectuosos) cuyos efectos nocivos pueden repercutir finalmente en la salud de las personas o de los seres vivos en general.

Como es natural, no podría la Administración Pública, como prestadora de bienes y servicios, renunciar a insertarse en la corriente del progreso con el fin de autoexcluirse de la esfera de los riesgos, eliminando o disminuyendo así la posibilidad de producir daños resultantes de peligros ignorados y evitar responsabilidades imposibles de calibrar *a priori*. Lejos de ello, los servicios

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada por el autor en el VIII Congreso Derecho y Salud, "Nuevas perspectivas de la responsabilidad", celebrado en Santiago de Compostela, del 10 al 12 de noviembre de 1999.

públicos no pueden sino situarse en el nivel de la modernidad e incluso -como ocurre de usual en el ámbito sanitario- constituir la avanzadilla en la aplicación de la ciencia o la tecnología, porque esto forma parte de la naturaleza de las cosas, sin que admita, por tanto, la más mínima objeción; siempre y cuando, como es lógico, antes de la puesta en uso de lo que constituye el posible foco de riesgo se hayan empleado diligencias máximas capaces de eliminar todos los márgenes de incertidumbre hasta donde ello sea racionalmente posible.

Ciertamente, la Administración no puede encogerse y caminar a la cola del sector privado por la prevención de no adquirir responsabilidades por la asunción del progreso y sus riesgos. Es claro que si el sistema sanitario público tiene conocimiento de la existencia de un nuevo fármaco al que se le presumen resultados excelentes, o de la bondad de una nueva técnica operatoria o de determinadas radiaciones, la Administración no puede inhibirse, sino investigar, asegurarse y, en último término, impulsar decididamente el adelanto en cuestión. Todo ello sin perjuicio de que quepa exigirle la más rigurosa precaución; ciertamente, "el innovador no puede limitarse a jugar con los riesgos del desarrollo como el aprendiz del brujo"<sup>2</sup>. Por consiguiente, no se trata de buscar aquí argumentos suavizadores de la responsabilidad administrativa, aceptando de modo tolerante una conducta relajada o negligente ante el fenómeno que nos ocupa. Se trata exactamente de lo contrario, es decir, de poner al descubierto todo el amplio tramo de diligencia que tiene que cubrir y de las pruebas de que debe proveerse para que su comportamiento y el resultado final que produzca no resulte antijurídico en términos de responsabilidad. Debe quedar claro, pues, que la exoneración de responsabilidad de la que aquí nos ocupamos solo alcanza a la hipótesis de que la ignorancia sobre el posible riesgo creado haya sido humanamente imposible de vencer. Por tanto, no es lícito criticar la causa de no imputación que viene a establecer el artículo 141.1., sobredimensionándola artificialmente de modo alarmista y sin atenerse realmente a lo que la norma realmente contempla. Por otra parte, como bien ha advertido MIR PUIGPELAT, el nuevo artículo 141.1. no alterará significativamente el alcance de la responsabilidad de la Administración. El parámetro al

que remite el precepto, el estado de la ciencia o la técnica en el momento de producción del daño es, ciertamente, muy amplio, y permitirá excluir la responsabilidad administrativa en muy pocos supuestos<sup>3</sup>.

Vaya asimismo por delante la proclamación de que es necesario separar escrupulosamente del tratamiento del tema cualquier postura apriorística de corte ideológico o economicista, esas que tan frecuentemente enturbian el razonar jurídico en esta materia. Como bien se sabe, la estimativa campea en este campo a sus anchas; la opinabilidad sobre lo que es justo o injusto es tan extrema como extremos son los propios pronunciamientos judiciales, que tan frecuentemente oscilan entre decir que la responsabilidad administrativa se inspira en un sistema de solidaridad social y que debe hacer frente de manera generosa a las situaciones de infortunio, hasta el punto opuesto de afirmar, con las clásicas expresiones conocidas, que el sistema de responsabilidad no es un seguro colectivo de todo lo que suceda, que no puede constituir una carga insoportable para el Estado, etc. etc.

La institución de la responsabilidad administrativa fluctúa así por todos lados, quizás debido a la parquedad de su regulación legal aun a pesar de la mayor densidad normativa que aportó al sistema la Ley 30/1992. Pero en sus preceptos se hallan por lo general grandes conceptos, no concretas soluciones, como lo prueba el hecho de que las resoluciones de los casos concretos sigan dependiendo tan excesivamente de argumentos formales que más o menos visiblemente encubren decisiones motivadas por la *pietatis causa*, la equidad, o también por el principio *pro fisco*; en suma, decisiones entregadas a un arbitrio judicial notablemente variable. Una regulación extraordinariamente simple para enfrentarse a algo tan ambicioso como disciplinar universalmente, es decir, con uniformidad de régimen, una realidad tan amplia y dispar como la que es objeto de la actividad administrativa. El escueto y monolítico sistema basado en la responsabilidad objetiva para todo, sin distinción, ha de resolver problemas de diversa índole que por su naturaleza particular parecen reclamar soluciones igualmente particulares, temperamentos y matices. No es trasladable, sin más, el corte argumental necesario para resolver una reclamación de daños causados por las obras de una carretera que los que derivan de actos administrativos o de la asistencia hospitalaria; y, dentro de estos últimos, no es igualable el esquema argumental que haya de desplegarse para deducir la responsabilidad que resulte de una concreta técnica

<sup>2</sup> La frase es de SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIU, Joseph, de su libro *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pag. 13. La idea completa merece su transcripción: "el aprendiz del brujo, si quiere mejorar las técnicas de su maestro, debe asumir los riesgos asociados a las nuevas soluciones, debe aprender efectivamente las recetas del brujo o, al menos, aproximarse razonablemente a ellas. Y, en un mundo en el que la investigación científica y tecnológica está descentralizada, es legítimo formular la propuesta de que el fabricante, o al menos algunos de ellos, no pueden limitarse a informarse del estado de los conocimientos, sino que han de contribuir razonablemente a mejorarlos: mejorar el estado de la ciencia y de la técnica es algo que también incumbe al fabricante, al menos en los sectores más sensibles de la química, la biología, la medicina, la alimentación, etc"

<sup>3</sup> MIR PUGPELAT, Oriol. La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LPJPAC, en "Revista Jurídica de Catalunya", núm. 4, 1999, pag. 66. quien abunda: "El nuevo artículo 141.1. se limita a excluir la responsabilidad administrativa cuando el servicio público haya funcionado de una manera óptima, inmejorable, según los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y no ya según los recursos de que dicho servicio efectivamente disponía". (pag. 67)

quirúrgica, o por negligencia en el tratamiento médico, por la tardanza en la atención (listas de espera), por la adquisición de enfermedades nosocomiales u hospitalarias; o, en fin, por los daños que no eran conocidos ni pensables en el momento de ser generados o producidos.

En suma, el sistema prescinde de distinciones que la práctica luego revela como necesarias y que en muchos casos viene a demostrar la irremediable necesidad de un manejo, siquiera soterrado, de la idea de culpa, tan contraria teóricamente al sistema de responsabilidad objetiva. Así, el instituto de la responsabilidad administrativa, consagrado como de carácter objetivo cualquiera que sea el sector o la materia en la que se desenvuelva, tropieza luego en el plano de la realidad con la necesidad de dar soluciones a una casuística inmensa que revela por sí misma la existencia de diferencias capitales en los tipos de asuntos, muy difíciles de uniformar. Pero el sistema legal es uniforme<sup>4</sup> y como tal aborda sin distinción la responsabilidad tanto por la acción pública como privada de la Administración; tanto por el ejercicio de funciones públicas como por difusos servicios públicos situados en los confines últimos del concepto; y asimismo, por los actos administrativos, las actuaciones materiales, la inactividad de la Administración o los puros hechos materiales incardinables en la categoría del caso fortuito; tanto por el funcionamiento normal como anormal del servicio público; y tanto si el daño resulta imputable objetivamente a la Administración por el simple resultado, como si los daños pertenecen a aquella clase en que sólo la falta de puesta en servicio de medios adecuados para evitar la lesión puede ser causa de imputación (distinción ésta que por sí sola pone en cuestión el sistema entero de la responsabilidad objetiva); en fin, un sistema que no distingue cuándo la actividad dañosa se realiza en beneficio de la colectividad o cuándo en la del propio aparato administrativo.

---

<sup>4</sup> Cabe pensar en si sería conveniente diversificar el régimen de la responsabilidad, distinguiendo al menos algunos grandes sectores de actividad (así, por ejemplo, el de los daños hospitalarios) contemplando para cada uno sus propias peculiaridades. A nuestro juicio, el artículo 106 de la Constitución no representa un obstáculo a tal posibilidad puesto que no impone al legislador un régimen uniforme y ni siquiera que el carácter de la responsabilidad de la Administración haya de ser objetivo en todo caso, pues no hay que olvidar que la garantía es de configuración legal. Mayor dificultad podría verse en el artículo 149.1.18<sup>a</sup> al hablar de un "sistema de responsabilidad", lo que podría interpretarse como la exigencia de una regulación integrada, presidida por los mismos principios. Pero aun concediendo que ello hubiera de ser así, no es menos razonable decir que en su aplicación práctica un tal sistema común debe acomodarse a cada tipo de asunto en función de la naturaleza de las cosas. Lo que no parece razonable es tomar como punto de partida del sistema los supuestos "de libro" en que la responsabilidad objetiva juega a plenitud (así, las lesiones que derivan de obligaciones de resultado en el campo del derecho patrimonial), o sea, escoger el modelo de solución más beneficioso que puede generar el sistema para luego extenderlo sin más a cualquier tipo de relación, igualando así situaciones que, por otra parte, nunca reciben tratamiento igual en el mundo del Derecho.

Ya hemos proclamado que es necesario descontaminar el tratamiento de este tema de consideraciones parajurídicas que no están contenidas en su regulación legal ni siquiera implícitamente y que sin embargo son por lo general tan alegremente manejadas, haciendo decir al sistema lo que éste no dice, pues la verdad es que de tal regulación ni se induce la "filosofía" de que el Estado no puede constituirse en un asegurador colectivo de todos los riesgos, ni que, por el contrario, la institución haga en último extremo las veces de un sistema de seguridad social; en realidad, tal regulación no permite hallar siquiera el fundamento último de la institución, cuál sea a la postre el bien jurídico protegido. Por consiguiente, falta ese elemento interpretativo clave que tanto orientaría en la práctica, de modo unidireccional y certero, en el hallazgo de soluciones y en toda la labor hermenéutica a realizar sobre cada una de las piezas del sistema que hay que conjugar y armonizar a la hora de dar solución a cada caso concreto. Por tanto, es preciso tecnificar al máximo el uso de la institución en busca de unos anclajes ciertos que impidan o reduzcan el constante riesgo de caer del lado del puro arbitrio, de las soluciones "a sentimiento" que al cabo producen irremediablemente desastrosos agravios comparativos. Hay que estar, pues, al régimen establecido, sin apriorismos, guste o no, sea oneroso o no para la Administración. Creemos, en suma, que nadie puede erigirse en el intérprete supremo, según cada caso, de lo que el sistema ha querido proteger.

Ahora bien, no cabe dejar de añadirse una reflexión sobre lo ya expuesto, a guisa al menos de contrapeso para equilibrar esa postura bien conocida que considera a la Administración como el origen indefectible de todos los males y el centro de todos los perjuicios a indemnizar. Hay que insistir en que esa puesta en riesgo, consustancial a todo lo nuevo, que conlleva la dación y gestión de los bienes del desarrollo, puede la Administración adoptarla con toda resolución, precisamente por la legitimidad que le confiere el hecho de servir a los intereses generales, sin aprovechamiento ni lucro. Y aún más, perfectamente puede comprenderse la razonabilidad de cargarle al sector privado su responsabilidad por los eventuales daños sobrevenidos por la puesta en riesgo que implica una actividad basada en la competitividad y el lucro, conforme al clásico aforismo "*cuius est commodum eius est periculum*"<sup>5</sup>; y bien claro parece que tal razonamiento no es trasladable, sin más, al ámbito de la Administración, sencillamente porque cuando ésta aplica la ciencia o la tecnología, con sus riesgos siempre subyacentes, lo

---

<sup>5</sup> Así lo expresa con la mayor claridad la STS 4 julio 1998 (Ar. 6821) al referirse a los daños producidos por la difusión de plasma sanguíneo contaminado, y decir que "tienen las referidas empresas farmacéuticas el deber de soportarlo como consecuencia del riesgo industrial o comercial derivado de su actividad encaminada primordialmente al cuidado de la salud de los destinatarios de los productos que elaboran, lo que también les proporciona ventajas o beneficios y, por consiguiente, les obliga a afrontar las pérdidas." (Fto. Jur. 5)

hace en puro beneficio de los ciudadanos. Y se puede dar cierre al razonamiento, invirtiéndolo, y decir que si los ciudadanos resultan generalmente beneficiados de la acción prestadora pública, a la que exigen los niveles de calidad propios del moderno estado de la ciencia o de la técnica, asumiendo así sus riesgos, no es disparatado afirmar que aquéllos vengan obligados a soportar, en el plano jurídico, los eventuales daños generados por hechos producidos en un momento histórico en el que era invencible la ignorancia sobre sus posibles efectos lesivos.

En suma, es obligado dejar bien patente algo que con frecuencia se suele olvidar o no dejar realizado como es justo hacerlo: que la obtención de lucro, consustancial a las relaciones jurídicas del sector privado, es un dato decisivo situado en la base misma de su sistema legal y en función del cual éste se construye y brinda las adecuadas soluciones de justicia. Por ello, no es de rigor exportar, sin más, los planteamientos de ese régimen o subsistema jurídico a otra esfera de la responsabilidad, máxime si el protagonista es la Administración Pública cuando realiza una actividad prestacional. La extensión de lo que deba cubrir la garantía de la responsabilidad será la que sea o deba ser, pero siempre habrá de montarse sobre los principios del propio subsistema y de su contexto. Incluso los términos de sus preceptos, para ser bien comprendidos, exigen ser leídos e interpretados desde la plena consciencia de que el sujeto concernido es la Administración Pública y no un sujeto privado.

Hay que insistir. La reflexión que antecede no trata en modo alguno de impregnar de apriorismos el tratamiento que brinda el sistema legal de la responsabilidad administrativa, ni el concreto problema que aquí nos ocupa, pero al menos es importante tener siempre en cuenta esa posición especial del servicio público en este contexto porque es preciso llamar a la moderación y equilibrar esa tendencia tan usual, a la que algunos se apuntan con tanto ardor como incisivo lenguaje, en la que el punto de partida no es otro que el de considerar a la Administración prestadora de los servicios como el enemigo a batir por sistema, y al tesoro público el cajón del dinero disponible al tirón de todos, sin que se reconozca legitimidad alguna a cualquier intento de racionalizar el hecho social y delimitar los confines de la garantía, como ocurre con cualquier instituto jurídico, algo que al parecer no se le consiente ni siquiera al Estado en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Como dice MARTIN REBOLLO en un reciente y lúcido estudio sobre el tema, recordando un libro de PASCAL BRUCKNER (*"La tentación de la inocencia"*), se trata de endosar la reparación de todos los males a un "tótem" estatal poderoso y malvado, al mismo tiempo que se reclama el repliegue total de dicho Estado. La inocencia y

victimación del yo, frente a la responsabilidad universal del otro<sup>6</sup>.

## II. EL SUPUESTO DE HECHO CARACTERÍSTICO: LA CONTAMINACIÓN POR TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA.

En los últimos años, los servicios sanitarios públicos en especial, se han encontrado de cara con un problema que por su amplia repercusión social ha puesto en primerísimo plano el tema de la responsabilidad de la Administración ante los riesgos del desarrollo. Y tal problema no es otro que el de la contaminación producida en hospitales públicos por transfusiones sanguíneas portadoras del virus del SIDA o de la hepatitis C, problema singular que por su magnitud ha propiciado su toma en conciencia e incluso la adopción de una solución legal concreta para ello, precisamente la que es objeto de este estudio, pero que como es obvio es extensible a otros factores de riesgo cualquiera que sea su procedencia.

Respecto al virus del SIDA cabe decir del modo más sintético que la determinación de los grupos portadores del virus, de las vías de contagio y sus consecuencias fue revelándose a partir de 1981, si bien el propio virus no fue identificado sino hasta 1983, siendo al final de ese año cuando un laboratorio americano desarrolló el primer test de detección del virus en la sangre. En 1985 se dicta en España la primera Orden Ministerial que obliga a hacer pruebas en el plasma destinado a transfusiones y se proveen los hospitales con medios para su realización. En cuanto al virus de la hepatitis C, hasta diciembre de 1988 no fue aislado e identificado, calificándose hasta ese momento de hepatitis "no A, no B" los casos que no respondían a ninguno de esos dos tipos. No existieron pruebas para su detección a nivel mundial sino hasta comienzos de 1989 y en España la obligatoriedad de las pruebas se estableció por O. M. de 3 de octubre de 1990.

Como es lógico, la cuestión no se plantea con las reclamaciones referidas a transfusiones realizadas una vez que la detección del virus ya era factible técnicamente - ya veremos este punto a continuación- y, con mayor razón, desde que la obligatoriedad de las pruebas fue establecida normativamente, pues en estos casos ya no cabe hablar propiamente de riesgos desconocidos, sino de funcionamiento anormal del servicio público o, a lo sumo, de caso fortuito igualmente determinante de responsabilidad administrativa. Por tanto, el problema viene

<sup>6</sup> MARTIN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración en "R.A.P." n° 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 370-371.*

referido a hechos anteriores, y la pregunta “anteriores a qué” constituye el *punctus saliens* del problema, es decir, la necesidad de fijar un criterio general susceptible de ser aplicado a cada una de estas fuentes de riesgo, que venga a resolver cuándo existe una situación de ignorancia insalvable del peligro en cuestión o era técnicamente imposible evitar la producción de los daños; y cuándo o a partir de qué circunstancia no cabe exculpar al servicio público del riesgo creado y de los daños que eventualmente ocasiona.

Hay que precisar que no porque tales episodios ocurrieran en la década de los años ochenta pueda pensarse que el problema no tiene ya vigencia, pues aparte de que los tribunales hayan de resolver aún reclamaciones muy antiguas, como vemos constantemente en los repertorios de jurisprudencia, el problema seguirá estando latente en tanto existan damnificados que tengan abierta la acción para reclamar, lo que puede ocurrir en innumerables casos ya que, como es sabido, el plazo de un año para hacerlo se computa en estos casos no desde el día de la producción del daño sino del de la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142. 5 de la Ley 30/1992) y, por desgracia, se trata de enfermedades degenerativas que pueden prolongar por mucho tiempo la llegada de una estabilización definitiva del proceso y, por tanto, de una posible definición de las lesiones sufridas, aspecto éste de la cuestión mucho más complejo pero del que ahora no debemos ocuparnos.

### III. LA EXCLUSIÓN DE LOS RIEGOS DEL DESARROLLO EN EL NUEVO ARTÍCULO 141 DE LA LEY 30/1992.

La nueva redacción dada por la Ley 4/1999 al apartado del artículo 141 de la Ley 30/1992 es la siguiente

“141. Indemnización.- 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. *No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estadio de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos*”.

Sin perjuicio del obligado análisis del precepto en cuanto a su fondo y alcance, conviene dejar sentadas algunas precisiones sobre su forma y origen, lo que en

este caso es especialmente útil para la debida comprensión de sus claves<sup>7</sup>.

a) La redacción del precepto, o más exactamente de su segundo inciso, se encuentra ya en el Borrador del Proyecto de Reforma de la Ley 30/1992. Este tiene un origen conocido puesto que tuvo ocasión de ser examinado por la doctrina especializada<sup>8</sup>. El texto que ahora figura en la Ley 30/1992 conserva prácticamente la misma redacción de ese primer Borrador, si bien éste trataba de ser aún más explícito sobre el sentido de la novedosa norma<sup>9</sup>.

Interesa dejar constancia de su origen porque la *ratio* del precepto tiene mucho que ver con la fecha de su redacción, enero de 1997 y, por tanto, con el estado de la jurisprudencia existente en tal momento. Por entonces, como más adelante precisaremos, los tribunales o bien resolvían la cuestión utilizando parámetros culpabilísticos, extraños al sistema de responsabilidad administrativa desde el punto de vista técnico (así, la jurisprudencia civil por lo general), o bien distinguía entre fuerza mayor y caso fortuito, para negar que hubiera alguna otra causa de exclusión de responsabilidad aparte de la fuerza mayor y afirmar que los “riesgos del progreso” no entraban en dicho concepto, fundamentalmente por faltarle la nota de “hecho externo” al servicio, consustancial al concepto de fuerza mayor, doctrina ésta predominante en la jurisdicción contencioso-administrativa, donde se ha abierto camino y opera de hecho la distinción conceptual caso fortuito-fuerza mayor como una auténtica regla de oro determinante de la existencia o no de responsabilidad, aspecto éste sobre el que nos ocuparemos mas abajo. Por consiguiente, en un tal “estado de la ciencia” de nuestros tribunales, si se quería que operara la causa introducida en el artículo 141.1, como una causa de justificación

<sup>7</sup> Una excelente crónica y reflexiones sobre la génesis del precepto en MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*

<sup>8</sup> El Borrador al que nos referimos fue elaborado, por encargo del Ministerio para las Administraciones Públicas, por un equipo constituido por los profesores Alfonso Pérez Moreno, Luciano Parejo Alfonso y quien escribe estas líneas, lo cual nos otorga, si no la razón, sobre la bondad de la medida, sí al menos la condición de fedatario muy directo de las razones del precepto y los entresijos de lo que pudiéramos llamar la *ocassio legis*. Tras su redacción, el Borrador fue presentado en unas Jornadas de Estudio con dicho objeto, celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de enero de 1997, siendo debatido por los numerosos y prestigiosos especialistas asistentes. Del contenido de dicho evento da cuenta el libro *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*, y Anexo (Ed. MAP, Madrid, 1997) en el que figura precisamente el texto del Borrador y la motivación de cada uno de los preceptos cuya reforma se postulaba.

<sup>9</sup> Así, el texto del borrador daba comienzo al nuevo párrafo de esta forma: “En particular, no concurre esta última circunstancia respecto de los daños que la Administración no haya podido prever o evitar...”, sustituida por la actual: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar...” En lo demás hay identidad absoluta entre el texto del Borrador y la norma vigente.

exoneratoria de responsabilidad administrativa, no tenía otra cabida ni tratamiento que la que la cuadraba por su propia naturaleza, esto es, no como una especie de la fuerza mayor (de la que se encarga el artículo 139) sino como una verdadera cláusula de exclusión, delimitadora de la garantía: un supuesto de no antijuridicidad<sup>10</sup>.

b) Sin embargo, la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 ofrece en este punto un quiebro sorprendente, capaz de dejar atónito al más curado de espanto, pues al referirse al artículo en cuestión dice esto:

*“En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad...”.*

El pasaje en cuestión trae causa, sin duda, del dictamen del Consejo de Estado fecha de 22 de enero de 1998, emitido sobre el Proyecto de la Ley 4/1999. El dictamen dice:

*“los “hechos” o “circunstancias” con eficacia exonerante han de ser imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento en que acaecen y su prueba corresponderá a la Administración. Se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor, cuya especificación cumple una función orientadora de eventuales interpretaciones que, desde cierta perplejidad, pudieran conducir a resultados desviados por el legítimo deseo de no dejar en desamparo situaciones capaces de conmoverlos más nobles sentimientos humanos. En atención a ello y al mismo tiempo, el anteproyecto apela expresamente a las “prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer” para atender a reparar tales daños; pero no con fundamento en la institución de la responsabilidad de la Administración en la que el principio de indemnidad pudiera requerir una reparación integral del daño, sino por motivos de solidaridad. Es el caso del Real Decreto-ley 9/1993 de 28 de mayo<sup>11</sup>, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunode-*

<sup>10</sup> Así lo expresaba la motivación contenida en dicho Borrador: “La precisión sobre el carácter no antijurídico de los daños imprevisibles e inevitables por consecuencia de los llamados ‘riesgos del desarrollo’ supone la recepción de una causa de exoneración” (Anexo, cit. pág. 19). Y ya en un tono coloquial y haciendo la defensa del precepto, en dichas Jornadas quien esto mismo escribe precisó que “Se ha tratado de situar este tipo de exculpación dentro del terreno de la antijuridicidad y no en el de la fuerza mayor. A la ponencia redactora le ha dado algún reparo tocar el grave tema de la fuerza mayor que está constitucionalizado; aunque es verdad que existen sentencias donde esta circunstancia se califica como de fuerza mayor” (Jornadas..., cit. págs. 52-53)

<sup>11</sup> También Ley 35/1995 de 11 diciembre. Víctimas de terrorismo, o de determinados delitos violentos y contra la libertad sexual.

*ficiencia Humana (VIH) como consecuencia de ciertas actuaciones realizadas en el sistema sanitario público antes de que el virus fuera detectado y conocidas sus vías de contagio”*

Más incierto es saber de dónde trae causa esta apreciación del Consejo de Estado al estimar, contra toda evidencia, que “se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor”. Cabe pensar que esta doctrina proceda a su vez de la contenida en la importantísima Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 cuyo análisis resulta obligado en cualquier estudio que se haga del tema que nos ocupa, porque dicha Sentencia viene a romper esa rígida vinculación de la fuerza mayor con el “hecho externo” al servicio y por tanto admite que un supuesto como el de la contaminación sanguínea realizada en hospital público con ignorancia excusable de su efecto nocivo, sea subsumible en la categoría de la fuerza mayor, como luego analizaremos. Pero no cabe presumir nada respecto a la vinculación del referido dictamen del Consejo de Estado con tal Sentencia dadas las escasas fechas que medían entre uno y otra.

En suma, por si ya fuera poca la proclividad del tema a evadirse hacia la especulación, la propia Ley que introduce la figura que comentamos presenta esa contradicción interna verdaderamente chocante: la Exposición de Motivos habla de fuerza mayor y el precepto en cuestión de ausencia de antijuridicidad.

c) Ciertamente, el precepto conserva en su primer inciso la redacción dada por la Ley 30/1992, que es la fórmula tradicional y ya clásica que ha venido expresando el concepto mismo de la antijuridicidad objetiva. La remisión a la Ley que hace la norma es suficientemente expresiva de que las leyes pueden, y aun deben, perfilar los confines de la institución, cosa que, por cierto, generalmente no hacen dejando así el ámbito de la responsabilidad administrativa en una especie de *terra incognita* de límites indefinidos en la que precisamente por eso parece haber todo. Así, como ocurre con otros aspectos de la regulación de la responsabilidad, cuya complejidad es sólo aparente, la fórmula “no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley” no es expresiva de una solución concreta con la cual los casos reales puedan resolverse, sino un criterio sumamente ambiguo cuya aplicabilidad o no a cada caso concreto es algo a despejar previamente al análisis y resolución de cada caso mismo. En suma, la ya célebre fórmula no pasa de ser sino una buena expresión doctrinal o académica para indicar de modo sintético una idea que lleva implícita la necesidad de que la Ley intervenga para darle cuerpo, aunque lo sea por vía negativa<sup>12</sup>, pues de suyo la fórmula es insuficien-

<sup>12</sup> En este sentido, LEGUINA VILLA, J., señala que “si en presencia de una determinada actividad administrativa dañosa, el particular no está expresamente obligado por una norma a soportar las consecuencias

te. Y el problema está en que las leyes sectoriales no suelen delimitar lo antijurídico-objetivo<sup>13</sup>.

d) Es precisamente en esta sede de la antijuridicidad del que se ocupa el apartado 1. del artículo transcrito donde la Ley reformadora introduce el nuevo inciso. Se trata, pues, de la especificación de una causa de exoneración, o dicho de otro modo, de la delimitación, hecha desde la propia Ley reguladora del instituto de la responsabilidad —como lo hubiera podido haber hecho cualquier otra— del campo de lo antijurídico para una suerte de daños. La nueva Ley surge así para delimitar un supuesto de antijuridicidad de confines harto discutidos en sede judicial y que han supuesto para los ciudadanos en no pocos casos una injustificable desigualdad de trato. Ciertamente el problema a resolver es difícil y hace titubear a cualquiera porque ante el problema del individuo aislado la inercia conduce a una solución protectora de su infortunio al margen de consideraciones jurídicas. Pero tampoco es admisible que buena parte de la suerte de cada demandante haya dependido de haber acertado con la jurisdicción elegida, ni que un tema de tanta trascendencia, dado el número de víctimas, se haya convertido en buena medida en un campo de ensayo y especulación donde los conceptos jurídicos más sutiles pueden dar en su combinación resultados absolutamente aleatorios.

Por tanto, parafraseando la expresión final de ese primer párrafo del artículo 141.1, puede decirse que, de acuerdo con la Ley, los particulares tienen el deber jurídico de soportar, y por tanto no serán indemnizables, los daños imprevistos o inevitables según el estado de los

---

*perjudiciales, estos perjuicios son antijurídicos y deben ser imputados a la Administración.*"

*13 El profesor REBOLLO PUIG, M., compartía esta visión del asunto cuando en las Jornadas sobre la Reforma de la Ley 30/1992 (pág. 47) a las que más abajo se hará referencia, manifestaba su opinión favorable a la exclusión de la responsabilidad por los "riesgos del progreso", introducida en dicho artículo y decía al respecto que "Esta coletilla final, 'de acuerdo con la Ley', en mi opinión es equivocada, viene de una visión simplista pensar que, como los daños, la propiedad está reservada a la Ley, la Ley es la que dice el deber jurídico de soportar. El deber jurídico de soportar es una cosa que fluye de todo el ordenamiento jurídico y de ninguna forma está reservado a la Ley (...); es algo que fluye del ordenamiento jurídico y fundamentalmente de los principios generales del derecho." En suma, una opinión que sin implicar la exclusión de la intervención de la Ley en la delimitación de lo antijurídico "¿así lo entendemos?" invoca un criterio delimitador aún más flexible y consonante con la naturaleza de las cosas, dada la realidad, que el profesor REBOLLO ve con perspicacia, de que las Leyes no hacen esa delimitación en la práctica. Por su parte MARTÍN REBOLLO, L., afirma con toda resolución que "La Ley, justamente, puede precisar cuándo no hay lesión, daño antijurídico, deber de soportar, se afirma como se afirma. Por ejemplo, el propio artículo 141.1; se refiere a ello cuando alude a los riesgos del progreso. Podrían también darse otros supuestos." (Ayer y hoy de la responsabilidad..., cit. pág. 362).*

conocimientos de la ciencia o de la técnica. Interesa retener el dato de que la causa de exclusión en cuestión está ubicada donde está, es decir, en el campo de la antijuridicidad.

#### IV. LA ACOGIDA DEL NUEVO PRECEPTO POR LA DOCTRINA

No es de extrañar que la introducción de un nuevo precepto del corte del que nos ocupa en el régimen de la responsabilidad administrativa haya reclamado la inmediata atención de la doctrina y haya suscitado incluso algunas posturas de rechazo en el propio proceso parlamentario<sup>14</sup>. También en la doctrina el precepto en cuestión ha recibido alguna crítica contundente. Así, SALVADOR CODERCH Y SOLÉ FELIU no consideran positivo que el legislador haya excluido al Estado del círculo de los obligados a responder por los desastres que son consecuencia de los límites de nuestros conocimientos científicos y tecnológicos, y muestran serias dudas de que esta tesis resulte congruente con la Constitución, especialmente con el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43. Asimismo, señalan que el nuevo artículo 141.1. prescinde incluso de la responsabilidad por negligencia -culpa *in vigilando*-, pues, al fijar como momento relevante el de la producción del daño ni siquiera se incentiva a los poderes públicos a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos que han tenido lugar entre la comercialización del producto y el -caso muy posterior- de la producción del daño. Y por otra parte, señalan que una cosa es el daño que no pudo preverse, pero otra muy distinta el que no pudo evitarse: excluir la responsabilidad por riesgos del desarrollo en daños previsibles pero inevitables quiere decir, por ejemplo, que si sabemos que tal vacuna genera reacciones graves pero no sabemos cómo evitar el daño, la vacuna podrá suministrarse y el Estado cumplirá con auxiliar a las víctimas, pues la ley no le obliga a indemnizar<sup>15</sup>. En relación con la crítica indicada acerca de la referencia del precepto al momento de la producción del daño, también GARCIA RUBIO muestra su reticencia, basada en que "a pesar de la similitud, la idea que subyace en la norma no es idéntica al concepto de "riesgos del desarrollo" de la Directiva 85/374 CEE o de la Ley 22/1994 de 6 de julio (de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos), ya que el momento a tomar en consideración para concretar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica

---

<sup>14</sup> Propusieron su supresión el Bloque Nacionalista Gallego y el Grupo Federal Izquierda Unida. Vid. sobre ello MIR PUIGPELAT, *ob. cit.* pag. 1017 y nota 28.

<sup>15</sup> Brujos y Aprendices..., *cit. pag. 15*.

ca no es el de la puesta en circulación del producto, sino el de la producción del daño<sup>16</sup>.

Aun respetando tales opiniones, entendemos sin embargo que el derecho a la protección de la salud podrá ser invocado ante el Estado, en la medida en que la Constitución lo ampare, no necesariamente a través del instituto de la responsabilidad administrativa, que no tiene por qué ser "estirado" hasta el extremo de albergar supuestos que no pertenecen en puridad al campo de la responsabilidad, o que al menos su exclusión no supone en absoluto la pérdida de un elemento *sine qua non* de la garantía de la responsabilidad, incluso en el caso de que ésta sea de carácter objetivo. Ese estiramiento de la responsabilidad objetiva, sin límite alguno, puede ser comprensible en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, porque al damnificado por un fabricante privado no le queda otra alternativa que subsumir su infortunio en sede de la responsabilidad ya que fuera de este instituto no tendría ninguna otra posibilidad de auxilio. Por otra parte, sería realmente muy difícil de entender cómo un fabricante que se lucrea de sus actividades y que busca su beneficio en la innovación o puesta en circulación de novedosos productos -mas o menos rigurosamente homologados con el estado de los conocimientos- por lógicas razones de competitividad de la cual extrae las plusvalías correspondientes, no haya de indemnizar a quien ha sido dañado por causa de su negocio. Por tanto, si el derecho a la protección de la salud alcanza a estos supuestos, tal como propugnan los autores citados, es obvio que el Estado tendrá que adoptar las medidas necesarias para ampararlos, y a ello alude precisamente el inciso final del artículo 141.1., en los términos más explícitos posibles que es dable hacerlo a una Ley, necesariamente limitada a orientar sobre lo que deben hacer otras Leyes. Se pone aquí bien al descubierto esa necesidad, apuntada al principio, de tener siempre presente que la Administración no es un fabricante o productor de bienes o servicios cuya conexión con el consumidor o usuario se agote en el acto de la puesta en circulación de su producto. La Administración asume otros fines y cuenta con otros medios, otras soluciones, y con un compromiso de orden constitucional que le obliga no sólo a poner en circulación productos aun a riesgo de que pudieran saberse lesivos *a posteriori*, sino a ordenar su retirada en tal caso, sean productos suyos o ajenos.

Por otra parte, las reticencias que por un lado se plantean respecto a la expresión "desde el momento de la producción del daño" y, por otro, hacia el supuesto de que el daño "no se hubiera podido evitar", tienen sentido sólo desde una interpretación "a la baja" del precepto. En primer lugar, la "producción del daño" no tiene necesari-

amente que identificarse con la aparición fáctica del mismo, sino con el momento en que se produjo la causa que luego lo hizo posible; además, la referencia al momento de la "comercialización" tiene sentido en lo que es el giro o tráfico del fabricante privado porque el acto de comercio que supone la puesta en circulación de un producto susceptible de ser utilizado o consumido es el momento relevante para atraer sobre sí la posible responsabilidad y a él hay que referir el estado de los conocimientos; pero además, resultaría ilógico que la Administración invocase en su favor el estado de los conocimientos como causa de exoneración refiriéndolo a momentos más cercanos en el tiempo (o sea, el de la aparición efectiva del mal de modo identificable), ya que dichos conocimientos han de encontrarse en un estadio más avanzado, porque el paso del tiempo, como es lógico, irá diluyendo la ignorancia que pudiera haberse tenido sobre la peligrosidad de una actividad o un producto.

En cuanto a la crítica sobre la expresión "evitar", hay que observar que el precepto que nos ocupa no utiliza sólo la palabra "evitar", sino la expresión "prever o evitar", y no es dable sostener que el segundo término reste un ápice de fuerza al primero, por lo que dicha expresión sólo cabe interpretarla como una fórmula integrada y amplia para albergar los más diversos supuestos. En efecto, la Administración tiene el deber de evitar la propagación de un producto que ha revelado su nocividad; y cabe que el producto o la actividad hayan sido puestos en circulación cuando el estado de los conocimientos no advertía de su peligro; pero una vez que se hubiera descubierto, la Administración tiene que desplegar toda la actividad necesaria para evitar o atajar los daños (pensemos en una medida de inmovilización y destrucción del producto, o en el suministro de un antídoto contra la vacuna del ejemplo); pero quedará exonerada si en una situación tal no cuenta con el remedio para evitar el daño porque el estado de los conocimientos de la ciencia (no saber que hay un antídoto) o de la técnica (no saber cómo fabricarlo aunque se sepa que el antídoto es posible) no le ofrece tal posibilidad. Así vista, parece que la expresión "evitar" tiene sustantividad propia y perfecto sentido en clave de responsabilidad administrativa.

El profesor JORDANO FRAGA, J. ha criticado el precepto en cuestión con especial énfasis, dedicando a ello un trabajo específico con título harto expresivo y resonante<sup>17</sup>. El autor sitúa su discurso en el terreno de la

<sup>16</sup> GARCIA RUBIO, María Paz. Los riegos del desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español "Actualidad Civil, núm. 35, 1998, pag. 867.

<sup>17</sup> La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, en "RAP", núm. 149, mayo-agosto, 1999, págs. 321 y ss. Por cierto que en el texto de su incisivo trabajo, no aclara JORDANO si ese supuesto "inicio de la demolición del sistema" constituye el primer paso de algún plan o tendencia, que el propio autor sepa o intuya, dirigidos a ir minando la garantía. En cualquier caso parece claro que un diagnóstico tal pone por sí mismo de relieve una visión apriorística del sistema de la responsabilidad administrativa carente de confín alguno, punto de partida que precisaría de

distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así, por una parte, el autor realza dicha distinción, asociando estrechamente a la fuerza mayor, con base en algunas Sentencias, la nota de la *exterioridad* al servicio. Ya hemos apuntado la relatividad de tal asociación, sobre todo si se tiene a la vista alguna Sentencia, tal como la ya referida de la Sala de lo Social del T.S. de 22 de diciembre de 1997, en la que luego nos detendremos, cuyo valor para el asunto que analizamos es tanto mayor en cuanto se refiere concretamente a un caso de transfusión sanguínea realizada en hospital público cuando se ignoraba la existencia del virus de la Hepatitis C.; por tanto, un supuesto mucho más extremo y difícil que los típicos ejemplos a los que acude el autor, tales como el incendio producido por la pirotecnia empleada en una fiesta popular municipal, el recluso fulminado por descarga eléctrica en el Centro penitenciario o el avión que cae por causa desconocida; supuestos todos ellos en los que se palpa la inserción del daño en la esfera del funcionamiento del servicio, y en los que reduce la nota de la *interioridad* y, por tanto, del caso fortuito generador de responsabilidad administrativa.

Por otra parte, el esfuerzo crítico que despliega JORDANO FRAGA se basa en la creencia de que el precepto ha querido configurar un supuesto de fuerza mayor de manera irregular<sup>18</sup> y, como hemos explicado, éste no es el terreno en el que está situado el problema que nos ocupa. Pero, con base en sus razonamientos, JORDANO concluye que “la nueva regulación contradice de modo frontal el artículo 106 CE”, añadiendo que el legislador ha operado “en contra de la naturaleza de las cosas” y las bases conceptuales de la fuerza mayor.

Asimismo, el autor critica que el legislador salve la restricción que introduce el nuevo precepto con las prescripciones que puedan establecerse discrecionalmente, lo que a su juicio viene a frustrar el “derecho a la reparación integral”; sin embargo, ello no le impide postular “otras soluciones tal vez menos populares [?] pero más compatibles con el sistema constitucionalizado” cual la de li-

mitar las posibles indemnizaciones<sup>19</sup>, lo que en su opinión cabría al amparo del artículo 106.2, afirmación ésta ciertamente difícil de entender si como sostiene el propio autor la figura en cuestión no es una causa de fuerza mayor y sólo ésta cabe en la Constitución como causa de exclusión de un sistema de responsabilidad que, como dice, por otro lado, debe garantizar el derecho a una reparación integral.

No han faltado tampoco comentarios favorables al precepto, o que simplemente “lo asumen” entendiendo simplemente la racionalidad de la medida. Así la cualificada opinión de MARTIN REBOLLO, para quien “el inciso perfila el concepto mismo de lesión, definiendo en la Ley un supuesto en el que sí hay un deber jurídico de soportar el daño”<sup>20</sup> Asimismo PANTALEON PRIETO, GARRIDO FALLA, GONZALEZ PEREZ, GOMEZ FERRER, apoyan decididamente tal limitación o bien la entienden lógica y en todo caso ajustada a la Constitución<sup>21</sup>. Para MIR PUIGPELAT la reforma del artículo 141 está plenamente justificada y no supone convertir la responsabilidad de la Administración española en una responsabilidad por culpa, porque la responsabilidad objetiva no significa responsabilidad ilimitada. Esta tiene también sus límites (límites, naturalmente, mucho más amplios que los de la responsabilidad por culpa), y entre ellos se encuentra el estado de los conocimientos técnico científicos<sup>22</sup>. En la misma línea, LÓPEZ ALVAREZ que ante una actuación sanitaria correcta “*rebus sic stantibus*”, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el destinatario debe asumir las consecuencias inherentes a las limitaciones del conocimiento humano. Dicho en otros términos más propios del Derecho penal: no es exigible una conducta distinta de la Administración sanitaria<sup>23</sup>

una cumplida demostración, como sería exigible de cualquier otra institución jurídica.

<sup>18</sup> Así, su reflexión comienza con una frase prometedora en su literalidad, porque hace suscitarse la idea de que el autor se percata de no estar ante una causa de fuerza mayor: “es dudoso que el legislador se haya limitado a identificar un supuesto de fuerza mayor”. Pero a renglón seguido confirma plenamente su percepción real al respecto: “Creemos que ha ido más allá de lo constitucionalmente permitido, estableciendo una cláusula excluyente de pretendidos supuestos matizados de fuerza mayor (...). Faltaría en este nuevo supuesto identificado de ‘fuerza mayor’ en todo caso la nota de la exterioridad como elemento fundamental de la distinción: puede haber eventos imprevisibles e inevitables en los que se afirme la responsabilidad por no existir fuerza mayor pese a la ausencia total de culpa. Y es evidente que esto es desconocido por el legislador al tratar de identificar un nuevo supuesto de fuerza mayor donde sólo hay, todo lo más, un caso fortuito por faltar la nota de la exterioridad”. (La reforma del artículo 141..., cit. pág. 333).

<sup>19</sup> Ob. Cit. pág. 335.

<sup>20</sup> Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial ... cit. pag. 343

<sup>21</sup> Vid. GOMEZ FERRER-MORANT, R. Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, en “RAP”, núm. 150, 1999, pag. 204-205. En el mismo número GARRIDO FALLA, F. recuerda las posturas al respecto, El Procedimiento Administrativo de 1950 a hoy; en especial págs. 152 y ss.

<sup>22</sup> Ob. cit., pags. 64-65

<sup>23</sup> LOPEZ ALVAREZ, Eugenio; Comentarios a la Reforma del Procedimiento Administrativo, (Análisis de la Ley 4/1999), Coordinador Pascual Sala Sánchez, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pag. 581

## V. RIESGOS DEL DESARROLLO: DEL CASO FORTUITO A LA FUERZA MAYOR

### 1. Caso fortuito y fuerza mayor. Precisiones conceptuales.

El art.139.1. de la Ley 30/1992 contempla la fuerza como causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ello en correlación con el artículo 106.2. de la Constitución:

*"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."*

El Código Civil no realiza una distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito por lo que no existe un criterio legal de distinción<sup>24</sup>. El artículo 1105 del Código se limita a señalar que:

*"Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables"*

La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia, alcanzando muy especialmente en el ámbito del Derecho administrativo una relevancia capital por cuanto el caso fortuito, lejos de exonerar a la Administración, constituye una especie de cajón de sastre que absorbe todos los supuestos de responsabilidades imputables al servicio mismo, como centro de absorción de todos aquellos daños que no tienen un sujeto causante conocido. Por tanto, el caso fortuito se erige en una figura dialécticamente opuesta a la fuerza mayor, y la ubicación de un determinado supuesto en una u otra categoría supone, por tanto, la existencia o no de responsabilidad.

Pues bien, los criterios de la *irresistibilidad*<sup>25</sup> y la *exterioridad*, predicables de la fuerza mayor, suelen constituir los ejes de la distinción. Pero ante un tipo de

<sup>24</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A. Comentario al artículo 1105 en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dir. Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1º Edit. Revista de Derecho Privado

<sup>25</sup> Suele definirse la fuerza mayor como el "acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito", o "aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que la motive sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado". STS 3 noviembre 1988 (Ar. 8628).y las Sentencias que cita.

daño como el que nos ocupa, en que lo irresistible es precisamente el punto de la discordia, no es de extrañar que el criterio de la *externidad* se constituya en el elemento dilucidador. Así, con base en que una transfusión sanguínea no es, en puridad, un hecho externo a la propia esfera de actuación administrativa (como lo son los clásicos ejemplos del terremoto, la inundación o el rayo), sino que reviste la característica formal del caso fortuito (interioridad, acaecimiento en el círculo del servicio) no es difícil declarar la responsabilidad de la Administración con tales parámetros. Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de mayo de 1999<sup>26</sup> declara que

*"La presencia de los gérmenes no es, contra lo alegado, fuerza mayor por imprevisible, inevitable y ajeno a la organización del servicio. Por contra, es evitable e interno. Tanto fuerza mayor como caso fortuito exigen inevitable e imprevisible, la diferencia está en la exterioridad de la fuerza mayor que aquí no se da porque la infección se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria"*.

Un ejemplo paradigmático de la relevancia que en la jurisdicción contencioso-administrativa alcanza tal distinción entre conceptos se contiene en la STS de 31 de mayo de 1999<sup>27</sup> de un marcado corte didáctico, si bien hay que apresurarse a destacar que la Sentencia, así como su Voto particular es trascendental no por esa distinción académica que hace entre el caso fortuito y la fuerza mayor sino por situar la cuestión de los riesgos del progreso en su terreno propio, es decir, en el de la lesión o antijuricidad, como veremos más adelante. En lo que atañe a la referida distinción y en asunto de hepatitis C contraída en 1976 por transfusión sanguínea realizada en hospital público, dice:

*"fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización... b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente*

<sup>26</sup> Ar. 4917. Resalta la idea de la exterioridad material la STS. De 28 de junio de 1983: "suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, como guerras, terremotos, etc., pero aquellos eventos internos intrínsecos ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos, como es una rotura o una obstrucción de una conducción de aguas, nunca constituyen fuerza mayor."

<sup>27</sup> Ponente: el Magistrado y profesor D. Francisco GONZALEZ NAVARRO. AR. 6154.

*irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio...*

*Establecido que en el caso de autos no puede hablarse de fuerza mayor en la producción del resultado, debe ahora determinarse la trascendencia de la alegación del INSALUD sobre los conocimientos médicos en la fecha en que tuvieron lugar los actos médicos a los que se anuda la responsabilidad patrimonial que se demanda. Y esto no sólo por agotar el razonamiento, sino también por la conveniencia de examinar el problema con la nueva luz que aporta la nueva redacción dada al artículo 141.1 LRJ-PAC por la reciente Ley 4/1999, de 13 de que ha modificado la Ley 30/1992."*

## **2. El pragmatismo de la jurisprudencia civil. Exclusión del criterio distintivo caso fortuito-fuerza mayor y asunción del criterio de la culpa.**

Como es bien sabido, los Tribunales civiles no han declinado de conocer asuntos sobre responsabilidad de la Administración, contribuyendo así a la desunificación del fuero en esta materia o, dicho de otro modo, a ese "peregrinaje" jurisdiccional tan denostado, erradicado de forma decidida por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4) de 13 de julio de 1998 y la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2-e)<sup>28</sup>. Parece claro que la unidad jurisdiccional en esta materia es en sí misma un logro encomiable, tanto lo haya sido a favor de la contenciosa como si lo hubiera sido en favor de la civil; lo que queremos indicar es que esta operación debe llevar aparejada una seria reflexión en el seno de la jurisdicción contencioso administrativa, en este momento histórico en el que se hace con el monopolio de la competencia, sobre cual es el "estado de los conocimientos de la ciencia" sobre estos problemas, mirando atentamente lo ocurrido a extramuros de su propia sede, no vaya a ser que el "progreso" que en abstracto representa esa unificación del fuero comporte una situación de riesgo para el ciudadano, para la Administración, o para el sistema mismo.

<sup>28</sup> La explicación de esa postura, reveladora de una cierta contumacia en la retención, a todas luces impropia, de esa competencia, puede encontrarse, de una parte, en el buen propósito de no dilatar más el conocimiento de causas que aunque jurisdiccionalmente mal residenciadas reclaman pronta solución; y, de otra parte, por la razón más sustancial de que por razones históricas que no es necesario recordar, el juez civil se considera el juez natural en materia de responsabilidad patrimonial.

En efecto, esas jurisdicciones distintas de la contenciosa también han contribuido a enriquecer, a golpes de pragmatismo y buen sentido -al igual que ha ocurrido en el propio sistema de la responsabilidad por culpa-<sup>29</sup>, los modos de resolver los problemas peculiares que plantea el instituto de la responsabilidad en el ámbito de la asistencia sanitaria, abandonando el criterio de la causalidad ciega y distinguiendo, aun a costa de traicionar los postulados "puros" de la responsabilidad objetiva, entre la obligación de medios y la de resultado y entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público, introduciendo para ello ingredientes culpabilísticos mas o menos visibles<sup>30</sup> y dando así salida flexible a innumerables supuestos muy difíciles de resolver de modo razonable desde la única perspectiva de la relación de causalidad, que es el canon "ortodoxo" que se ven compelidos a utilizar los jueces y tribunales de lo contencioso administrativo en el marco de la responsabilidad objetiva; rígido corsé de cuya asfixia suelen aliviarse estos tribunales mediante la instrumentación táctica del *onus probandi*, elemento éste que a la postre cumple, de manera tan impropia como arbitraria, el papel de mecanismo regulador de la dureza o blandura con la que haya de tratarse a la Administración en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. En suma, ese "caos jurisdiccional" tan despreciado, al que ha concurrido también la jurisdicción laboral, ha propiciado la incorporación de criterios flexibles aunque extraños al sistema de responsabilidad objetiva pura y al modo en que desde el Derecho Administrativo -mucho más rudimentario en esta materia, hay que decirlo- se han manejado algunos conceptos (así, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, la indiferencia de consecuencias entre el funcionamiento normal y anormal del servi-

<sup>29</sup> Es expresivo de ello cómo en el propio ámbito de la responsabilidad culposa ex art. 1902 y ss. del Código Civil, los tribunales de este orden han incorporado elementos cuasi-objetivos a la vista de un modelo de relaciones sociales y económicas masificadas donde cobra un peso decisivo el factor de "puesta en riesgo" en contra del agente productor de tales riesgos. También se pone esto de manifiesto a través de la doctrina del "daño desproporcionado", liberatorio para el damnificado de la demostración del nexo causal o de la culpa del agente, del que dan ejemplo las Sentencias de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 1998 (Ar. 7548) y 29 de junio de 1999 (Ar. 4895).

Esa actitud reductora de planteamientos maximalistas se pone también de manifiesto a la inversa; así, los tribunales civiles han moderado en no pocas ocasiones los drásticos efectos a que llevaría una aplicación pura de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios, que a más de una responsabilidad de carácter objetivo desplaza la carga de la prueba al agente productor del daño, aspecto éste que ha sido objeto de corrección en función de las circunstancias de cada caso.

<sup>30</sup> Tal sucede con el manejo del parámetro de la "lex artis ad hoc" como canon de actuación diligente, es decir la utilización de "cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto" (STS., Civil, 22 de mayo de 1.999, Ar. 3359)., parámetro que viene a operar como una especificación del concepto de "funcionamiento normal" como causa exculpatoria o excluyente de la responsabilidad.

cio, el reparto de la carga de la prueba, entre otros). Ahora, una vez consolidada la unidad de fuero jurisdiccional a favor del contencioso, este se ve abocado a absorber todo el sistema con el consiguiente peligro de que la tradicional rigidez de planteamientos en esta sede pueda acabar desechando los avances conseguidos en esos otros órdenes jurisdiccionales.

Si algún rasgo caracteriza a la jurisprudencia civil recaída en los asuntos que nos ocupan ha sido su ausencia de planteamientos dogmáticos sobre la concurrencia o no de fuerza mayor así como el manejo decidido de la idea de culpa. Como hemos destacado en otro lugar<sup>31</sup>, la Sala de lo Civil abunda en su doctrina según la cual la prestación sanitaria es una obligación de medios y no de resultado. La prueba de la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* corresponde al demandante, salvo en los casos de daños desproporcionados en los que puede hablarse de un *fumus* de negligencia *-res ipsa loquitur-* a la vista del resultado dañoso.

Así, en diversos supuestos en que el contagio tuvo lugar en torno al momento de conocerse la existencia del virus, la Sala de lo Civil:

a) Descarta que tuviera relevancia alguna que se hubiera dictado o no la disposición que instauró el deber de practicar el test, pues

*"los síntomas y vías de transmisión no obstante ya eran conocidos en círculos científicos y en la opinión pública, por lo que existe negligencia médica"*<sup>32</sup>... [y]

*"se debieron adoptar medidas preventivas e informar de los riesgos a los pacientes"*<sup>33</sup>

b) Incluso el simple conocimiento de que había casos de enfermedad por contaminación, aunque no se supiese la causa, ya implicaba negligencia. La transfusión tuvo lugar en 1983, y aún así estima la Sala que

*"aun sin haberse aislado los respectivos virus ni existir test a nivel mundial, ante la detección de casos se debieron reservar las transfusiones a casos de riesgo vital o de consecuencias graves e irreparables para la salud, en casos de inexistencia de medios alternativos de curación y siempre con información de riesgos"*<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Vid. GUICHOT REINA, Emilio y LOPEZ MENUDO, F., en "Justicia Administrativa", núm. 6, enero 2000, Edit. Lex Nova, págs. 164 y ss., con reseña de sentencias y comentarios.

<sup>32</sup> STS de 9 de marzo de 1999, Ar. 1368 hepatitis C; y 28 de diciembre de 1998, Ar. 10161,

<sup>33</sup> STS de 24 de junio de 1997, caso de SIDA. Ar. 5208.

<sup>34</sup> STS. 18 de febrero de 1997 (SIDA y Hepatitis C), Ar. 1240

c) También hay responsabilidad aunque se alegue la existencia de "período ventana". No es caso de fuerza mayor, porque no es un daño necesario [?] e inevitable<sup>35</sup>

Como puede observarse, el estándar de diligencia manejado es muy elevado. Tales pronunciamientos, interpretados *a sensu contrario*, presuponen que el estándar solo se entendería cumplido en supuestos muy cualificados de transfusiones absolutamente necesarias realizadas antes de la detección del virus por la comunidad científica y de la existencia a nivel mundial de cualquier test.

En esta misma línea es preciso citar la Sentencia T.S. de la Sala de lo Social de 5 de junio de 1991<sup>36</sup>. Aunque la transfusión que fue causa de la hepatitis C tuvo lugar en 1986 cuando no existía a nivel mundial forma de detectar el virus, la Sentencia declara que el daño no era necesario ni inevitable y que se trataba de caso fortuito y no de fuerza mayor. La cita de la Sentencia es importante porque su tesis, ciertamente rigurosa en extremo, puso las bases para la reacción de la propia Sala, que cambió radicalmente el concepto de fuerza mayor a través de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997 que analizaremos en el siguiente epígrafe.

Antes de proseguir es oportuno precisar que esta era la situación cuando en enero de 1997 fue redactado el nuevo artículo 141 de la Ley 30/1992, es decir, en un momento en que la jurisprudencia no permitía acomodar estos casos de contaminación sanguínea en el concepto de fuerza mayor, por lo que mal puede entenderse, como ya hemos observado más arriba, que la causa de exclusión de la responsabilidad que dicho artículo contiene fuera introducida en la Ley como una especificación de la fuerza mayor. Es ilustrativo de este proceso evolutivo de la jurisprudencia el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 152/1999 de 4 de noviembre que da cuenta de la necesidad de acomodar las decisiones administrativas a la doctrina dominante del Tribunal Supremo que por entonces no reconocía otra causa de exclusión que la fuerza mayor, resistiéndose por añadidura a subsumir los riesgos del progreso en tal categoría. El Consejo Consultivo sostuvo en un primer momento la tesis de que estos casos constituían causa de exoneración por ausencia de antijuricidad, rectificando luego y acercándose por puro acatamiento, que no por convicción doctrinal, a la tesis del Tribunal Supremo, si bien entendiendo que esos riesgos podían incluirse en la categoría de la fuerza mayor, tal como el propio Tribunal Supremo reconoció después con la repetida Sentencia de 22 de diciembre de 1997.

*"Este Organismo consultivo, desde su dictamen 3/1995, considera el estado de la ciencia como un elemento clave que, en determinados casos, exonera de responsabilidad*

<sup>35</sup> STS. 28 octubre 1998 (Hepatitis B), Ar. 8928

<sup>36</sup> Ar. 5131

patrimonial a la Administración imputada. A dicha conclusión se llega tras el análisis de la naturaleza de la responsabilidad objetiva, que no puede extenderse hasta abarcar supuestos ocasionados por hechos de cuyas consecuencias no se podía tener conocimiento al momento de producirse, ni convertirse en un seguro de todo lo que acontezca o pueda acontecer a las personas en relación mediata o inmediata con el actuar administrativo.

A esta misma problemática se refiere el dictamen 65/1995, donde tras reiterar la virtualidad conceptual de la vía apuntada- se indica que, no obstante, no puede ignorarse que una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo consagra a la fuerza mayor como "la única hipótesis excepcionante de la responsabilidad de la Administración" (por todas, Sentencia de 4 de noviembre de 1993), concluyendo que, en tanto la jurisprudencia no acoja razonamientos similares al señalado, resulta prudente que la Administración se sitúe en la perspectiva de la fuerza mayor.

Desde el indicado prisma, ha de entenderse que cuando los artículos 106 de la Constitución y 139.1. de la Ley 30/1992 contemplan los casos de fuerza mayor como una excepción al principio general de responsabilidad objetiva por las lesiones causadas por el funcionamiento de un servicio público, lo hacen en consideración a que, en ellos, de ninguna manera es posible para la Administración evitar el resultado lesivo, siendo así que ningún sistema de responsabilidad puede desenvolverse al margen de la realidad sobre la que se proyecta. Y es que, conforme al aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*, no resulta concebible una exigencia de responsabilidad por acciones u omisiones materialmente inalcanzables en un determinado momento histórico.

Este modo de ver ha tenido un importante refrendo en la modificación introducida por la Ley 4/1999 de 14 de enero en el artículo 141 de la Ley 30/1992... Ciertamente la norma no es aplicable al caso sometido a dictamen, dada la fecha en que se produjeron los hechos que sirven de base a la reclamación; no obstante, sí que puede invocarse en la medida en que viene a revestir con la veste de la Ley, tesis mantenida con anterioridad por este Órgano consultivo.

### 3. La subsunción de los riesgos del progreso en la fuerza mayor. La doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997<sup>37</sup>.

Aunque existe constancia de algún precedente a la Sentencia que ahora analizamos<sup>38</sup>, esta es destacable no

<sup>37</sup> Sala de lo Social. Ponente: Excmo. Sr. D. Julio González Peña. Ar. 737/1998.

sólo por incardinar los riesgos del desarrollo en la categoría de la fuerza mayor sino por poner en cuestión el criterio definidor de este concepto al replantear qué deba entenderse por circunstancia "externa" al servicio. Como hemos indicado anteriormente el "yunque" sobre el que martillea la Sentencia no es otro que el pronunciamiento de la propia Sala de 5 de junio de 1991. Se trataba de un caso de contagio de Hepatitis C contraído en hospital público en 1985. El Tribunal declara que el daño era *imprevisible e inevitable* y *externo* al actuar administrativo. La riqueza de su contenido merece la transcripción de algunos de sus pasajes esenciales:

*"Ante todo hay que indicar, como señalaba la Sentencia de 5 junio 1991 que en la regulación de la asistencia sanitaria se establece una obligación de actuar sin garantizar en términos absolutos las consecuencias de la actuación sanitaria, pero inicialmente, como razona la sentencia, dicha asistencia está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio que como tal es responsable de las lesiones que por su funcionamiento normal o anormal pueda sufrir todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor.*

*Por ello el problema litigioso se reconduce al examen de la responsabilidad objetiva y la causa de su exoneración, en el que **procede modificar la afirmación de la Sentencia de 5 junio 1991**, por entender que la calificación que corresponde a esa circunstancia de falta de conocimiento de la enfermedad y en consecuencia de su detección es la de fuerza mayor.*

*Ante todo hay que poner de manifiesto que no existe en nuestro derecho una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1105 del Código Civil se establece una regulación omnicompreensiva de ambos supuestos, en la que se exige, como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. La distinción es de origen doctrinal y jurisprudencial poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad fuerza mayor-, o en la previsión y evitabilidad caso fortuito- o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor -fuerza mayor-, o en el ámbito interno -caso fortuito-. Se menciona así en esta doctrina, como expresiones del segundo, las averías, accidentes*

<sup>38</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de noviembre de 1996 que califica un caso de contagio de hepatitis C como un supuesto de fuerza mayor: "son accidentes-riesgos del desarrollo- que deben quedar excluidos de la responsabilidad".

profesionales y como ejemplo de la primera causa de exclusión, los supuestos de guerra, rayo, etc., pero indudablemente estos ejemplos son simplemente orientativos.

Pero en esta distinción, como decimos de creación doctrinal y jurisprudencial, no se pueden olvidar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1105 del Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así **también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan inculpar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos.** En la doctrina objetiva cuanto pasa en el círculo interno, que es el calificado como supuesto de caso fortuito, lo es en tanto constituye un hecho previsible o evitable. Las doctrinas de referencia establecen criterios de diferenciación entre ambos supuestos, el caso fortuito y la fuerza mayor, pero no pueden imponer criterios de definición ya que éstos los estableció el legislador en el artículo 1105 del Código Civil.

.. hay que tener en cuenta que la actuación de la Entidad Gestora va dirigida a conservar o restablecer la salud de los interesados... [que]... no pueden exigir un resultado, ni una información que está fuera de las reglas del conocimiento humano, como ocurría con la dolencia que posteriormente se detectó a la actora. Estamos ante un suceso extraordinario que no puede comprenderse dentro del proceso ordinario de un tratamiento... pues **la prevención era imposible y externa a la actuación del demandado recurrido, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, indudablemente no se le podía exigir que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba dentro de todo el Estado.** Avanzando un paso más se podría afirmar que se llegaría a una situación absurda, conociendo la enfermedad y no el medio de detección, que por el consentimiento informado podría llegarse a la exoneración de responsabilidad, y ésta no se alcanzase en el supuesto litigioso en el que se desconocía la propia existencia del virus.

Aplicar la doctrina del hecho externo con la significación de referirla únicamente a hechos extraordinarios de la naturaleza o de la actividad humana sin ninguna matización, significa que en estos momentos se están produciendo actuaciones

correctas del INSALUD, prescribiendo tratamientos, que por su misma naturaleza tienen no sólo virtudes curativas sino también en muchos casos efectos perjudiciales, que en un futuro darían lugar a poder exigirle responsabilidades, con la consiguiente indemnización compensatoria, si se descubren nuevas dolencias, tratamientos, o efectos negativos de los medicamentos, como pueden ser efectos cancerígenos que pongan de relieve una actuación errónea a la luz de esos nuevos avances científicos, y que en el momento del tratamiento era correcta, como ocurrió en el caso litigioso.

Por todo lo expuesto hay que concluir que al producirse el daño por un **hecho externo** a la actuación del INSALUD estamos ante la causa de exoneración que prevé la norma."

## VI. LOS DAÑOS EXCUSABLES DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO COMO UNA CAUSA NATURAL DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Es obligado el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 de la Sala de lo Contencioso<sup>39</sup>, primera que ha hecho aplicación del artículo 141.1. en su nueva redacción. La Sentencia reconoce la cláusula como lo que es, o sea, como una causa de justificación o de no antijuricidad, si bien su propio corte didáctico, como ya notamos *supra*, le lleva a adentrarse en distinciones conceptuales entre el caso fortuito y la fuerza mayor que más que clarificar producen cierta perturbación en la nitidez de su excelente línea doctrinal.

Basada en la negación de que una hepatitis C, contraída en enero de 1976, constituya un caso de fuerza mayor, dada la rígida vinculación que establece entre esta categoría y el dato de la externidad, la Sentencia no se hace eco de la de 22 de diciembre de 1997, comentada en el epígrafe anterior- sitúa el supuesto en el terreno de la no antijuricidad en tanto la ignorancia de los conocimientos científicos haya sido probada por la Administración, decantándose, ante la falta de probanza en el caso de Autos, por la inserción del supuesto en el caso fortuito determinante de la responsabilidad administrativa. Así:

"... hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor. En tales casos no sería ra-

<sup>39</sup> Ya comentada más arriba, Epígrafe V.1. Ponente: González Navarro. Ar. 6154. Un comentario a la Sentencia en GUICHOT REINA, E. y LOPEZ MENUDO, F., "Justicia Administrativa", Edit. Lex Nova, núm. 7, Abril 2000.

zorable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva. Lo cual no quiere decir que estemos ante una ampliación del concepto de caso fortuito, sino que la razón hay que buscarla en la no ilicitud del resultado, es decir en la ausencia de anti-juridicidad de la lesión, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, estableciendo que en tales casos, y sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación". (Fto. Quinto. B.e)

Ahora bien,

"no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración, la cual no la ha intentado siquiera según queda dicho" (Fto. Quinto B.a.)

Por tanto,

"es obligado concluir que ni ha habido fuerza mayor ni cabe hablar de ausencia de antijuridicidad de la lesión ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo -la Administración- la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo" (Fto. Quinto C)

La Sentencia cuenta con un Voto particular que secunda impecablemente en su punto Tercero<sup>40</sup> la tesis sustancial de la Sentencia, discrepando de ella sólo en lo relativo a la necesidad de probar al-

<sup>40</sup> Suscrito por los Magistrados PECES MORATE y SIEIRA MiGUEZ. Dice así: "Del precepto contenido en el citado artículo 141.1, tanto en su redacción anterior como en la actual, y de los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se desprende que las Administraciones Públicas no están obligadas a indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar (Sentencias de esta Sala de 22 de abril y 26 de septiembre de 1994, 1 de julio y 21 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 18 de octubre de 1997 y 13 de junio de 1998 -recurso de casación 768/1994, fundamento jurídico quinto, entre otras), y nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por resultado".

go que a juicio de los Magistrados disidentes era un hecho evidente que no precisaba probanza<sup>41</sup>.

En suma, esta primicia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo pone decididamente el asunto en el plano correcto y es de esperar de las sucesivas que vayan abordando un aspecto crucial de la figura cual es el de la prueba del estado de los conocimientos del que nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

Parece quedar así consolidada lo que en el rótulo hemos denominado una causa "natural" de exclusión de la responsabilidad. Se trata en todo caso de una opción del legislador, legítima, que no cuenta con obstáculo alguno de orden constitucional ni del Derecho Comunitario. En efecto, hay que notar que la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, art. 7.e) establece que «el productor no será responsable si prueba que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto».<sup>42</sup>

Como explica en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Giuseppe Tesaurò, presentadas el 23 de enero de 1997 en relación con la Sentencia del 29 de mayo siguiente, asunto "Comisión de las Comunidades Europeas

<sup>41</sup> "si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aún no se había aislado el virus de la hepatitis C, (como lo demuestra el aludido diagnóstico), resultaba imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se efectuasen para atender al restablecimiento de la salud de aquél, razón por la que no debe imponerse a la Administración demandada, como se hace en la sentencia que respetuosamente no compartimos, la carga de probar un hecho evidente, en el que el propio perjudicado basa su pretensión".

<sup>42</sup> Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentario al artículo 28 en "Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", Edit. Civitas, Madrid, 1992. PARRA ILLICAN, M.A. Daños por productos y protección del consumidor, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1990., pags. 621 y ss. Como es sabido, la Ley 22/94, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos transpone la Directiva 85/374/CEE. Su Exposición de Motivos señala que "siguiendo la Directiva, la Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran"; y el artículo 6, entre las causas de exoneración contempla: e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

El artículo 15.1.b) de la Directiva permite a cada Estado miembro mantener o introducir en su legislación la regla de la responsabilidad del productor aunque este pruebe que en el momento de puesta en circulación del producto el estado del conocimiento no permitía detectar el defecto. El legislador español, hizo aplicación de su discrecionalidad al respecto, estableciendo en el apartado 3. del propio artículo: "En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo".

contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte<sup>43</sup>, la Comisión optó por dicha fórmula, o sea, "un régimen de responsabilidad objetiva no absoluta, sino limitada, de conformidad con un principio de reparto igualitario de los riesgos entre el perjudicado y el productor, sobre el cual deben recaer exclusivamente los riesgos calculables, y no los riesgos de desarrollo, que, de por sí son incalculables. Por consiguiente, con arreglo a la Directiva, para que el productor sea considerado responsable de los defectos del producto, el perjudicado debe probar el daño, la existencia del defecto del producto y el nexo de causalidad entre uno y otro, pero no la culpa del productor".

Sin embargo, continúa el Abogado General- "este último puede liberarse de la responsabilidad si demuestra que el "state of the art" no permitía considerar defectuoso el producto en el momento de su difusión en el mercado. Esto es lo que establece la letra e) del artículo 7 de la Directiva".

También recuerda el Sr. Tesoro en sus Conclusiones, cómo la propuesta de la Comisión iba en principio más allá del régimen de "strict liability" (estricta responsabilidad) de modo tal que no admitía la prueba exoneratoria del productor, quien sería responsable de los daños causados por los defectos de la cosa, prescindiendo del hecho de que los conociera. De este modo se excluía la posibilidad del productor de invocar la excepción basada en el "state of the art". En otras palabras, se terminaba imputando a los productores también la esfera de los denominados "riesgos de desarrollo".

Y a propósito de las repercusiones que un sistema de responsabilidad indiscriminado puede conllevar vale la pena transcribir las observaciones del Abogado General:

"no es inoportuno recordar que en Estados Unidos la jurisprudencia había mostrado una propensión hacia la afirmación de la responsabilidad absoluta del productor, en especial en el sector de los productos farmacéuticos. No obstante, la "indiscriminate expansion of substantive tort liability" resultante de dicha jurisprudencia, por la que se declaraba la responsabilidad en todos los casos y a toda costa, rechazando la excepción basada en el "state of the art", provocó una crisis del mercado asegurador tan profunda que llegó a excluir determinadas actividades económicas de la cobertura de los seguros. Por este motivo, recientemente se han manifestado señales tanto o jurisprudenciales co-

mo normativas que apuntan a una inversión de la tendencia y a un retorno de las reglas de la responsabilidad objetiva ya no absoluta."<sup>44</sup>

El problema es ciertamente arduo y de ello se ocupa el "Libro Verde de la Comisión Europea relativo a la responsabilidad civil por productos defectuosos", de octubre de 1999, iniciativa que tiene la doble finalidad de recabar información que permita evaluar los efectos de la Directiva 85/374/CEE y estudiar las reacciones de los sectores interesados en relación con una posible revisión del contenido de la misma, en orden a determinar si la supresión de la exención del productor por los riesgos del desarrollo -cuyo reconocimiento no es actualmente obligatorio para los Estados miembros- tendría consecuencias altamente perjudiciales para la industria o el sector de los seguros.

En cualquier caso, por las razones ya apuntadas, la exención de los servicios sanitarios públicos está plenamente justificada y queda a nuestro juicio muy al margen tanto del concepto de "productor" implicado en las relaciones económicas de la que se ocupa la Directiva en cuestión.

## VII. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA.

Cuestión decisiva es la fijación del correcto del estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia. A nuestro juicio, ese deber de diligencia debe ser muy alto de tal modo que deben desecharse *a radice*, aquellos criterios que favorezcan la relajación o la fácil justificación de los servicios públicos sanitarios ante los riesgos. Por consiguiente, debe quedar de todo punto erradicada la idea de que el estado de los conocimientos haya de ponerse en relación con el que exista en un concreto hospital, o el que sea posible por

<sup>43</sup> Asunto C-300/95 Rec.p. I-2649. Vid. LETE ACHIRICA, J. *Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997, "Actualidad Civil"*, núm. 27, 1998. Asimismo, GARCIA RUIBIO, M.P., *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad...*, ob. cit. supra.

<sup>44</sup> "Al respecto, véanse los comentarios de PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law* /LA CRISI DEL SEGURO CORREINTE Y LA MODERNA TORT LEY/, en 96 Yale Law Journal 1589 (1987); ídem, "La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli stati Uniti d'America", en Foro italiano, 1989, IV, pp. 119 y ss. En esta última obra, el autor lanza al mundo jurídico europeo una advertencia que debe tenerse muy presente. "El Tribunal Supremo de California, en el asunto Brown, y la nueva normativa de New Jersey han comenzado a revisar las premisas de la norma de "strict liability" existente en el sector de la responsabilidad derivada de los productos. Será importante comprobar si los Estados europeos, en la ejecución concreta de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, en la que se adoptó el criterio de la "strict liability" veinticinco años después de su introducción en Estados Unidos, aceptarán las premisas teóricas originarias de ese régimen que, posteriormente, han llevado a Estados Unidos a una situación de crisis o, por el contrario, acogerán la contrarrevolución que acaba de iniciar".

imperativos económicos en un determinado territorio, o incluso en el conjunto del país. La nueva cláusula del artículo 141.1. de la Ley 30/1992 no ha de ser entendida como una medida facilitadora de conductas irresponsables de la Administración, sino como una previsión legal definidora del sistema que trata de poner orden y coto a los excesos en pro y en contra que han sido proverbiales en esta materia.

Los niveles de diligencia han de situarse en el plano riguroso con los que se ha manejado hasta el momento la jurisprudencia examinada, bien que ahora trasladando ese rigor al nuevo contexto técnico en el que ha de desenvolverse. En esto le queda a los Tribunales camino que recorrer. Pero es oportuno recordar, como parámetros de referencia, los postulados que al respecto han sido enunciados por el Abogado General Sr. Tesouro en sus Conclusiones a la Sentencia CEE antes comentada:

a) deben imputarse al productor los riesgos previsibles, frente a los cuales puede protegerse bien con carácter preventivo, incrementando la experimentación y las inversiones en investigación, o bien, posteriormente, celebrando un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños causados por el defecto del producto.

b) el estado de los conocimientos científicos no puede identificarse con las opiniones expresadas por la mayoría de los estudiosos, sino con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento.

c) Desde el momento en que, en el panorama científico contemporáneo exista una sola voz aislada que haya señalado el potencial carácter defectuoso y/o peligroso del producto, su fabricante ya no está ante un riesgo imprevisible.

d) El “estado de los conocimientos disponibles” debe entenderse de un modo que comprenda todos los datos

presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, habida cuenta, no obstante, según un criterio de racionalidad, de las posibilidades concretas de circulación de la información.

Una última reflexión que estimamos importante y que viene a probar la inconsecuencia de extrapolar soluciones acuñadas en un contexto jurídico determinado a otros subsistemas jurídicos donde rigen principios propios y problemas peculiares. De la propia Directiva comunitaria se deduce un reparto de las cargas según el cual al productor corresponde hacer frente a los riesgos calculables, mientras que al damnificado le toca probar la existencia del daño, la del defecto del producto y la relación de causalidad; es decir, el deber de levantar una carga probatoria inmensa, inasequible la mayoría de las veces en el ámbito de la asistencia hospitalaria. Una exigencia realmente leonina, absolutamente reñida con las posibilidades de defensa de los sujetos que han sufrido los daños que estamos considerando. La jurisprudencia española brinda soluciones más flexibles en cuanto al desplazamiento de la carga de la prueba, en función de las características del caso. Creemos nosotros que el sistema de responsabilidad objetiva que rige para la Administración Pública, tan pretendidamente generoso en abstracto por el efecto deslumbrador que a primera vista produce el hecho de basarse en la pura relación causal, tiene la gran asignatura pendiente de afinar lo relativo a la carga de la prueba, porque a veces los pronunciamientos enfatizadores de la generosidad del sistema que suelen lucir las Sentencias de nuestros Tribunales contencioso-administrativos quedan en la nada o en muy poco, si todo ello queda rebajado en la práctica con un desplazamiento del *onus probandi* a veces materialmente imposible. Pero este es tema de otro estudio; quede simplemente apuntada esta reflexión.

