

# ¿EL FIN DEL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL? (\*)

*Pablo García Manzano*  
Magistrado del Tribunal Constitucional

Buenos días. Muchas gracias a mi compañero por sus amables y excesivas palabras de presentación, y gracias por sus conocimientos, porque ha dado una miniponencia y demuestra, porque le salen por los poros, su conocimiento del problema.

Después de la conferencia del profesor Pantaleón, yo tengo todas las papeletas para garantizar el aburrimiento del auditorio. Yo también me sumo al agradecimiento a los organizadores de estas jornadas, a la Asociación Juristas de la Salud ya la Escuela Gallega de Administración Sanitaria, y les agradezco que me hayan invitado a poder compartir estas jornadas con los ponentes tan ilustres y tan doctos que han pasado por esta tribuna.

Voy a tratar, en primer lugar, de calificar de acertado el tema de mi ponencia, porque no lo han hecho en tono asertivo, sino en tono interrogante: ¿fin del peregrinaje jurisdiccional? No seré yo quien dé una respuesta afirmativa, aunque me inclino por ella, pero me parece que el primer acierto es ya colocarlo entre interrogantes.

Creo que son peligrosas las materias jurídicas en las que se produce una aluvión de doctrina, de sentencias, de preocupaciones, y que tiene eco, además, en los medios de comunicación. Son peligrosas porque la reflexión jurídica no se produce entonces con sosiego, no se produce por evolución, se produce más por aluvión, por incorporación y creo que algo de esto ha sucedido con la responsabilidad de la Administración sanitaria. He tocado enseguida la Administración, porque vamos a dejar la medicina privada a un lado. Yo voy a dejar a un lado dos cosas o dos materias: una, la medicina preventiva, naturalmente, y otra, la responsabilidad penal o exigible en vía penal, de los profesionales sanitarios, incluso de los vinculados a Entes públicos.

Voy a centrar el problema en la responsabilidad de la Administración sanitaria y también en la responsabilidad civil, si es exigible hoy en esta vía, de los profesionales sanitarios. Yo creo que un problema de esta naturaleza debe ser precedido siempre de las premisas, por muy sabias que éstas sean, y yo quiero destacar rapidísimamente, para entrar en el problema, dos premisas.

La primera es que el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es un sistema, y así lo califica el Constituyente cuando le atribuye competencia exclusiva -y no de bases, como se ha dicho a veces, exclusiva para regular el sistema de responsabilidad patrimonial (Entre paréntesis, llama la atención que alguna ley autonómica, como la de Cataluña, establezca competencias de desarrollo legislativo en esta materia).

Y la otra premisa es que esta responsabilidad, desde la vieja Ley de 1954 -retocada ahora, curiosamente (la de expropiación) por la Ley de ordenación de la edificación en una pérdida adicional, como suele ser desgraciadamente habitual, en la que se reforma el régimen de reversión expropiatoria, pero ésa es otra cuestión siempre se ha caracterizado por dos características. Yo creo que las dos hacen muy al caso y requieren de alguna reflexión: esta responsabilidad es directa y es objetiva. Se ha analizado más y se ha profundizado más en el carácter objetivo y se ha olvidado un tanto que la responsabilidad es directa.

Antes de enfrentarnos con lo que de específico tiene la responsabilidad de quienes (médicos, ATS y personal sanitario de toda índole) prestan servicios vinculados a un ente público sanitario, yo quisiera decir algo sobre las dos notas a las que acabo de aludir. Responsabilidad directa porque el funcionario desaparece como responsable. No estoy afirmando que el funcionario no tenga responsabilidad, ni que no le sea exigible la responsabilidad, sino que la tiene frente al lesionado, al particular lesionado. ¿y particular por qué? Particular no excluye a las personas jurídico-públicas ni a las personas jurídicas, por supuesto, privadas; particular excluye a los funcionarios, justa-

---

\* Este trabajo es una transcripción revisada de la ponencia presentada por el autor en el marco del VIII Congreso "Derecho y Salud" (Santiago de Compostela, noviembre de 1999).

mente. Cuando desde siempre se ha dicho "los particulares podrán reclamar", quienes no pueden reclamar son los funcionarios en tanto que funcionarios. PUES por esto mismo, porque están incardinados en la Administración, forman parte de ella, actúan en nombre de ella, orgánicamente, y imputan a ella sus actos, sean estos jurídicos, sean actos de aplicación de técnicas materiales. y de ahí lo de exigencia directa. Nuestro legislador (Ley de 1954, Ley de régimen jurídico de 1957, Constitución -el 106-, Ley 30/92, reforma de la 30/92, Ley de la jurisdicción contenciosa), ninguno de esos legisladores se ha separado de esta característica: la responsabilidad patrimonial, es decir, extracontractual de las Administraciones públicas es de carácter directo. ¿Qué quiere decir?: que el particular lesionado, frente a quien ha de dirigir su acción resarcitoria, es frente a la Administración titular del servicio que ha ocasionado el daño: no frente al funcionario, agente o persona vinculada a esa administración, sino directamente a la Administración. Quiero detenerme aquí, porque después vendrán los problemas de cómo se puede un lesionado dirigir a también a un médico al que estime culpable, con dolo o culpa grave.

Segundo: objetiva. Está produciéndose una quiebra de la objetividad, diría yo. Vamos a ver, se ha entendido siempre, y yo creo que se ha extendido inercialmente que como la Ley de expropiación y la Ley de régimen jurídico y en las leyes sucesivas se exige responsabilidad a una Administración pública, esa responsabilidad no requiere, como requisito para la procedencia de la indemnización, que incurra en culpa -culpa o dolo que no haya, para emplear el tópico, "reproche culpabilístico" a aquella Administración a la que se imputa el daño. ¿Pero se puede llevar esta responsabilidad objetiva a todos sus extremos? ¿No ha habido matizaciones en un sentido y en otro diverso? ¿No ha suavizado, desde el otro lado, la jurisprudencia civil la exigencia de culpa cuando llega a hablar, como recoge el profesor Diez-Picazo, recientemente, de "culpa quasi objetiva? ¿No se está acercando a la teoría del riesgo más que en el reproche por culpa, para ir más intensamente dando lugar a las acciones resarcitorias? y en sentido contrario, desde el propio Consejo de Estado, el profesor Rodríguez Piñero, haciéndolo explícito en un trabajo doctrinal, ¿no está el Órgano consultivo, y quizás alguna incipiente línea jurisprudencial, comenzando a decir que la responsabilidad objetiva aplicada a daños provenientes de tratamientos sanitarios que no son de resultado sino de medios requieren, para imputarlos al Ente público por el cual actúan esos médicos, una infracción de la *lex artis*, una desatención en las técnicas o en los procedimientos curativos, terapéuticos, diagnósticos, etc. ?

Bien, yo dejo aquí el problema. A mí me parece que hay dos líneas que quizás sean convergentes: una de la jurisdicción civil, que inicialmente, y me parece correcto, debe de buscar en el demandado, cuando se le quiere imputar una indemnización, una culpa; y otra de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se enfrenta con el problema de responsabilidad sanitaria. Hasta qué punto están, yo no voy a decir abandonando, pero sí modulando esa responsabilidad objetiva.

He de entrar ya en el tema concreto del denominado "peregrinaje de jurisdicciones" (por cierto la expresión originaria se halla, según creo, en una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).

¿Por qué han intervenido tres jurisdicciones? Vamos primero a la causa del peregrinaje y vamos después a comprobar si tenemos ya un legislador que haya puesto orden y que haya unificado -evitado el peregrinaje diciendo "aquí hay una jurisdicción que debe conocer", y quiero dejar para el final otro aspecto, porque el que haya una única jurisdicción que dar a conocer, que es pretendidamente la contencioso-administrativa, no evita todos los problemas. Aparecen problemas, como aparece la vía de regreso de necesario ejercicio. Las palabras del legislador están en los textos legales, pero su aplicación, luego, plantea enormes problemas.

Resumiendo, la causa del peregrinaje es que confluyen varios aspectos en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; primero, no se entiende bien lo de exigencia directa, se individualiza el autor del daño, se piensa que la jurisdicción civil es más rápida que la contenciosa y si son instituciones gestoras de la Seguridad Social -tanto en el territorio Insalud como en los homólogos de las Comunidades Autónomas (el SERGAS en Galicia, el Servicio Valenciano de Salud o el SAS andaluz) se piensa que por la vía de lo social, cuando son Seguridad Social y beneficiarios, se va a obtener más rápidamente una solución.

Y entonces comienzan a producirse cuestiones procesalmente disonantes: la jurisdicción civil se encuentra con demandas frente a un médico -como prototípico, porque el médico podría ser ATS, fisioterapeuta o cualquier otro profesional sanitario por un daño que se imputa a un profesional sanitario, pero no suele demandarse sólo al profesional sanitario, sino que acumula (estamos en profesionales integrados al servicio de las Administraciones sanitarias) la acción y demanda al Ente público gestor del servicio, sea el Insalud, sea el hospital de la naturaleza que sea. Luego hablaremos de las personificaciones públicas y de si esto produce algún problema.

¿Y qué hace la jurisdicción civil? La jurisdicción civil asume esa competencia, siendo una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de exigencia directa, con varios argumentos, desde mi modesta opinión ninguno convincente. ¿El peregrinaje de jurisdicciones? Bien, pero el peregrinaje es una solución extralegal, extraprocesal, que a la larga, no evita las dilaciones indebidas y crea inseguridad jurídica, y este valor es un valor constitucional y muy importante: la seguridad jurídica, la certeza.

Segundo: porque yuxtapone, al asumir esta competencia, dos regímenes jurídicos distintos de responsabilidad, es decir, un régimen por culpa (el del profesional individual demandado) y un régimen objetivo (el de la Administración Pública a la que conjuntamente se demanda). El argumento es la *vis atractiva*. Bueno, hay dos argumentos: el carácter residual de la jurisdicción civil como jurisdicción matriz (esto es un viejo argumento histórico, como si hubiera una escala jerárquica entre los órdenes jurisdiccionales), y un segundo argumento que es evitar lo que se llama "dividir la contienda de la causa". Ninguno parece convincente. La doctrina, o un sector de la doctrina, ha criticado -yo creo que con razón esta tendencia a asumir la jurisdicción civil este tipo de demandas. y la jurisdicción Social las ha asumido en cuanto se trataba de prestaciones derivadas de la Seguridad Social, entendiéndolo -yo creo que muy forzosamente que eran cuestiones relativas a materias de Seguridad Social. Se llaman a la parte tres jurisdicciones: la civil, que sigue conociendo; la social, cuando se plantea en relación con beneficiarios y con Entes gestores de la Seguridad Social, y la Contencioso-administrativa, cuando se recurre frente a la Administración. Cada una, además, precedida de una vía administrativa distinta, porque no nos olvidemos, cuando se va ante la jurisdicción civil y se demanda a una Administración sanitaria, hay que seguir la reclamación previa a la vía civil; si se reclama a la social, a un ente gestor de la Seguridad Social, pero antes hay que agotar la vía de reclamación proveniente de la jurisdicción social.

Llega el momento en que, verdaderamente, se produce una insatisfacción en la doctrina, en los aplicadores del derecho, de que las tres jurisdicciones no están contribuyendo a zanjar el conflicto y la Sala especial de competencias en el Tribunal Supremo dicta un Auto -e17 de julio de 1994-, en el que trata de poner orden y establece razonadamente que la materia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Un año después, la Sala de lo Social, la llamada Sala General, desatiende directamente ese criterio y entiende que cuando se trata

de prestaciones integradas en la Seguridad Social es materia de Seguridad Social y la Ley de Procedimiento Laboral le atribuye título para conocer.

¿Qué hace el legislador, mientras tanto? En el régimen posterior a la Constitución aparece la Ley tan criticada -creo que justamente criticada 30/92, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común y quiere también poner orden, pero lo hace, como sucede a veces, de una manera oblicua o, por lo menos, no de una manera clara y frontal. Su artículo 142.6 viene a establecer que se podrá exigir o se pondrá fin a la vía administrativa, cualquiera que sea la actuación, en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado. Este precepto (artículo 142.6) da lugar a una cuestión de inconstitucionalidad que es inadmitida por el Tribunal Constitucional en un Auto de 22 de julio de 1997. ¿Por qué? Porque el proponente de la cuestión, el órgano judicial proponente de esta cuestión, entendía que se alteraba el sistema de la Ley Orgánica del Poder Judicial de distribución de órdenes jurisdiccionales, entendiéndolo que llevar al contencioso-administrativo por ley ordinaria esta competencia alteraba y vulneraba el principio de reserva de ley orgánica del artículo 122 de la Constitución (reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Constitución y funcionamiento de los Tribunales). La respuesta que da el Auto, que es un Auto de inadmisión, de la cuestión, es que ese precepto 142.6 de la Ley 30/92 no efectúa una atribución específica a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que lo que hace es entender cuándo está agotada la vía administrativa y se sitúa más en el plano del procedimiento administrativo previo. Esto se podrá compartir o no, pero ésta es la respuesta que da el Auto de 22 de julio de 1997, inadmitiendo esa cuestión.

Esto quiere decir que el problema seguía oscuro, que el legislador no había puesto suficiente claridad para entender o para dar a entender al aplicador del derecho cuál era la sede jurisdiccional donde debían llevar los lesionados, frente a la Administración sanitaria, sus problemas de acciones resarcitorias. Se aprueba el Reglamento que desarrolla esa Ley en lo relativo a la responsabilidad patrimonial, y en una disposición adicional trata también de dar una respuesta. Establece ya, refiriéndose a los Entes sanitarios, que tanto los entes que son entidad gestora del Insalud como todos los demás entes del Sistema Nacional de Salud -ahí todavía no habla del régimen de conciertos-, por los daños ocasionados -y es muy expresivo "por o con ocasión de sus actuaciones", serán susceptibles de reclamación en vía administrativa y, su-

perada o agotada ésta, en el orden contencioso-administrativo. Ahí sí que ya hay una respuesta.

Esa respuesta del Reglamento -de agosto de 1993 es utilizada por el Auto de la Sala especial de conflictos, que viene a decir a la jurisdicción social: "Jurisdicción social: deje de conocer de esas acciones de reclamación e indemnización cuando provengan de médicos o de acciones relacionadas con el sistema de Seguridad Social, porque el Reglamento de 1993 ya lo ha establecido".

Y no sin razón jurídica, un sector de la doctrina y la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene a decir: "Esa determinación competencial o de jurisdicción está contenida en una norma de insuficiente rango. Se contiene en un reglamento, en un Real Decreto, y aquí se exige rango de Ley orgánica para modificar o alterar el régimen de distribución de competencias entre las ramas jurisdiccionales" . y es necesario que, después de la Ley 30/92 y del Reglamento, venga ya -y ésta es la etapa en que nos encontramos, y yo con esto voy a terminar esta primera parte la Ley de reforma, la Ley 4 de 1999, y la Ley de lo contencioso en su bifurcación: nueva Ley de lo contencioso del 13 de julio de 1998 y reforma de 19.4 de la Ley Orgánica del poder judicial.

¿Qué es lo que estas leyes nos vienen a decir? Si yo lo tuviera que resumir, diría que lo que estas leyes vienen a decir es recordar que estamos en la responsabilidad por sanitarios vinculados, personal al servicio de un ente público bajo cualquier personificación pública, incluido en el régimen de conciertos, que es lo que a mí más dudas me ha planteado personalmente, y que la responsabilidad es de la Administración titular del servicio, sea el servicio gestionado directamente, sea el servicio gestionado a través de entidades públicas empresariales, como el Hospital Costa del Sol de Marbella, sean gestionados por conciertos vinculados singularmente con los entes públicos, sea gestionado por concierto. En todos los casos la responsabilidad es directa de la Administración. y en el artículo 145.1 , al desaparecer y reformarse el 146.2 que hablaba de la responsabilidad civil y penal del médico seguirá exigida con arreglo a su legislación correspondiente, al eliminar responsabilidad civil, lo que se está diciendo a los ciudadanos es: "Si recibe una lesión, un daño que no tenga obligación jurídica de soportar, si hay un hecho causal de que ese daño procede de la actuación de servicios médicos o sanitarios vinculados, como personal "al servicio de" un ente público que presta la asistencia sanitaria, sea en gestión directa o indirecta, el camino es la reclamación directa al Ente titular del servicio público en vía contencioso-administrativa". De modo que no se reclame al médico individualizadamente en la

vía civil, ni siquiera accionando o incorporando a esa acción otra en la que resulte demandado el Ente público sino que la responsabilidad es directa (145.1 y modificación del 146): "Exigencia directa en vía contencioso-administrativa, naturalmente, precedida de la reclamación ante el propio servicio de la propia Administración; y denegada ésta o concedida indemnización insuficiente, vía contencioso-administrativa".

Y no se queda ahí el legislador. El legislador, en la Ley de lo contencioso-administrativo, en la Ley 29/98 y en la reforma por Ley Orgánica 6/98 -el 9.4- va a añadir dos reforzamientos dirigidos -empleo la expresión conscientemente- a dejar clara la exclusión de la jurisdicción civil y la exclusión de la jurisdicción social, quizás más de la primera, y utiliza dos reforzamientos que van a dar lugar a problemas. Dos reforzamientos y un cláusula de cierre.

Voy a aludir primero a la cláusula de cierre. No quiere decir que desaparezca y se elimine la responsabilidad del agente funcionario, el personal médico, si individualizadamente se demuestra que ha habido dolo o culpa grave en la causación del daño. Si ha habido dolo o culpa grave en la causación del daño profesional sanitario, lo que procede -ésta es la cláusula de cierre es que la Administración que ha asumido esa responsabilidad directa y ha indemnizado al lesionado -y yo digo, entre paréntesis, bien en la vía administrativa, sin juicio, que puede ser que reconozca por las pruebas la Administración que resuelve, el consejero o el órgano competente, el órgano que sea de comunidad autónoma o del Insalud, y concede una indemnización cuando sea satisfecha esa indemnización al lesionado, la . Administración tendrá vía de reintegro -la vía de regreso frente a ese profesional si se demuestra que su actuación, la que ha determinado la indemnización abonada, ha incurrido en culpa grave o en dolo. Esa acción de regreso cierra el círculo, de tal manera que la responsabilidad del funcionario, llamémosle así, o del agente o del personal estatutario, se produce no frente al lesionado, pero sí se mantiene, en estos supuestos, de negligencia grave frente a la Administración. Los reforzamientos son, de un lado, que en la Ley de lo contencioso-administrativo se contiene una cláusula de atribución -el artículo 2, apartado e )después de establecer cuál es el ámbito de cognición normal. Conoce prototípicamente de la validez de los actos administrativos, pero conoce el control de legalidad de los reglamentos, de la posibilidad de *ultra vires* de los Decretos legislativos, conoce de las inactividades y omisiones, de las vías de hecho y conoce de una parte de contratos que son actos bilaterales, para entendemos, estarían en el viejo núcleo,

pero conoce también de la acción resarcitoria frente a las Administraciones, y éste es un título específico. Es que el derecho procesal es un sistema de acciones, por mucho que queramos reconducirlo a unidad. ¿Por qué conoce del sistema resarcitorio? Porque es un control de la Administración, y esto el profesor Martín Rebollo, desde siempre, lo ha puesto muy bien de relieve. A través de las técnicas de resarcimiento, se logra no sólo la indemnidad de los lesionados, sino que se logran estándares de calidad y de eficiencia de las Administraciones públicas, y las Administraciones públicas -si funcionan correctamente deben extraer de esas condenas sus consecuencias en orden al eficaz funcionamiento. Pues bien, el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que conoce de las cuestiones sobre "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad, o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social".

Pero, por otro lado, la Ley orgánica del Poder Judicial, en el artículo 9.4, hace también un reforzamiento. No le basta con decir que conocerá, asimismo, la jurisdicción contenciosa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones por los daños que cause el funcionamiento normal o anormal del servicio -dice- y del personal "al servicio de", sino también dice: "Y podrán también, en la Ley contenciosa, ser demandados si al daño concurren sujetos privados."

Bien, lo que hay que decir inmediatamente es que estos sujetos privados no son los funcionarios. Está claro. Porque antes ha hablado del personal a su servicio. En fin, en la vía contenciosa-administrativa no se demanda al funcionario, en la vía contenciosa-administrativa se exige responsabilidad de la Administración, y el punto de enfoque, de referencia, es el acto que ha denegado esa indemnización o que la ha concedido en cuantía insatisfactoria para el recurrente, a través de una resolución administrativa; que pone fin a la vía administrativa.

Cuando concurren sujetos privados, que va a ser un caso difícil en la Administración sanitaria, porque son sujetos privados y no funcionarios, se está pensando -yo creo, fundamentalmente en terceros ajenos que pueden tener concausas o producir concausas, y se está pensando, quizás también, en concesionarios del servicio, que también serán demandados. y yo aquí hago más las palabras del profesor Leguina, en un trabajo reciente: "No nos debe causar escándalo. Si no ha causado escándalo que la jurisdicción civil condene en sentencia a indemnizar a una Administración pública, cuando el juez civil no ha

sido nunca el juez de los entes públicos, tampoco debe causarlo ni debemos rasgarnos las vestiduras que el juez de lo contencioso, porque tenemos una visión muy reductora, condene no sólo a una Administración, sino que condene también, cuando procede -quizás no procede porque no aprecie culpa o porque ahí ya el estándar, el nivel es de culpa o negligencia gravea quienes, demostrándose que concurrieron a la causación del daño, con culpa o negligencia grave, hayan sido partes en el proceso, se les haya llamado al proceso, hayan tenido todas las garantías y alegaciones y de fase probatoria, y si en todo o en parte se les atribuye la culpa, se determine la obligación de abonar la indemnización".

Con relación a la vía de regreso, configurada ahora como de ejercicio obligatorio (artículo 145.2 de la Ley 30/1992, en la reforma introducida por Ley 4/1999), conviene hacer alguna precisión. La primera es que en el contencioso inicial pueda comparecer el profesional afectado. Si de alguna manera el expediente lo ha individualizado, ¿por qué? Porque lo que me parece falta de garantía es que condenar a la Administración a abonar una indemnización por vía de una sentencia firme recaída en la jurisdicción contenciosa, en cuya fundamentación o a través de la cual se desprende que lo contencioso condena porque hay una responsabilidad objetiva -más o menos objetiva-, pero puede determinar que, como es objetiva, condena, pero que ha habido una actuación sin calificar, negligente, o por lo menos está individualizada, de un personal sanitario, de un médico, de un profesional, de un ATS, y ese ATS ha podido estar al margen y ajeno a ese proceso. Si después, abonada esa indemnización a la que condena la jurisdicción contenciosa, la Administración sigue un procedimiento de reintegro de esta cantidad ya abonada, el médico que comparece en ese expediente es verdad que no puede pedir pruebas, que no podrá hacer alegaciones, pero se encuentra ya en una fase y se encuentra con una indemnización concedida ya por la jurisdicción contenciosa, con lo cual se encuentra con una situación de partida que le coloca difícilmente, o por menos le disminuye, su garantía, y no estaría de más entonces un llamamiento al proceso o un intento, al menos, de que comparezca voluntariamente -si quiere, naturalmente ese profesional para que pueda, en una posición que no sería de codemandado, pero sí de coadyuvante -de comparecido en el proceso-, que pueda alegar o que pueda hacer alegaciones dirigidas no solamente a la procedencia e improcedencia, sino incluso al *quantum* indemnizatorio, porque, al final, si hay culpa o negligencia imputable a él, va a repercutir.

Dejemos claro que la jurisdicción social no debe entender que se trata de materia de Seguridad Social, porque no está en juego la relación de beneficiario con la seguridad, no estamos ante problemas de cotización, de períodos, de alcance, de defectuosas prestaciones sanitarias, estamos ante actuaciones que vinculan el servicio público sanitario. Porque, en definitiva, ésta es la otra premisa. Estamos ante prestaciones que se integran en un servicio público, en funcionamiento de la Administración. Pero el problema no queda ahí. Es decir, aunque tuviéramos un foro único, que sea el de la jurisdicción contencioso-administrativa, con estos problemas un poco laterales, ¿en esta jurisdicción pueden ser demandados sujetos privados que concurren al daño? Yo eso lo veo más en los daños anónimos o no personalizados, es decir, no abandonando la Administración sanitaria, los dictámenes del Consejo de Estado y de los órganos consultivos están llenos de casos en que los daños provienen no de actuaciones clínicas o médicas, provienen de daños con ocasión de la sede en que se prestan los servicios. y miles de casos, la casuística es enorme. Pérdida de gafas, sustracción de gafas graduadas en hospitales en una fase de estancia o en una fase de cura ambulatoria, etc.

Ahí pueden concurrir terceros a producir el daño. O pueden concurrir en otras situaciones. Pero lo que me interesa decir es que el régimen jurídico sustantivo, por el hecho de que sea la jurisdicción contencioso-administrativa, se podría pensar: "Vale una mayor exigencia de responsabilidad de los profesionales sanitarios." ¿Por qué? Porque cuando es la jurisdicción civil y la social, la jurisdicción civil sigue partiendo de la idea de culpa -el 1902 y 1903 del Código civil- y la jurisdicción social va a operar también con este criterio. Sin embargo, la jurisdicción contenciosa va a ir a una responsabilidad por riesgo, y es verdad que algún ejemplo reciente hay: en una intervención quirúrgica, por ejemplo, en las transfusiones, en los contagios transfusionales de sida y hepatitis. y hay alguna sentencia reciente de contagio, incluso de etapa en que ya hay obligación de pruebas, etc., que establece responsabilidad objetiva.

¿Ha venido a solucionar eso la exclusión, ampliando el concepto de fuerza mayor, del artículo 141.1 en la redacción de la Ley 4/1999? Porque aquí se plantea un problema importante. Algún autor, comentando este precepto -y yo creo que exageradamente- llega a decir: "Se puede dudar de su constitucionalidad. Este precepto contraviene el concepto de fuerza mayor de la Constitución." Bien, yo no he encontrado en la Constitución el concepto de fuerza mayor, lo que encuentro es que la Constitución, cuando regula la responsabilidad de las

Administraciones públicas, excluye, como ha sido tradicional, la fuerza mayor, pero no hay, ni quizás deba haber, en un texto constitucional un concepto de fuerza mayor.

Pues bien, este artículo 141.1 de la Ley 4/99, en el que la disposición adicional duodécima ya establece la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria atribuida a la jurisdicción contenciosa, sin problemas de rango normativo, va a establecer una modificación del 141.1. y yo creo que esto va muy ligado a la responsabilidad por actos sanitarios. Porque el 141.1, después de añadir que "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", añade esta previsión normativa: "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias 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 aquellos, todo ello sin perjuicio de prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer". Es decir, hay aquí una extensión del concepto de fuerza mayor que parece que no es solamente el elemento extraño al ámbito del servicio, que proviene del exterior, a diferencia del caso fortuito, y que provienen del exterior con las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que se liga con el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Es decir, la lectura de este precepto podría hacerse en estos términos: "Si con arreglo a los conocimientos de la ciencia y de la técnica, el personal sanitario ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, no se puede exigir indemnización o no procederá la indemnización exigida por los daños que se deriven."

Aquí habría que hacer una distinción, que creo que ya va siendo también tradicional, entre actuación médica o sanitaria de resultado y actuación de medios. Yo creo que en la actuación de resultado de la responsabilidad objetiva juega con mucha mayor intensidad, y por lo tanto esta cláusula pierde gran parte de su valor excluyente. Cuando se somete un paciente a una operación de extracción dental o de cirugía estética, o del tipo de intervenciones que vayan directamente a conseguir un determinado resultado, a mí me parece que no juega, o no juega en toda su intensidad, esta cláusula. Ahora, en lo que es actividad terapéutica, curativa, operaciones quirúrgicas, tratamientos sanitarios, etc. yo creo que la *lex artis ad hoc* es un elemento de referencia fundamental. Porque el profesor Rodríguez Piñero ha hecho notar una cosa muy lógica: no hay que olvidar que estamos hablando -el legislador y la doctrina de un sistema de responsa-

bilidad objetiva de la Administración. Pero cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, en las condenas a indemnizar, y en todos los ámbitos, aunque provengan como título de responsabilidad objetiva, en definitiva se aprecia siempre un elemento de irregularidad en el servicio. No voy a llamarlo de culpa, pero sí de irregularidad: una anormalidad. Es raro encontrar algún supuesto en que, funcionando con plena regularidad el servicio, se impute responsabilidad objetiva.

¿Se puede exigir en estos términos a la Administración sanitaria una responsabilidad totalmente objetiva? Aquí iríamos a lo que la doctrina francesa ha llamado, en alguno de los recientes trabajos, una "responsabilidad aseguramiento", y el Consejo de Estado francés también lo ha calificado así.

Creo que hay una preocupación, preocupación que se ha traducido, quizás con mayor o menor acierto, en este artículo 141.1.

El Consejo de Estado, en una ponencia que constituyó en su seno, para examinar los problemas de responsabilidad -yo creo que es de donde emana el 141-, establece esto. Establece que "no se puede excluir el estándar medio de los conocimientos científicos y técnicos en la fecha en la que se produce la lesión". y creo que es verdad que en medicina, y quizás todos los oyentes lo saben mejor que yo, no se puede prescindir de la correcta o incorrecta aplicación de la *lex artis ad hoc*. El artículo 141.1 puede plantear algún problema. Algún autor ha planteado ya si este precepto no está entrando en contradicción con la Ley de productos defectuosos en relación con la sangre; siempre que se considere a la sangre, el plasma sanguíneo, un medicamento. Porque "en relación con productos defectuosos" no se establece esta cláusula, sino la contraria: fabricante o importador que suministra productos defectuosos, cualquiera que sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. es decir, la previsión totalmente en línea diversa.

¿Será aplicable esta cláusula -la del 141.1 también a estos casos? ¿Prevalecerá como ley especial, aunque sea anterior en el tiempo, la Ley sobre productos defectuosos? Yo dejo ahí los interrogantes. Vuelvo, y con esto termino, a creer que en un sistema que había sido enormemente fluido cuando tres jurisdicciones conocían in-

distintamente, dando lugar a sentencias dispares, contradictorias, cuando los propios ciudadanos, carentes de seguridad jurídica no conocían bien a qué jurisdicción debían acudir, ese peregrinaje, cuando las vías administrativas previas son diversas, creo que se ha empezado, se ha intentado poner orden, estableciendo la atracción o la residencia en un solo órgano, en un solo orden jurisdiccional: la vía contencioso-administrativa. Estableciendo -para mí es más importante que la demanda a los médicos, al personal sanitario individualizadamente, no se puede hacer en vía civil, ni siquiera conjuntamente con las Administraciones porque se aparta de 10 que es la responsabilidad directa. Por eso ha sido necesario que diga-el legislador de la Ley de lo contencioso sin que puedan ser demandadas las Administraciones en la vía civil o social.

Y, finalmente, no dejo de reconocer que siguen en pie problemas importantes: el de las compañías aseguradoras (hasta qué punto pueden comparecer o mostrarse parte); qué se entiende cuando los sujetos privados concurren en el daño y si hay que demandarlos, etc.

Creo que esos y otros problemas están aún en una fase muy incipiente porque no se ha producido aún doctrina con sosiego y, menos, la jurisprudencia que no ha tenido ocasión de aplicar esta legislación, de tal manera que si yo tuviera que dar, porque esto sería por lo que se me emplaza aquí, una respuesta al interrogante que muy acertadamente planteaba el título de la ponencia que se me ha asignado -"¿Fin del peregrinaje jurisdiccional?"-, pues casi que habría que terminar con una frase musical: "Pues sí, *ma non troppo*". Sí, pero no demasiado. Los problemas y las espadas siguen en alto, quizás más recortadas, quizás menos dispuestas a infligir un daño, pero yo creo que sí, que ha habido una cierta tendencia a poner orden y que por ese camino deben colaborar -debemos colaborar todos los aplicadores del Derecho, es decir, plantear los problemas, y tratar de buscar las mayores garantías de las partes que comparezcan en el proceso. Nos queda el tema del *quantum* indemnizatorio.

Creo que he cumplido la promesa de aburrirles, después de una conferencia del profesor Pantaleón, y, por lo tanto, a mí ya no me queda más que darles de nuevo las gracias a todos y, de nuevo, al presentador y moderador y compañero, señor Romero.

