

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.^a) de 28 de diciembre de 1998]

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil.
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.* II. *Comentario.* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual: crítica a la solución adoptada por el TS. 3. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos. 4. Las últimas reformas legislativas y la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños ocasionados por la asistencia sanitaria.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos objeto de autos de la sentencia que vamos a comentar traen causa de la transmisión del virus VIH a una mujer, con ocasión de una transfusión de sangre efectuada en un hospital dependiente del Servicio Andaluz de Salud el día 22 de septiembre de 1984. La inoculación del virus infectante provocó que la mujer contrajera el SIDA y muriera algún tiempo más tarde, no sin antes haber producido la muerte de un hijo nacido prematuramente como consecuencia, asimismo, de la enfermedad que le había transmitido la madre durante la gestación. La sangre utilizada en la transfusión fue proporcionada por el Servicio de Hematología y Hemoterapia al Hospital «V. de las N.», que a su vez servía al hospital donde se practicó la transfusión, y fue obtenida de una persona que más tarde se demostró que era portador del virus VIH.

La muerte de la mujer infectada se produjo después de dictada la sentencia de Primera Instancia, en el proceso iniciado por ella. El marido, una vez acaecido el fallecimiento de su esposa, se personó en el procedimiento actuando por sí y en beneficio de su hija menor. La Audiencia Provincial de Granada, en sentencia de 20 de octubre de 1993, desestimó el recurso de apelación, confirmando la

sentencia del Juzgado, desestimatoria de la demanda. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el marido de la fallecida, casa y anula la sentencia de la Audiencia y, estimando en parte la demanda, condena al Servicio Andaluz de Salud a que pague al recurrente la suma de 10.000.000 de pesetas por la muerte del hijo de dos meses de edad, marcado desde el nacimiento con la enfermedad del SIDA, y la suma de 5.000.000 de pesetas por los daños morales que supone la noticia de que la madre había sido infectada por el virus VIH y que había desarrollado la enfermedad del SIDA, más los intereses legales de dichas sumas a partir de la interposición de la demanda.

La doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo, al igual que los hechos, aparecen en su Fundamento de Derecho Primero, que resuelve sobre el único motivo del recurso de casación alegado por la parte recurrente: la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida, en relación con el artículo 1692.4 de la LEC. De ella destacamos los siguientes puntos, vertebradores de la decisión de la Sala:

1. *La tendencia hacia la responsabilidad objetiva por parte de la jurisprudencia del TS:* es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de la Sala 1.ª, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil. Esta jurisprudencia ha sido influida por un sistema de vida acelerado y de enorme interacción y por la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Pero esta objetivación de la responsabilidad nunca la ha realizado la Sala «hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical» (como ejemplo de esta doctrina cabe reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988).

2. *La regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado:* el artículo 1903.5 del Código Civil ha sido derogado por la Ley 1/1991 de 7 de enero, y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la Constitución (art. 106.2) y en la legislación administrativa. Así, la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, y en concreto en su artículo 139.1 se proclama el derecho de los particulares 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.

3. *Jurisdicción competente para conocer de los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración:* como reconoce la Sala en esta sentencia, «la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa; sin embargo, con respecto a este punto competencial, hay que decir, que la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y en el presente así lo va a hacer, en base fundamentalmente a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y para evitar un “largo peregrinaje” a través de distintas jurisdicciones. Y así se soporta en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1997».

4. *Alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA.* Esta responsabilidad es objetiva y además directa.

En este sentido la Sala considera que la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad del SIDA y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura esta responsabilidad, no quedando exentas de responsabilidad las donaciones realizadas antes de 1985, fecha a partir de la cual se disponía en algunos centros hospitalarios de técnicas precisas para detectar el virus del SIDA en la sangre de los donantes. Lo que lleva a proclamar en el caso de autos la responsabilidad patrimonial «cuasi-objetiva» derivada de actos dañosos efectuados por la Administración Pública a través de sus autoridades y demás personal, recogida en los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992.

5. *El principio de la llamada «unidad de culpa civil»:* «otra faceta planteada en el presente caso cuando se habla de la responsabilidad patrimonial antedicha, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable, en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual, del artículo 1104 del Código Civil, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de las normas extracontractuales».

En este sentido la Sala recuerda la última doctrina relativa a la «unidad de culpa civil» en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual (STS de 1 de febrero de 1994).

6. *Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:* en el caso de autos el TS considera perfectamente aplicable a la estimación del motivo que se estudia lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que suministran o facilitan dichos productos o servicios. Aunque hoy por hoy, en el momento en que se resuelve la cuestión, dichos artículos están modificados, concretados y enriquecidos por la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que introduce en nuestro Derecho la Directiva 374/1985 de la CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1985.

II. COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Para comprender adecuadamente el alcance de la problemática derivada del contagio del virus VIH a través de las transfusiones sanguíneas resulta preciso empezar enmarcando el tema dentro de lo que han sido los avances científicos en la materia. De esta forma hay que señalar que los orígenes del SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) se sitúan en el año 1981 en el Estado de Cali-

fornia (EE.UU.), donde se empezó a detectar la existencia de una enfermedad, en aquellos momentos de origen desconocido, que ocasionaba múltiples fallecimientos y que parecía propagarse por el resto de los países del mundo ¹.

A principios de 1983, se conocía ya que la transmisión del SIDA se producía por contacto sexual, por la sangre (por vía de transfusiones y por intercambio de jeringas contaminadas con sangre), así como de madre a hijo en el período perinatal. La elaboración de los primeros test dirigidos a detectar en la sangre donada anticuerpos asociados al virus del SIDA y su puesta en circulación en países próximos al nuestro, tuvo lugar durante el inicio del año 1985. Sin embargo, la obligatoriedad legal de practicar en todo el territorio español estas pruebas en la sangre donada no se produjo —como recuerda la sentencia que comentamos— hasta la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de febrero de 1987 («BOE» de 20 de febrero de 1987, núm. 44) ². Hasta este momento y, con carácter general, los donantes se limitaban a rellenar un cuestionario para saber si presentaban síntomas y signos de «padecer o haber padecido la enfermedad» del SIDA o bien pertenecían a alguno de los grupos de población con riesgo de su transmisión —toxicómanos, homosexuales y hemofílicos— (según consta en los apartados 5.1.2 y 5.1.3 de la Orden de 4 de diciembre de 1985 del M.º de Sanidad y Consumo, que desarrolla el RD de 9 de octubre núm. 1945/85, regulador de la hemodonación y los Bancos de Sangre).

En el lapso de tiempo que va desde principios de 1983, cuando ya se conocía que la transmisión del virus del SIDA se producía a través de la sangre, hasta febrero de 1987, resultaron contagiados en nuestro país numerosos enfermos que necesitaban el suministro periódico de productos hemoderivados (como los hemofílicos) o bien una transfusión sanguínea como consecuencia de una operación o del tratamiento de su enfermedad, entre ellos la esposa de la parte recurrente del presente recurso de casación.

La existencia de una normativa legal, prescribiendo la obligatoriedad de las pruebas para la detección en la sangre donada de anticuerpos del virus VIH, ha suscitado la cuestión sobre la antijuridicidad de las conductas anteriores a la citada normativa. En este sentido hay que decir que lo antijurídico, a efectos del Derecho de daños, no se limita —como se desprende de la sentencia que nos ocupa— a la no adecuación de la conducta del sujeto agente a lo preceptuado en la norma, sino que va más allá, pudiendo considerarse antijurídica la simple causación del daño, cuando con arreglo a los criterios derivados de la responsabilidad civil exista un sujeto imputable al que se le pueda atribuir el daño causado.

¹ Los inicios y el desarrollo de esta enfermedad vienen claramente recogidos en la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de contagio de SIDA por transfusión: la sentencia de la Sala 2.ª de fecha 18 de noviembre de 1991 (RAJ, núm. 9448 y comentada por DE VEGA RUIZ, J. A., *Tratamiento jurídico del S.I.D.A.*, Madrid, 1992, pp. 63 ss.).

² Algunas Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivos territorios, se adelantaron al legislador nacional, tomando medidas para el control en la sangre donada, como es el caso del País Vasco (Orden de 10 de septiembre de 1985, «B.O. País Vasco», de 21 de septiembre de 1985, núm. 192, R.L.CC.AA., núm. 2574), Navarra (Decreto Foral de 23 de octubre de 1985, núm. 205/85 «B.O. Navarra», 1-11-1985, núm. 132, R.L.CC.AA., núm. 2925-); Aragón (Orden de 3 de diciembre de 1985 —R.L. CC.AA., núm. 3320—) y Cataluña (Orden de 10 de octubre de 1986 —R.L.CC.AA., núm. 3058—).

2. CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: CRÍTICA A LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR EL TS

La transmisión del virus VIH por vía transfusional se produce generalmente en un centro sanitario cuando el paciente recibe una transfusión de sangre o cualquier otro producto que de ella derive, como ocurre en el supuesto que estudiamos. En este estado de cosas, se plantea el problema de calificar la relación que une a ese paciente con el sujeto responsable del daño sufrido.

Teóricamente la responsabilidad puede recaer tanto en el médico que prescribe la transfusión, cuando no ha informado al paciente de los riesgos que aquella comporta o de otras posibles alternativas, como en el propio centro hospitalario al que pertenece; o bien en el Centro de Transfusiones o Banco de Sangre que no ha realizado el cribaje de la sangre de forma adecuada o no ha sido cuidadoso en la selección de los donantes ³.

La amplitud con que la jurisprudencia de nuestro país viene interpretando las normas contenidas en el Código Civil relativas a la llamada responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 ss.), así como también el carácter objetivo que presentan ciertas leyes, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o algunas Leyes especiales que protegen al consumidor por los daños causados por productos o servicios, favorecen que el perjudicado alegue antes la infracción de este tipo de normas en su demanda de reclamación por el daño sufrido, que aquellas que tienen su sede en el ámbito de la responsabilidad contractual.

En el caso de autos, nuestro Tribunal Supremo, conforme a la llamada «unidad de culpa civil», soluciona el problema de la posible concurrencia de ambos tipos de responsabilidad (la contractual y la extracontractual) en un mismo hecho dañoso, admitiendo la posibilidad por parte del perjudicado de optar por una o por otra vía, en aplicación de su última doctrina, que afirma que la *causa petendi* que junto al *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica. Para estimar la posible concurrencia de acciones, la Sala argumenta que «no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva

³ Los Bancos de Sangre son entidades con fines sanitarios, públicas o privadas, sin ánimo de lucro y que, previa autorización de la Administración Sanitaria competente, se encargan de la obtención, preparación, conservación, almacenamiento y suministro de sangre humana a los propios hospitales y a los laboratorios que producen productos hemoderivados (como puede ser la antitrombina III, el hemofactor o la albúmina). Sus funciones reúnen los caracteres de un servicio público, puesto que estamos ante la obtención de un bien de interés general y gratuito como es la sangre. De ahí que el artículo 2 del Real Decreto de 9 de octubre de 1985, núm.1945, que regula la hemodonación y los Bancos de Sangre («BOE», 24-10-1985, núm. 255), declare sujetos al control y dirección de las Administraciones Públicas estas actividades, sin perjuicio de la responsabilidad profesional de los facultativos por las decisiones o actos médicos en los que intervengan.

consigno la lesión de los derechos del paciente, que justifica la aplicación de las normas extracontractuales».

En verdad, tal argumentación, no del todo clara, pero sí empleada en ocasiones similares ⁴, simplifica en exceso el problema que se plantea con carácter general en esta materia, y particularmente en este caso, ya que la sangre transfundida por el centro hospitalario declarado responsable del daño había sido proporcionada por el Servicio de Hematología y Hemoterapia de otro hospital. Tomando precisamente como causa del daño el suministro de sangre contaminada, como hace el Tribunal Supremo, podemos constatar que la naturaleza de la relación paciente-centro hospitalario, como fuente del daño y de la obligación de indemnizar, resulta difícil de justificar desde un punto de vista puramente contractual, por cuanto o bien no existe ninguna obligación contractual incumplida por parte del centro hospitalario o bien ésta recae sobre un tercero, o bien la obligación incumplida no se debe al simple suministro de sangre contaminada.

La experiencia de nuestro país vecino Francia, donde la contaminación del virus del SIDA a través de transfusiones sanguíneas ha adquirido un especial dramatismo, nos sirve como punto de referencia obligado para analizar la cuestión suscitada. La jurisprudencia francesa responsabiliza en supuestos análogos al que aquí analizamos a los Centros de Transfusiones de sangre por la vía de la responsabilidad contractual, admitiendo que la persona que recibe el producto sanguíneo es parte del contrato de venta o suministro, junto a la clínica que ha adquirido el producto para suministrarlo a sus clientes. A juicio de los tribunales franceses, el suministro de sangre engendra, como la venta de una cosa, una obligación a cargo de los Centros de Transfusión de entrega y de garantía contra los vicios ocultos que le podrían afectar y, sobre todo, una *obligación de seguridad* respecto de los daños causados por la sangre suministrada que estuviera contaminada. Con ello se pretende extender al receptor de la cosa transmitida las mismas garantías que hubiera disfrutado el contratante directo, haciendo responder al Centro de Transfusión del cumplimiento de una *obligación de resultado*, de la que tan sólo se podrá exonerar en caso de incumplimiento mediante la prueba de una causa extraña que no le fuera imputable (art. 1147 del CC francés). A este respecto los Tribunales franceses consideran que cualquier vicio interno de la sangre, incluso si era indetectable en ese momento, no constituye para el organismo suministrador una causa de exoneración ⁵.

⁴ Vid. aquí la STS (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1997 (RAJ, núm. 1240), donde en un caso parecido el TS, siguiendo los razonamientos de la Audiencia, afirmó la responsabilidad contractual del Instituto Catalán de la Salud (aunque la actora se había apoyado en su demanda en las normas de responsabilidad extracontractual), basándose en el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada «unidad de la culpa civil». Para atribuir el carácter contractual a la relación centro-paciente, la Sala atendió a la libertad que tiene el enfermo afiliado de acudir o no a la Seguridad Social, pero sobre todo a las llamadas relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica como fuente de obligaciones (como es el caso de la utilización de transportes o de servicios públicos). A partir de ahí, el Tribunal basó su decisión en la infracción del deber de protección que emana de la buena fe y que obligaría a los responsables de los centros médicos a reducir el uso de transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves consecuencias para la salud del paciente (cuando no existiera método alternativo); o bien a informar al enfermo de los posibles efectos graves que para su salud podría dar lugar la transfusión, ya conocidos en el año 1983 (fecha de la transfusión).

⁵ En este sentido, vid. Cass. 1.º civ., 12 de abril de 1995, JCP, Ed. G., J., núm. 22467, pp. 287 ss. con nota de P. JOURDAIN. Hay que señalar que la línea jurisprudencial iniciada

La oportunidad de esta vía presenta problemas en todos aquellos casos, la mayoría, donde no existe un contrato concluido directamente entre la víctima transfundida y el Centro de Transfusión sanguínea. Los tribunales franceses admiten para estos supuestos la responsabilidad contractual sobre la base o fundamento de la estipulación a favor de tercero (art. 1121 del *Code*).

Intentando superar el carácter artificial que presenta esta construcción, en la medida en que se apoya en voluntades no expresadas y, por lo demás, inciertas, un sector de la doctrina francesa ha pretendido fundar la acción de reclamación del perjudicado en la existencia de una cadena o grupo de contratos unidos por un fin común⁶. En este sentido se afirma que las ventas sucesivas de un mismo objeto (sangre) constituye una cadena de contratos que entablan una relación contractual directa entre los vendedores y compradores sucesivos en función de la realización de ese fin común: el suministro de sangre humana.

A nuestro juicio, tanto el recurso a la estipulación a favor de tercero, como la teoría de la cadena de contratos, resultan criticables porque, al fin y al cabo, lo único que se pretende conseguir con estas construcciones es eludir las normas de la responsabilidad extracontractual, que en el país vecino resultan más rigurosas, sobre todo en materia de prueba de la culpa del autor del daño, máxime si tenemos en cuenta el retraso producido en la incorporación de la Directiva comunitaria sobre daños causados por productos defectuosos, incorporada recientemente tras la adopción de la Ley núm. 98-389, de 19 de mayo de 1998. En este sentido hay que tener presente también, según el parecer mayoritario de la doctrina, que las obligaciones de seguridad, que son obligaciones con un contenido distinto de la obligación principal consistente en asegurar la persona o los bienes del deudor, precisan de un contrato entre las partes. Para responsabilizar a los Centros de Transfusión más sencillo hubiera resultado, en nuestra opinión, considerar que todo incumplimiento imputable de un contrato (como puede ser no realizar las pruebas de detección de anticuerpos o simplemente proporcionar sangre contaminada), que, a su vez, produce daños a un tercero debe ser suficiente para considerar cumplido el requisito de la llamada culpa extracontractual o cualquier otro criterio de imputación aplicable.

La experiencia francesa nos lleva a concluir que resulta erróneo alegar las normas de responsabilidad contractual para responsabilizar al centro hospitalario de un daño que tiene su origen en una sangre contaminada por el virus del SIDA y que fue proporcionada por un tercero (Centro de Transfusiones). En efecto, cuando sólo es demandado el centro hospitalario donde el paciente ha recibido la transfusión causante del daño, resulta preciso buscar un criterio de imputación propio y distinto del que corresponda al Banco de Sangre o Centro de Transfusio-

por la *Cour de cassation* con esta sentencia junto con otra de la misma fecha separa la responsabilidad de los Centros de Transfusión de una parte y la de las clínicas u hospitales de otra, por cuanto el contrato de suministro de productos sanguíneos que une a los Centros de Transfusión y hospitales con el paciente genera una obligación de seguridad (de resultado) a cargo de los primeros, mientras que para los segundos origina una simple obligación de medios. De esta manera el riesgo de la contaminación recae claramente en los Centros de Transfusión (*vid.* BERGÉ, J. S., «Risque et faute dans la contamination transfusionnelle», *Gaz. Pal.*, 1996, núm. 4, doct., pp. 737 ss.; VINEY, G., «Responsabilité civile», *JCP*, ed. G., 1995, I, núm. 3893, pp. 510-511).

⁶ Entre otros, MORANÇAIS-DEMEESTER, M.-L., «Contamination par transfusion du virus du SIDA: responsabilités et indemnisation», *D.*, 1992, Chro. pp. 189-190.

nes, que son los organismos encargados de la extracción de sangre, de su preparación, conservación, almacenamiento y suministro a los hospitales, tanto públicos como privados y que responderán por el propio defecto del producto, en su caso.

El centro hospitalario puede responder del daño causado cuando éste sea debido a las condiciones de organización y funcionamiento del propio hospital; o bien a la actuación de un facultativo que omite la información sobre los riesgos que entraña el suministro de sangre o productos hemoderivados o el empleo de otras terapias alternativas menos peligrosas ⁷. Dentro de estos casos, el perjudicado podría alegar las normas derivadas de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. del CC) en relación con el contrato de prestación de servicios médicos que le une al centro médico cuando éste fuera de titularidad privada y el paciente pagase un precio a cambio del servicio prestado. Más dudoso resulta la aplicación de este tipo de normas cuando estamos ante un centro público, por cuanto éste desarrolla un servicio público como es la asistencia sanitaria, dirigido tanto a las personas que cotizan a la Seguridad Social como a todas aquellas que no tienen recursos económicos suficientes ⁸. Sin embargo, como indicábamos con anterioridad, la sentencia de 28 de diciembre de 1998 no ha visto ningún inconveniente para ello, afirmando *obiter dicta* la posible concurrencia de responsabilidades.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El único motivo del recurso de casación del cual trae causa la sentencia de 28 de diciembre de 1998 lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la LEC, ya que considera infringidos, por parte de la sentencia recurrida los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

Tomando como base dichos preceptos, de base fundamentalmente subjetivista, el Tribunal Supremo acaba afirmando, sin embargo, la aplicación al caso de normas administrativas, como son los artículos 139.1, 145 y 146 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que llevan a una responsabilidad

⁷ A este respecto habría que tener en cuenta que el uso de plasma para la transfusión se debe adecuar en todo caso a criterios de eficacia demostrada. La obligación del médico en este caso consistirá en ser extremadamente prudente cuando prescribe una transfusión, asegurándose de que ésta es verdaderamente necesaria y que no existen otras terapias alternativas. En este sentido, debemos señalar que siempre que sea posible, el médico que establezca la indicación de una transfusión recabará, después de explicarle los riesgos y beneficios de esta terapéutica, la conformidad del paciente (art. 22 del RD 1854/1993, de 22 de noviembre). La falta de información del médico al paciente puede, llegado el caso, ser fuente de responsabilidad, en tanto el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento integrante de la *lex artis ad hoc*.

⁸ Vid. en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995, pp. 20 y 45; CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, 1997, pp. 162 ss.

objetiva y directa de la Administración (aunque lo correcto, por razón de la época, hubiera sido la aplicación del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957) ⁹.

El carácter administrativo que tradicionalmente se ha atribuido a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración no ha impedido, sin embargo, a este tribunal civil su aplicación al caso concreto, aunque no hubieran sido alegadas expresamente por la parte recurrente. La razón para ello no es otra que la unidad de base y fundamento que guían tanto a la citada Ley como a los artículos 1902 y siguientes del Código civil: en cualquier caso se busca la reparación del daño causado, si bien en el primer supuesto por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ¹⁰.

Entrando en el fondo del asunto, esto es, en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el contagio del virus VIH como consecuencia de una transfusión realizada en uno de sus centros hospitalarios, resulta preciso analizar el alcance del artículo 139.1 de la LRJ-PAC que, recogiendo lo dispuesto en el artículo 106.2 de la CE y en el anterior artículo 40 de la LRJAE, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de *fuera mayor*, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En primer lugar, hay que señalar que el carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que deriva del artículo 40 de la LRJAE, del artículo 106.2.º de la CE y de la posterior LRJ-PAC, facilita que ésta haya sido la vía más frecuentemente utilizada para reclamar con éxito por los daños causados como consecuencia de una transfusión o el suministro de un producto hemoderivado, si bien no tanto en el orden civil como en el orden contencioso-administrativo. La razón de ello hay que buscarla, por un lado, en el carácter directo de la responsabilidad de la entidad pública (INSALUD o Entidad Gestora respectiva), que hace innecesaria la difícil prueba de la culpa o negligencia del personal médico a cargo del centro hospitalario o del Banco de Sangre por haber transfundido sangre contaminada. Y, por el otro, se encuentra el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, que sólo admite como causa de exoneración del daño causado por el funcionamiento normal o anormal del servicio público la prueba de que éste fue debido a *fuera mayor*.

El alcance de esta causa de exoneración en la materia que nos ocupa es muy escaso, porque si por *fuera mayor* hay que entender todo suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable [conforme dice la STS (Sala 4.ª) de 3 de noviembre de 1998]; o bien simplemente un acaecimiento realmente insólito y extraño al campo normal de previsiones típicas de la actividad o servicio que genera un riesgo, podemos afirmar que la Administración no se ve exonerada de responsabilidad en todos aquellos casos de contagio del virus del SIDA producidos des-

⁹ No está de más señalar que en algún caso análogo la Sala no ha dudado en aplicar el artículo 1902 del CC, justificando la actuación culposa o negligente del INSALUD en la falta de medios adecuados que hubieran permitido a los médicos detectar la presencia de anticuerpos del virus dañoso (STS –Sala 1.ª– de 26 de febrero de 1998 –RAJ, núm. 1169–).

¹⁰ *Vid.* en este sentido la STS (Sala 1.ª) de 24 de junio de 1997, RAJ, núm. 5208.

pués del conocimiento de la existencia de esta enfermedad y de sus vías de transmisión, como reconoce con buen criterio el TS en esta sentencia ¹¹.

En la medida en que desde principios de 1983 ya se conocía que la enfermedad del SIDA podía transmitirse por la sangre y que existían determinados grupos de riesgo (como los homosexuales, hemofílicos y drogadictos), debieron extremarse las precauciones a través de una anamnesis detallada del donante (técnica basada en la selección de los donantes a través de un profundo análisis sobre su historial médico mediante un adecuado interrogatorio, incluyendo cuestiones tales como si presenta síntomas o signos de padecer o haber padecido la enfermedad del SIDA o pertenece a alguno de los grupos de riesgo). El hecho de que no existieran test adecuados para detectar la presencia del virus contaminante en la época en la que se realizó la transfusión (septiembre de 1984) no exonera de responsabilidad a la Administración, en cuanto encargada del servicio público de obtención y suministro de sangre a través de los Bancos de Sangre o simplemente de la prestación de un servicio sanitario que conlleva como tratamiento la transfusión.

En otras palabras, el contagio del virus del SIDA a través de transfusiones no puede considerarse un evento externo al ámbito de riesgo al que se aplica el régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es un daño producto de un accidente, por cuanto es precisamente aquélla la encargada de la extracción de sangre, su manipulación y suministro. El administrado no tiene el deber jurídico de soportar el daño consistente en la inoculación de un virus infectante que deriva de la prestación de un servicio público (como es el suministro de sangre o productos hemoderivados o, con carácter general, de la prestación sanitaria). De la antijuridicidad de esta acción, unido a la imputación (objetiva) de la Administración de la Seguridad Social y a la relación de causalidad entre el actuar y la lesión producida, surge el deber de reparar. La responsabilidad de la Administración en este caso no debería cerrar el camino de una posible acción de repetición contra quien elaboró y vendió el producto terapéutico defectuoso ¹².

¹¹ Explica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de junio de 1991 (*RAJ*, núm. 5131), que la eventualidad de que la sangre transfundida estuviera infectada constituiría un caso fortuito, excluyente de culpa, pero no de responsabilidad objetiva. Además, siguiendo la argumentación realizada por la misma Sala (FD 7º), la fuerza mayor, como causa de exclusión de la responsabilidad, solamente cabría apreciarla cuando el daño causado por el tratamiento prestado es intrínseco al tratamiento como tal y no cuando el tratamiento médico produce el daño porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo, esto es, cuando la transfusión de sangre, necesaria para el tratamiento, estuviera contaminada con el SIDA, al no ser este virus componente necesario de la sangre.

¹² Es muy interesante a este respecto la sentencia del TS (Sala 3.ª-secc. 6.ª) de 6 de febrero de 1996 (*RAJ*, núm. 989). Los hechos del caso se remontan a una intervención practicada el día 15 de noviembre de 1984 en un Hospital de titularidad pública y a resultados de la cual al paciente se le practicó una transfusión de hemofactor. Nuestro TS no apreció el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía que condenaba a la Junta de Andalucía y a su servicio de Salud a indemnizar con la cantidad de 20.000.000 de pts., porque consideró que para que la responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 40 de la LRJAE, pueda hacerse efectiva se exige tan sólo la prueba de la causa concreta que determinó el daño, es decir, la conexión entre la actuación administrativa (transfusión realizada al paciente en el Hospital público) y el daño real ocasionado (transmisión del virus VIH).

Estos razonamientos no se han visto alterados por la nueva Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («BOE», 14-1-1999, núm. 12). En ella se incluye una modificación del artículo 141 de la Ley 30/1992 en el sentido de considerar 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. 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 la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*». Evidentemente la nueva regulación trata de excluir los llamados riesgos de desarrollo del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En particular, trata de salvaguardar al Estado frente a las reclamaciones por contagio del virus del SIDA producidas en el sistema sanitario público antes de la obligatoriedad de las pruebas de detección de anticuerpos en la sangre de los donantes. Todo ello sin perjuicio de las ayudas concedidas para los afectados, que se encuentran en estos casos recogidas en el Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1993 («BOE», 14-1-1999, núm. 12).

Sin embargo, la Ley en su nueva redacción no consigue este efecto, en primer lugar, porque toma como momento para concretar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica el de la *producción del daño*, y no el de la puesta en circulación del producto, lo cual se podría interpretar en el sentido de situar el momento de la responsabilidad en la época en la que el paciente conoce que ha contraído la enfermedad en cuestión. Por lo tanto, cubriría aquellos casos en los que el SIDA ha sido inculcado cuando todavía no eran obligatorias las pruebas de su detección¹³. En segundo lugar, habría que estar al cuidado y diligencia en la elección de los donantes llevado a cabo por la Administración (a través de Bancos y Centros de Transfusión de Sangre), en orden a valorar si el daño se podía haber evitado, por cuanto desde principios de 1983 ya se conocía que la transmisión del SIDA se producía por vía transfusional.

En otro orden de cosas, debemos destacar también que la Sala afirma, *obiter dicta*, en la sentencia que es de nuestro interés que, además de ser aplicable en este caso la Ley 30/1992, lo son los artículos 25, 26 y 28.1 y 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proclaman el derecho que tiene el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizado por parte de los que suministran o facilitan dichos productos o servicios, comprendiendo tanto los servicios sanitarios públicos como privados. Hasta tiempos muy recientes, el Tribunal Supremo ha sido bastante reticente a la hora de considerar que la actividad de la Administración, como suministradora de servicios, le hace ser sujeto responsable a efectos de la LCU, al margen de la responsabilidad que pueda

Los demás elementos del caso, como es la existencia en el mercado farmacéutico de un producto debidamente registrado: el hemofactor de «Laboratorios Grifols», en el que se contenía el VIH provocador de la infección, no es causa de exoneración en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

¹³ Como advierte GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español», AC, 1998, p. 867.

corresponderle en base a otras normas más específicas relativas a su responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad por la prestación de un servicio sanitario defectuoso, según se desprende del artículo 28.1 de la LCU, tiene un marcado carácter objetivo. De ahí que el supuesto contenido en el artículo 28.2 de la citada Ley resulte de aplicación, en lo que ahora más directamente nos atañe, no sólo en todos aquellos casos en los que no se haya podido identificar al donante de la sangre transfundida, o bien, de forma más general, se haya incumplido la normativa legal sobre el control de la sangre, sino también y principalmente cuando el perjudicado pueda demostrar la conexión entre los resultados anómalos derivados de la prestación del servicio sanitario (como lo es la transfusión que ha producido el contagio del virus contaminante) y el daño efectivamente sufrido, con las limitaciones señaladas en el artículo 28.1 respecto de los llamados riesgos de desarrollo. Esto es, el centro hospitalario no respondería de aquellos resultados que en el momento de la producción o suministro del bien o servicio no se pudieron conocer de acuerdo con el nivel de conocimientos existente en ese momento (o como dice la Ley, «en condiciones objetivas de determinación»).

La limitación de la exención de responsabilidad de los riesgos de desarrollo por parte de la LCU hace que nos planteemos la oportunidad de su aplicación en el caso que nos ocupa, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante un supuesto de contaminación del virus del SIDA producido con anterioridad a la existencia de test fiables que permitieran detectar en la sangre donada la presencia de anticuerpos de esta enfermedad. Sin embargo —como hemos indicado con anterioridad—, este hecho no empece a que la Administración, a través de los Bancos y Centros de Transfusión de Sangre, hubiera llevado especial cuidado y diligencia en la elección de los donantes, evitando posibles riesgos de contagio a través del control de los donantes pertenecientes a los llamados grupos de riesgo, etc. Sólo en aquellos casos en los que la Administración pudiera demostrar esta circunstancia se vería exonerada de su responsabilidad a efectos de la LCU y para casos análogos al estudiado.

4. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA ASISTENCIA SANITARIA

La competencia para el conocimiento de las reclamaciones relativas a los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pública ha sido reconocida por parte de los Tribunales civiles, laborales y contencioso-administrativos. Cada uno de ellos se ha declarado competente en base a distintas razones y fundamentos que tenían en común la ausencia de una norma legal que atribuyera a uno de estos órdenes con carácter previo y exclusivo la competencia sobre la materia.

Entre los distintos argumentos empleados frecuentemente por la jurisdicción civil para declarar su competencia, es bien conocido la proscripción del llamado «peregrinaje de jurisdicciones», en orden a evitar que el conocimiento de un

asunto que ha llegado hasta la última instancia se atribuyera a otro orden jurisdiccional distinto y el perjudicado se viera obligado a iniciar un nuevo proceso, con el posible quebrantamiento que ello ocasionaría al derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE). Pero quizás el argumento más usado haya sido la *vis atractiva* que le reconoce el artículo 9.2 de la LOPJ de 1985 respecto de todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. En particular, el orden civil se declara competente para evitar riesgos de fallos contradictorios cuando, junto a la Administración sanitaria, se demanda a personas físicas o jurídicas (como el personal sanitario, compañías aseguradoras, etc.), lo que no encaja en absoluto con el esquema del procedimiento contencioso-administrativo, dirigido a enjuiciar la actuación de la Administración y sus funcionarios.

Las últimas reformas legales producidas han querido terciar claramente en este debate competencial y lo han hecho a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en todos aquellos casos en los que se exija la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, incluso cuando junto con aquéllas se demanda a un sujeto privado, como puede ser la compañía aseguradora del centro médico o el laboratorio que fabrica productos hemoderivados.

En este sentido, la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye expresamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia del conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «*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*» [art. 2.e)].

En concordancia con este cambio, se ha procedido a la modificación de la redacción de ciertos artículos de la LOPJ, a través de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, referidos a las previsiones competenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que dejan sin valor el argumento de la *vis atractiva* a favor de la competencia civil. Así, el nuevo artículo 9.4 establece en su último inciso que, cuando en las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas hubieran concurrido en la producción del daño sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La última reforma legislativa en esta línea de unificación jurisdiccional se ha producido de la mano de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que añade una nueva Disposición adicional duodécima a la Ley 30/1992, atribuyendo expresamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los asuntos referentes a la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los servicios sanitarios concertados con ellas, por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

La claridad de estas reformas no dejan lugar a dudas sobre la competencia exclusiva y excluyente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para

conocer los asuntos en los que se reclame una indemnización frente a la Administración por el daño sufrido con ocasión de la prestación de un servicio sanitario, incluso cuando junto aquélla se demanda a un particular. Esto debería de llevar, en línea de principios, al orden civil a declararse incompetente cuando se sometan a su conocimiento asuntos donde se reclame exclusivamente la responsabilidad directa de la Administración sanitaria, como así entendió la sentencia de la Sala 1.ª de 16 de diciembre de 1998 (AC, 1999, núm. 325) en un caso similar al que aquí analizamos.

Sin embargo, en el presente caso la Sala, a través de una argumentación un tanto contradictoria, afirma que la responsabilidad aplicable es objetiva y directa, por aplicación de una norma administrativa como es el artículo 139.1 de la Ley 30/1922, «y que incluso la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa». Pero aun así se declara competente, alegando los tradicionales argumentos de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y la evitación del «largo peregrinaje» de jurisdicciones. Argumentos que carecen de justificación con las nuevas reformas legislativas, por cuanto resulta claro, por un lado, que la *vis atractiva* de la jurisdicción civil tan sólo se justifica cuando no hay una norma que se pronuncie sobre la jurisdicción competente para conocer una determinada materia, lo que no ocurre en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y, por el otro, que la declaración de incompetencia de jurisdicción, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), tiene el sentido de una primera resolución que no impide al actor acudir a otra que decida sobre sus derechos e intereses legítimos, como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁴. Resulta fundamental a este respecto una jurisprudencia clara por parte de la Sala 1.ª del TS sobre la incompetencia para conocer todas aquellas materias en las que se reclama una responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de un servicio público, como es el sanitario y el de extracción y suministro de sangre humana.

El problema, por tanto, no hay que situarlo ahora en la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad de la Administración, sino en la normativa a aplicar por parte de los Tribunales contenciosos para el conocimiento de estos asuntos cuando, junto con la Administración, se demandan también a sujetos particulares. En este sentido se puede observar que el espíritu de unificación jurisdiccional que ha acompañado a las últimas reformas, no ha tenido su correspondiente reflejo en reglas procesales que contemplen expresamente las distintas vicisitudes que se pueden producir por la concurrencia de sujetos privados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual viene precedido de un procedimiento administrativo previo.

En todo caso cabría pensar que la atribución del conocimiento al orden contencioso de todas aquellas cuestiones relativas a los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública, no debería implicar la aplicación por parte de sus órganos judiciales de normas sustantivas administrativas, dejando a un lado preceptos de carácter civil. En definitiva se trata de reparar un daño en el que pueden concurrir varios sujetos responsables y que tiene una fuente y un fundamento común de acuerdo con los principios generales del Derecho de daños.

¹⁴ Vid. en ambos sentidos, PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, pp. 17 y 28-9.