

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR CONTAGIO DE HEPATITIS C

Por
FRANCISCO COMINGES CÁCERES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ETIOLOGÍA DE LA ENFERMEDAD.—III. NORMATIVA APLICABLE.—IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.—V. JURISDICCIÓN COMPETENTE.—VI. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.—VII. PRUEBA DEL CONTAGIO.—VIII. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. FUERZA MAYOR: a) *Tribunal Supremo*: 1. Sala de lo Contencioso-Administrativo. 2. Sala de lo Civil. 3. Sala de lo Social. b) *Tribunales Superiores de Justicia*.—IX. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.—X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde principios de los años ochenta se han generado diversas situaciones de alarma social ante los frecuentes contagios de enfermedades infecciosas acaecidos en los hospitales, principalmente públicos, de la Unión Europea. Enfermedades como el SIDA (HIV) en un principio, la hepatitis C (HCV) posteriormente, y el *Aspergillus* y la *Legionella* en último lugar, han sido transmitidas en dichos centros clínicos a un número elevado de pacientes como consecuencia de los tratamientos quirúrgicos o terapéuticos recibidos. Tales contagios han provocado múltiples reclamaciones indemnizatorias frente a las Administraciones sanitarias, fundadas en la supuesta responsabilidad patrimonial en la que incurrieron.

La importancia del problema planteado ha originado numerosos estudios doctrinales (1) y una nutrida (y contradictoria) jurisprudencia en todos los órdenes jurisdiccionales. Incluso el poder legislativo reveló su preo-

(1) Por citar algunos de los más recientes: Oriol MIR PUIGPELAT, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (organización, imputación y causalidad)*, Ed. Cívitas, 2000; Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; Francisco José VILLAR ROJAS, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y Límites*, Ed. Praxis, 1996; Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Ed. Cívitas, 1995; Santiago MUÑOZ MACHADO y AA.VV., *Responsabilidad del personal sanitario*, Ministerio de Sanidad/CGPJ, 1995; Juan PEMÁN GAVÍN, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, revista «Documentación Administrativa», núm. 237-238, 1994; AA.VV., *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1994; V. ESCUIN PALOP, *Asistencia sanitaria. Responsabilidad de los entes instrumentales*, «La Ley», núm. 3127, 05/11/94, y S. DAEL, *Responsabilité hospitalière et risques thérapeutiques: de la présomption de faute à la responsabilité sans faute*, «Revue Française du Droit Administratif», núm. 9, 1993.

cupación al respecto en su reciente reforma del artículo 141.1 *in fine* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJA-PAC), efectuada por medio de Ley 4/1999, de 13 de enero, dirigida a atenuar la responsabilidad de las Administraciones sanitarias ante esta clase de reclamaciones. No obstante, son muy escasos (por no decir inexistentes) los estudios dedicados específicamente al análisis de las consecuencias jurídicas de las transmisiones de hepatitis C en establecimientos sanitarios públicos, frente a lo ocurrido en el caso del SIDA (2). Y ello a pesar de que el número de infecciones del primero de dichos virus iguala o incluso excede del de las del segundo (3), provocando también un elevado índice de mortandad.

En el presente estudio se pretende analizar, con un enfoque empírico, la postura adoptada por la jurisprudencia más reciente ante este concreto problema. Se parte para ello de dos premisas introductorias pero básicas para poder comprender el fondo del asunto. Una referida a las causas y secuelas de la enfermedad, y otra a los parámetros normativos esgrimidos por los distintos órganos judiciales en sus respectivas resoluciones. A partir de ahí se determinan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial administrativa desde la casuística jurisprudencial, particularmente interesante si se considera la patente divergencia de criterios existente entre los órdenes contencioso-administrativo, civil y social ante idénticos supuestos de hecho. Se excluye del presente análisis el estudio de aquellos casos en los que concurre algún tipo de responsabilidad penal o de negligencia inexcusable en el personal médico implicado en el contagio. Únicamente se examinan supuestos de «responsabilidad objetiva» de la Administración, que son los que ofrecen mayor complejidad y discrepancia interpretativa.

II. ETIOLOGÍA DE LA ENFERMEDAD (4)

El virus de la hepatitis C —HCV (5)—, al igual que el de la hepatitis B (HBV), se transmite principalmente por vía parenteral o sanguínea. También, en menor medida, mediante contacto sexual. No se conoce ninguna infección a través de la saliva, el sudor o las lágrimas. En los EE.UU. (6),

(2) Juan MÉJICA, *Régimen jurídico del Sida, legislación y jurisprudencia*, Ed. Comares, 1999, y José Luis MUGA MUÑOZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995.

(3) Recuérdense, por poner un ejemplo, los contagios masivos ocurridos en Valencia hace unos pocos meses, o los muy numerosos de Galicia y del País Vasco.

(4) Los datos clínicos y estadísticos proceden principalmente de las siguientes fuentes: John L. INGRAHAM y otros, *Introducción a la Microbiología*, Ed. Reverté, Barcelona, 1998; T. D. BROCK y M. MADIGAN, *Microbiología*, Ed. Prentice Hall Hispanoamericana, 1993; B. A. FREEMAN, *Microbiología de Barrows*, 1986; Asociación de Enfermos de Hepatitis C: <http://www.sicon.net/aehc/hepatitis>; Congreso Sobre la Hepatitis C: <http://odp.od.nih.gov/consensus/statements/cdc/105/105>; American Liver Foundation, <http://sadioe.ucsf.edu/alf/alfinal/homepagealf.html>; Dr. Gregory T. EVERSON, *Vivir con Hepatitis C*, Ed. Medicina y Salud, ISBN 84-88066-72-4; «<http://hepatitis-central.com/>».

(5) Del inglés *Hepatitis C Virus*.

(6) Año 1997.

cerca de un 10 por 100 de los contagios se producen mediante transfusión, un 50 por drogas intravenosas y un 10 por relaciones sexuales, desconociéndose la vía de transmisión en los restantes casos. Por otra parte, no se dispone aún de ninguna vacuna que permita su prevención, debido a su diversidad genética (con más de 20 variantes).

Desde mucho tiempo atrás se tenía constancia de la infección de una «hepatitis no A no B» (HNANB) en entre un 5 y un 10 por 100 de los pacientes sometidos a transfusión sanguínea, pero el agente permanecía indetectable. Los anticuerpos del HCV fueron aislados e identificados en los años 1988-1989 por el Dr. M. HOUGHTON (7). A partir de entonces se diseñó y distribuyó un «Test» que facilita su detección en la sangre donada, con lo que el índice de contagios descendió drásticamente. No obstante, es necesario considerar que aún en la actualidad el HCV tiene un proceso de incubación de entre 2 y 26 meses durante el cual puede permanecer indetectable (8).

Como regla general, la infección es asintomática en el 90-95 por 100 de los casos, de modo que pueden transcurrir varios años antes de que la persona afectada se percate de su enfermedad y comience el pertinente tratamiento. En los análisis sanguíneos rutinarios se pueden advertir indicios del contagio mediante el examen de las enzimas hepáticas, entre las que cabe reseñar las siguientes:

- Alanina Aminotransferasa (ALT), antes denominada GPT.
- Aspartato Aminotransferasa (AST), antes llamada GOT.
- Ganma-glutamilpeptidasa (GGT).
- Fosfatasa Alcalina.

El índice de ALT es el indicador más específico de inflamación hepática, mientras que el de AST puede elevarse por causas no relacionadas con el hígado (corazón o músculos).

La enfermedad deviene «crónica» en un 80 por 100 de los enfermos. De éstos, entre el 20 y el 30 por 100 padecerán una cirrosis o cáncer hepático (9).

En consecuencia, la situación de cada paciente puede variar desde un estado inicial asintomático sin daño hepático hasta una evolución acelerada que en poco tiempo, 8 ó 10 años, degenera en cirrosis. Entre esas dos situaciones son frecuentes los síntomas de agotamiento, dolor o malestar abdominal, anorexia, náuseas, etc. Por supuesto, la ingestión de alcohol puede agravar considerablemente los efectos de la enfermedad.

La cirrosis se produce como consecuencia de un daño crónico en las células del hígado. Se generan cicatrices internas (fibrosis) que rompen la

(7) El descubrimiento del Test analítico se dio a conocer, entre otros medios, a través de la revista norteamericana «Science» de abril de 1989.

(8) Es lo que se denomina «período ventana».

(9) En España, un 75 por 100 de los enfermos con cáncer de hígado resultan seropositivos al virus de la hepatitis C.

estructura normal del mismo. Las células no dañadas se multiplican y forman nódulos de regeneración que carecen de una irrigación sanguínea adecuada, con lo que la función del hígado va empeorando gradualmente hasta su total destrucción. Se puede advertir la gravedad de la enfermedad examinando, por tanto, el «estado de fibrosis» del hígado del paciente mediante la consiguiente biopsia. Así, a modo de ejemplo, si el facultativo precisa en su informe clínico un «Estadio de fibrosis 1/4» indica realmente que el hígado afectado ya está dañado e inoperativo en esa proporción.

III. NORMATIVA APLICABLE

La jurisprudencia, al pronunciarse sobre el fondo de las reclamaciones indemnizatorias por contagio de hepatitis C, aplica por lo general una heterogénea normativa que abarca desde la más específica dedicada al HCV, donaciones y productos hemoderivados (10), hasta la más genérica de corte civil o relativa al derecho de los consumidores y usuarios (11).

A nivel estatal, merece especial consideración la *Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de octubre de 1990* (12), en cuya virtud se impuso, por primera vez, la obligatoriedad de la práctica de pruebas de detección de anticuerpos de virus de la hepatitis C (anti-VCH) en las donaciones de sangre. Pero ya en fecha muy anterior, *mayo de 1986*, la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente a dicho Ministerio, había redactado y distribuido un Informe con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada «hepatitis no A no B». Siguiendo los criterios de la Asociación Americana de Bancos de Sangre, se aconsejó en dicho Informe la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaninotransferasa (ALT), así como otras «pruebas alternativas para la hepatitis no A no B». Sin embargo, este criterio preventivo —divulgado ya en 1986— no fue aplicado en la mayoría de los hospitales españoles por el importante volumen de unidades de sangre que hubieran debido desecharse (13).

Algunas Administraciones autonómicas impusieron también por su cuenta, e incluso antes de la entrada en vigor de la citada Orden de 03/10/90, la obligatoriedad de las pruebas de detección de anticuerpos del HCV en todas las hemodonaciones practicadas dentro de su ámbito territorial. Así ha ocurrido en la Comunidad Autónoma de las *Islas Baleares* —Decreto 54/1990, de 3 de mayo (14)—, *Cataluña* —Orden de 15 de marzo

(10) A modo de ejemplo: STS de 31 de mayo de 1999, FJ «QUINTO.B.b)» (S.^o de lo Cont.-Ad., Secc. 6.^a, ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ NAVARRO, Arz. 6154).

(11) STS, S.^o 1.^o, de 9 de marzo de 1999 (ponente: Excmo. Sr. GARCÍA VARELA, Arz. 1368).

(12) «BOE» núm. 245, de 12 de octubre.

(13) Hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 19.^a) de 2 de noviembre de 1994 (ponente: Sr. DÍAZ MÉNDEZ, Arz. 3482).

(14) «BOCAIB» núm. 61, de 19 de mayo de 1990.

de 1990 (15)—, *Galicia* —Orden de 25 de junio de 1990 (16)—, *Madrid* —Orden 291/1990, de 3 de julio (17)—, *Navarra* —Orden de 12 de enero de 1990 (18)—, *País Vasco* —Orden de 22 de enero de 1990 (19)— y *Valencia* —Orden de 1 de junio de 1990 (20)—.

No obstante y con independencia de dichas disposiciones, la mayoría de los hospitales españoles aplicaban ya sistemáticamente los reactivos para la detección del HCV desde el mes de enero de 1990, adelantándose a lo preceptuado en las mismas.

En lo que atañe a la regulación estatal general sobre los *bancos de sangre* y las *donaciones*, resulta de interés lo dispuesto en el RD 1945/1985, de 9 de octubre (21) (que derogó los anteriores RD 1574/1975, de 26 de junio, y RD 3453/1977, de 30 de diciembre), y el RD 1854/1993, de 22 de octubre (22). Entre la normativa de la Comunidad Europea referida a esta cuestión se puede mencionar la Directiva 89/381/CEE del Consejo, de 14 de junio (23), o la Decisión 647/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de marzo de 1996 (24), así como la Directiva del Consejo 93/42, de 14/06/93 (25), sobre productos sanitarios, modificada por Directiva 98/79 del Parlamento Europeo y del Consejo (26), y por la reciente Directiva 2000/70 del Parlamento y del Consejo, referida específicamente a «los productos sanitarios que incorporen derivados estables de la sangre o plasma humanos» (27). También debe considerarse a este respecto el «Instrumento de Ratificación del Acuerdo Europeo relativo al intercambio de sustancias terapéuticas de origen humano, suscrito en París el 15 de diciembre de 1958, y del Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 29 de septiembre de 1982 y abierto a la aceptación el 1 de enero de 1983» (28). Existe, por último, una abundante normativa autonómica en la que se regulan detalladamente los bancos de sangre y procedimientos de hemodonación (29).

Por supuesto, es de obligada y necesaria aplicación en todo caso lo dispuesto en los artículos 139 al 144 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de

(15) «DOGC» núm. 1275, de 2 de abril de 1990.

(16) «DOG» núm. 146, de 27 de julio de 1990.

(17) «BOCM» núm. 164, de 12 de julio de 1990.

(18) «BON» núm. 13, de 29 de enero de 1990.

(19) «BOPV» núm. 20, de 29 de enero de 1990.

(20) «DOGV» núm. 1330, de 21 de junio de 1990.

(21) «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 1985. Parcialmente declarado nulo por STC 203/1993, de 17 de junio.

(22) «BOE» núm. 278, de 20 de noviembre de 1993. Desarrollado por Ordenes del Ministerio de Sanidad y Consumo de 7 de febrero de 1996 («BOE» núm. 34, de 16 de febrero de 1996) y de 2 de junio de 1998 («BOE» núm. 139, de 11 de junio de 1998).

(23) «DOCE», L, núm. 181, de 28/06/89.

(24) «DOCE», L, núm. 95, de 16/04/96.

(25) «DOCE», L, núm. 169, de 12/07/93.

(26) «DOCE», L, núm. 331, de 07/12/98.

(27) «DOCE», L, núm. 313, de 13/12/2000.

(28) «BOE» núm. 165, de 12 de julio de 1989.

(29) Dicha normativa autonómica se compila en el libro *Legislación sobre la Sangre Humana e Infecciones de Transmisión Sangutnea*, de Juan MÈNCA, Ed. Comares, Granada, 1999.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJA-PAC) (30), con su consiguiente Reglamento de desarrollo (RD 429/1993, de 26 de marzo). Como ya se señaló anteriormente, el legislador estatal, en una clara reacción frente al notable incremento de las reclamaciones indemnizatorias planteadas contra las Administraciones sanitarias por casos de infecciones en hospitales públicos, reformó el *artículo 141.1 LRJA-PAC* mediante Ley 4/1999, de 13 de enero, añadiéndole al mentado precepto la siguiente cláusula de exoneración:

«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 aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.»

Esta nueva excepción en el régimen general de imputación de responsabilidad objetiva a las Administraciones sanitarias parece en principio afectar, en lo que ahora nos interesa, a todos los contagios de hepatitis C producidos en fecha anterior al año 1989 (en el que se divulgaron los reactivos aptos para detectar el HCV) e incluso a los posteriores que resultaron indetectables por hallarse el virus en el «período ventana» antes citado (31). Sin embargo, ni la doctrina jurídica ni una considerable parte de los tribunales modificaron de un modo sustantivo sus postulados anteriores en este particular, como se advierte más adelante (32).

Por otra parte, la jurisprudencia más reciente está invocando también a este respecto, y de un modo reiterado, ciertas normas distintas de las antedichas, como el artículo 43 de la Constitución; la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 26/1984, de 19 de julio, General para Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (transposición de la Directiva 374/1985 del Consejo, de 25 de junio de 1985, LCEur 1985-712), y los artículos 1.105, 1.902 y ss. del Código Civil (33).

(30) Preceptos que han reemplazado a los anteriores artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

(31) No obstante, el Tribunal Supremo (S.^o 4.^o) justificó en su Sentencia de 6 de marzo de 2000 (ponente: Excmo. Sr. RÍOS SALMERÓN —Arz. 2600—, FD «QUINTO») la irretroactividad de la reforma aprobada por la citada Ley 4/1999, de 13 de enero, y las importantes consecuencias que de ello se derivan.

(32) Me remito a lo afirmado por el profesor Jesús JORDANO FRAGA en su artículo *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*, publicado en el núm. 149 de esta REVISTA (mayo-agosto 1999).

(33) En el Auto de 13 de abril de 2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo (ponente: Sr. AZPARRÉN LUCAS, Arz. 653) se plantea una interesante cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo sobre la transposición en España de dicha Directiva del Consejo (Defensa Consumidores) en un caso de contagio de hepatitis C.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN (34)

El artículo 142.5 LRJA-PAC mantiene el plazo de prescripción anual previsto con carácter general en el artículo 1.968.2.º del Código Civil (CC) para las acciones de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) (35). Pero fija, además, el *dies a quo* del cómputo de dicho período prescriptivo en el momento de determinación del alcance de las secuelas de la enfermedad o, en su defecto, en el de la «curación».

Es importante esta última consideración, por cuanto el período de incubación del HCV es muy prolongado y los primeros síntomas pueden tardar en manifestarse varios años (36), al igual que las secuelas.

La posición jurisprudencial mayoritaria sobre tal cuestión se recoge en las Sentencias del *Tribunal Supremo* (S.º 3.º) de 31 de mayo de 1999 (37) y 30 de octubre de 2000 (38), referidas ambas a contagios de hepatitis C acaecidos, respectivamente, en los años 1975 y 1986, con secuelas no determinadas hasta 1993 y 1994. En la primera de ellas se afirma lo siguiente:

«(...) la sentencia impugnada entiende que el plazo del año para el ejercicio de la acción de responsabilidad debe computarse a partir de la Sentencia de 16 de octubre de 1990 que declaró al recurrente en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual (...) [sin embargo] la verdadera naturaleza de las secuelas no se diagnostica de manera definitiva hasta el 7 de marzo de 1993. Así las cosas, y teniendo en cuenta la expresa referencia a las secuelas y determinación de su alcance que se hace en el artículo 142.5 LRJ-PAC cuya infracción invoca el recurrente, es patente que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción no puede ser el de la declaración de invalidez total, sino el del diagnóstico citado: 7 de marzo de 1993. Al respecto importa tener presente la doctrina jurisprudencial aplicable, que queda razonablemente sintetizada en lo que sigue (39):

(34) Resulta de interés lo considerado sobre esta cuestión por los profesores José Luis MUGA MUÑOZ y José Vicente MOROTE SARRIÓN en sus respectivos artículos *El plazo para reclamar la responsabilidad de las Administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa y La novedosa doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración*, publicados en los núms. 152 (mayo-agosto 2000) y 147 (septiembre-diciembre 1998) de esta misma REVISTA.

(35) Es en todo punto inaplicable en esta materia el plazo prescriptivo de cinco años previsto en el artículo 54 RDLeg. 1/1994, de 20 de junio (Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social), y en el anterior artículo 54.1 Decreto 2063/1974, de 30 de mayo (LGSS).

(36) En general, para poder determinar el alcance de las secuelas ha de practicarse previamente una «biopsia hepática», así como un estudio de la reacción del virus a la medicación suministrada.

(37) Secc. 6.º, ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ NAVARRO, Arz. 6154.

(38) Secc. 6.º, ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ NAVARRO (R.º Casación Unific. Doctrina 8549/1999).

(39) Repertorio Aranzadi, respectivamente, núms. 4118, 1802, 2534, 4367, 1474 y 3750.

a) STS 8 julio 1983: “La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos del núm. 2.º del artículo 1968 del Código Civil y del 1969, *hay que atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido*”.

b) STS 9 de abril 1985: “... sin que sea apreciable la alegación de caducidad de la acción por transcurso de más de un año desde el hecho que motivó la reclamación —art. 122, párr. 2 LEF—, pues se estima que la actuación causante del daño *es de carácter continuado e ininterrumpido*, y ha durado hasta el momento del planteamiento del pleito, *por lo que en realidad no había transcurrido plazo alguno desde la producción hasta la reclamación*”.

c) STS de 28 de abril de 1987: “... hay que considerar que el precepto citado (art. 40 Ley de Régimen Jurídico) se refiere a un caso de prescripción, tal como establecía ya el artículo 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y no de caducidad, por lo que ese plazo puede interrumpirse; y consecuentemente con ese criterio *no cabe atender sin más al hecho motivador como punto inicial del plazo, sino que éste empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos (...)*, que es cuando hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance, lo que es coincidente con el principio de la *actio nata* recogido en el artículo 1969 del Código Civil”.

d) STS 1 junio 1988: “... no puede confundirse el hecho-*causa* con sus simples consecuencias, por ser éstas el objeto de la indemnización a que aquél da origen”.

e) STS 14 febrero 1994: “Esta Sala tiene declarado que el *momento del comienzo del cómputo del plazo* prescriptivo *ha de referirse siempre* cuando las lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, *al día en que*, producida la sanidad, *se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido...* ya que el cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado”.

f) STS 26 mayo 1994: “... y el inicio del cómputo ha de fijarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica *... no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, dies a quo, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido*”».

V. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Esta cuestión resulta de la máxima relevancia, y no sólo por sus efectos formales o procesales. Las distintas Salas del Tribunal Supremo, a pesar de aplicar unas mismas normas sustantivas a unos hechos sustancialmente idénticos, han alcanzado conclusiones diametralmente opuestas. Así, mientras que en una banda las *Salas Tercera y Primera* están *interpretando estrictamente* la excepción de «fuerza mayor» oponible a la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria demandada, exigiéndole la indemnización de los afectados, por otra la *Sala Cuarta* desde fines de 1997 ha aplicado *extensivamente* dicha excepción, combinándola con el concepto de «juridicidad» de la actuación sanitaria y del «deber jurídico» de soportarla, absolviendo así a la Administración. Como consecuencia de dicha desavenencia, el Tribunal Supremo ha llegado a dictar dos Sentencias contradictorias e incompatibles entre sí en un mismo día y sobre un caso idéntico (40) (contagio de virus por transfusión sanguínea). Se ha producido así una clara discriminación entre los enfermos de hepatitis C que optaron por demandar a la Administración sanitaria ante la jurisdicción social y los que lo hicieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa o civil, en perjuicio de los primeros.

El problema se atenuará, sin embargo, en un medio plazo al haberse unificado indubitadamente ante la *jurisdicción contencioso-administrativa* la competencia para conocer este tipo de reclamaciones, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 2.e) y Disp. Ad. 5.ª Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; artículo 3 (modificado) RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, del Procedimiento Laboral; Disp. Ad. 12.ª Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJA-PAC); Disp. Ad. 1.ª RD 429/1993, de 26 de marzo, y artículo 9.4 LO 6/1985, de 1 de julio (LOPJ).

La postura del *Tribunal Supremo* al respecto se resume en su Sentencia de 4 de abril de 2000 (41), con la siguiente fundamentación:

«Como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de 27 de noviembre de 1999 y 14 de diciembre de 1999 (42), la resolución recurrida, por la que el Tribunal *a quo* se declara incompetente para conocer del proceso tramitado ante él por entender que su conocimiento corresponde a la jurisdicción del orden social, obedece a la falta de firmeza de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual

(40) Sentencia de la S.ª de lo Social de 3/12/99 (ponente: Sr. MOLINER TAMBORERO, Arz. 9349) y Sentencia de la S.ª de lo Civil de 3/12/99 (ponente: Sr. VILLAGÓMEZ RODIL, Arz. 8532).

(41) S.ª 3.ª, Secc. 6.ª, ponente: Excmo. Sr. XIOL RÍOS, Arz. 3262.

(42) Arz. 9989.

de las Administraciones Públicas, este Tribunal, en sus distintas Salas, se ha pronunciado de forma contradictoria. Esto ha determinado *numerosos pronunciamientos de la Sala especial de este Tribunal* para resolver conflictos de competencia constituida al amparo del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ellos se ha declarado la *competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo* para conocer de este tipo de acciones. La decisión se ha fundado en la aplicación de lo dispuesto por los artículos 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, 142 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 2.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral —autos de 7 de julio de 1994, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 18 de marzo de 1997, 4 de julio de 1997 y 18 de diciembre de 1997 (43)—. Dada la extensa argumentación contenida en las resoluciones citadas, no debemos abundar en argumentos justificadores de la estimación de este motivo de casación.

No obstante, y aun siendo conscientes de su carácter posterior al Derecho aplicable al objeto del presente proceso, conviene destacar que la *disposición adicional duodécima* sobre "Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria", añadida a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece lo siguiente: "*La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*".

Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sido recogida en los anteriores párrafos. Se trata de la objeción, de la que se hace eco el auto impugnado, acerca de la posible ilegalidad de la disposición adicional 1.^a del Real Decreto 429/1993, atendido el rango reglamentario de esta norma frente al carácter legislativo de la nueva disposición.»

(43) Arz. respectivamente: 1331, 9783, 9128, 1312, 1318 y 1331.

En los mismos términos se han posicionado las Sentencias de dicho máximo Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de *6 de junio, 14 de abril y 28 de marzo de 2000* (44), así como las de los Tribunales Superiores de Justicia de *Asturias y Galicia* de fechas respectivas *14 de julio de 2000* (45) y *16 de abril de 1998* (46), referidas las cinco a reclamaciones indemnizatorias planteadas frente a las Administraciones públicas sanitarias. Resulta también de interés lo afirmado por *la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* y por *la de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)* en sus respectivas Sentencias de *7 de marzo* (47) y *20 de enero* (48) de 2000, en las que, a pesar de asumir como incuestionable la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de esta materia (responsabilidad por contagio de hepatitis C), establecen una *excepción* fundada en motivos de transitoriedad y entran a conocer del fondo del asunto.

VI. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE

En un gran número de casos, entre la fecha del contagio de la hepatitis C y la de la reclamación indemnizatoria se ha producido una transferencia de competencias y medios materiales desde la Administración sanitaria estatal hasta la autonómica. ¿Cuál de dichos entes públicos territoriales superiores está legitimado pasivamente para ser parte en el proceso contencioso? Habrá que atender a lo establecido en el correspondiente Decreto de transferencias. Con gran probabilidad, la Administración autonómica se habrá subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones de la estatal, con lo que puede exigírsele el pago de la pertinente indemnización.

El *Tribunal Supremo* consideró en su Sentencia de *3 de diciembre de 1999* (49) que: «Las cesiones del Insalud de los correspondientes servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas, por lo general, operan transfiriendo no sólo los derechos sino también obligaciones, salvo la excepción que puede representar la Comunidad Foral de Navarra, y de esta manera lo que efectivamente resulta transmitido no es la culpa, sino las responsabilidades derivadas de la misma, que sí cabe ceder y traspasar».

También señaló el Tribunal Superior de Justicia de *Galicia* en su Sentencia de *2 de noviembre de 1998* (50) que:

«La responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el principio de responsabilidad objetiva (Cfr. TS

(44) Secc. 6.ª. Respectivamente, ponentes: Srs. XIOL RÍOS, LECUMBERRI MARTI y MATEOS GARCÍA, Arz. 5938, 3372 y 3097.

(45) S.ª de lo Social, ponente: Sr. GARCÍA GONZÁLEZ, Arz. 2127, sobre contagio de hepatitis C.

(46) S.ª de lo Social, ponente: Sr. FERNÁNDEZ OTERO, Arz. 955, sobre contagio de hepatitis C.

(47) Ponente: Sr. ALMAGRO NOSETE, Arz. 1508.

(48) Ponente: Sr. GUADALUPE HERNÁNDEZ, Arz. 1653.

(49) S.ª de lo Civil, ponente: Sr. VILLAGÓMEZ RODIL, Arz. 8532.

(50) S.ª de lo Cont.-Ad., Secc. 3.ª, Recurso 7202/96, ponente: Sr. D'AMORIN VIEITEZ.

SS 23 febrero 1995, 25 octubre 1996 y 25 febrero y 8 abril 1998), rigiendo en esta materia el *principio de solidaridad* (Cfr. TS S 17 mayo 1996), ideado como instrumento para dar satisfacción a las exigencias propias del principio básico en la materia, de la garantía del perjudicado, que de otro modo, correría el riesgo de quedar burlado (Cfr. TS S 23 febrero 1995), razón por la cual no existe inconveniente, supuesto de que concurren dos Administraciones con títulos de imputación distintos de aquella responsabilidad, para que se ejercite la acción sólo contra una de las Administraciones implicadas, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra la no llamada a juicio, y el RD 1679/1990, de 28 dic. supuso el traspaso de las funciones del INSALUD a Galicia, con los correspondientes servicios e instituciones, derechos y obligaciones, así como medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquél sin que en el Anexo se establezca limitación alguna a la asunción de obligaciones por la CA Galicia (...) siendo ello así se concluye que el Servicio Galego de Saúde demandado viene legitimado pasivamente para soportar dicha responsabilidad.»

VII. PRUEBA DEL CONTAGIO

Introduciéndose ya en el examen del fondo del asunto, lo primero que se plantea el órgano jurisdiccional correspondiente es una cuestión puramente fáctica. Se trata de dilucidar si el enfermo reclamante verdaderamente sufrió el contagio de la enfermedad como consecuencia del funcionamiento de la Administración sanitaria o si, por el contrario, fue infectado en un ámbito exterior y ajeno a la misma. Las dificultades para la acreditación de este extremo por el demandante son considerables, dado el largo lapso de tiempo en general transcurrido entre la fecha del contagio y la del diagnóstico de la enfermedad, así como la circunstancia de que en un 40 por 100 de los casos la infección se debe a causas aún desconocidas para la ciencia. En tal sentido, la jurisprudencia pondera los indicios existentes en cada caso, con un reparto de la carga probatoria entre las partes implicadas. Si al recurrente se le ha practicado una transfusión sanguínea, o intervención quirúrgica apta para producir el contagio; si se halla excluido de los demás grupos de riesgo de infección (drogadicción, promiscuidad sexual, etc.); si antes de la intervención hospitalaria no mostraba síntomas de padecer la enfermedad..., se considerará probada la relación de causalidad entre la actuación de la Administración sanitaria y la transmisión del virus. El *Tribunal Supremo* manifestó a este respecto en su Sentencia de 12 de mayo de 1998 (51) que:

(51) S.º de lo Cont.-Ad., Secc. 6.ª, ponente: Sr. XIOL RÍOS, Arz. 4640.

«(...) la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 declara que, con arreglo a la más reciente jurisprudencia, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 enero 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, pues que —válidas como son en otros terrenos— irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio 1997) (...)».

En todas las resoluciones judiciales que se citan en los epígrafes siguientes (específicamente referidas a contagios de hepatitis) se examina esta cuestión, con conclusiones análogas a las citadas. Merece, sin embargo, especial atención la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 14 de abril de 1998 (52), en la que se considera probado el contagio a pesar de que las pruebas de «anti-HCV» practicadas a la sangre transfundida habían dado un resultado negativo, por estos motivos:

«(...) La señora R. ingresó sin dolencia hepática alguna y por lo tanto hay una conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, es decir, entre la transfusión y el padecimiento que le sobrevino tras la misma. Ello es así porque: a) la transfusión es la forma más idónea y estadísticamente más alta de contagio, según admite la resolución impugnada; b) *el análisis de las unidades transfundidas que presentaban pruebas serológicas por hepatitis C negativas, no sirve para llegar a otra conclusión puesto que se desconoce el índice estadístico de error, es decir que no es fiable al cien por ciento;* y c) constan en el proceso los análisis de sangre que precedieron a la intervención, donde se aprecia que la recurrente se encontraba en óptimas condiciones para ser intervenida ya que de no ser así la operación no se hubiese practicado (...). La demandada afirma que los análisis aportados no pueden acreditar que la recurrente no padeciera hepatitis C con anterioridad a la operación, lo que sólo puede entenderse como una manifestación subjetiva y de parte interesada.

(52) Ponente: Sr. PÁEZ MARTÍNEZ VIREL, Arz. 2535, con doctrina que se confirma en otra posterior del mismo Tribunal de 20 de enero de 2000 (Arz. 1653) sobre contagio acaecido en 1993, cuando ya se había identificado el HCV, y en la más reciente (Tenerife) de 5 de septiembre de 2000 (ponente: Sr. HERNÁNDEZ CORDOBÉS).

De otra forma habría que admitir que por parte de la Administración se asume el riesgo de realizar intervenciones en pacientes infectados de hepatitis C. La referida postura llevaría a los pacientes a imponer al médico la analítica oportuna para demostrar qué consecuencias como las que son objeto de recurso, se han producido sin participación del lesionado y en definitiva, posteriores al ingreso en un hospital. No parece que ésta sea la práctica habitual».

En parecidos términos se pronunciaron las Sentencias de 9 de marzo de 1998 y 21 de noviembre de 1995, dictadas, respectivamente, por los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y de Castilla y León (53).

VIII. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. FUERZA MAYOR

a) Tribunal Supremo

1. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Esta Sala del Tribunal Supremo sostiene, casi sin excepción, la doctrina general, ya «clásica», sobre la responsabilidad *objetiva* de las Administraciones públicas. Restringe así el concepto eximente de «fuerza mayor» a supuestos limitados de «*exterioridad*» e «*irresistibilidad*» que difícilmente podrían concurrir en un caso de contagio acaecido dentro de las instalaciones de una Administración sanitaria y como consecuencia de la prestación de los servicios que la caracterizan.

Como prototipo de dicha posición, favorable al administrado frente a la Administración, puede citarse su *Sentencia de 28 de octubre de 1998* (54), en la que incluso se trata la cuestión del «período ventana» o de incubación del virus (durante el cual, aún hoy, permanece indetectable), así como la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, con el consiguiente desplazamiento de la carga probatoria hacia el INSALUD. Se afirma en la misma que:

«(...) a juicio de la parte recurrente en casación, se había producido una actuación correcta del Hospital ... no existe ningún tratamiento que esté libre, al cien por cien, de efectos secundarios y en el caso concreto, *existe un período llamado "ventana"* de la infección por el virus donde el donante puede ser portador del virus y éste no llegarse a detectar, lo que supone un riesgo extraño en la actuación de la entidad e inevitable para la ciencia médica, que excluye la responsabilidad de la Administración por funcionamien-

(53) Repertorios de Aranzadi 749 y La Ley 96-3195, respectivamente.

(54) Secc. 6.º, ponente: Sr. GONZÁLEZ RIVAS, Arz. 8928.

to del servicio público. (...) [sin embargo] En el caso examinado ... resulta claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, se engloba dentro del *servicio público de la protección a la salud*, que se rige por el *principio de eficacia* y, en consecuencia, es responsable el INSALUD de toda lesión que, por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sufran los particulares, lesión que ha de ser indemnizada cuando no concurre una circunstancia de fuerza mayor. Así, en el caso *existe una clara relación de causalidad*, pues durante el tratamiento prestado al paciente se le hizo una transfusión de sangre portadora del virus de Hepatitis, que de modo necesario y causal, según resulta acreditado en las actuaciones, le producen los daños que le originaron el fallecimiento, pues es científicamente probado que una enfermedad se produce por la inoculación de un virus propio, y si bien la concurrencia de un posible caso *fortuito* excluiría la *culpa*, ello no exonera de responsabilidad a la Administración Pública, puesto que *la responsabilidad es objetiva* y sólo queda descartada por la concurrencia de una *fuerza mayor excluyente*; precisada por una *necesidad e inevitabilidad* que se encuentra ausente en el supuesto enjuiciado (...).

Aunque en la misma línea que la anterior, la *Sentencia de 31 de mayo de 1999* (55) merece una especial consideración. En ella se condenó al INSALUD por un contagio de hepatitis C ocurrido en 1975, es decir, cuando aún no existían los reactivos necesarios para poder detectar (y prevenir) la enfermedad en la sangre transfundida.

La fundamentación de la Sentencia es prolija y exhaustiva. Se define en primer lugar (FD «QUINTO.A») el «*caso fortuito*» como «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida» (56), distinguiéndolo de la «*fuerza mayor*», comprensiva de «aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado» (57). A continuación procede a «examinar el problema con la luz que aporta la *nueva redacción dada al artículo 141.1 LRJ-PAC por la reciente Ley 4/1999, de 13 de enero*», en cuya virtud —considera— simplemente se positivizó «un principio que estaba ya latente en la regulación anterior» (58). Por ello, «no bas-

(55) Secc. 6.ª, ponente: Sr. GONZÁLEZ NAVARRO, Arz. 6154.

(56) STS de 11/12/74 (Arz. 5132).

(57) STS de 23/05/86 y 19/04/97 (Arz. 3233).

(58) En la STS (S.ª 4.ª) de 06/03/2000 (ponente: Sr. RÍOS SALMERÓN, Arz. 2600, FD «QUINTO») se afirma precisamente lo contrario.

ta 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 ... tendría que hacer la Administración» (59). Se engarza dicho razonamiento lógico con la afirmación de que desde el año 1965 (60) existe en España una regulación precisa sobre los bancos de sangre y las hemodonaciones, que vertebraba un sistema conducente a garantizar la salud del donante y del receptor. Sigue a ello la advertencia, sin perjuicio de lo antedicho, de «que *“estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes”* no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta —la legislación, el derecho positivo— va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un Texto Legal para adaptarlo al progreso técnico (...) De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso». Prosigue la Sentencia interpretando el inciso segundo del reformado artículo 141.1 LRJ-PAC. A tal efecto, distingue conceptualmente la «técnica» de la «ciencia», definiendo la primera como conocimiento empírico y la segunda como saber teórico, e interpreta el término «estado» que precede a dichos sustantivos en la referida disposición, con escasas consecuencias prácticas. Por fin, se incide en que, no obstante lo antedicho, no existe responsabilidad extracontractual cuando «la causación de un daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor», ya que, en ese caso, no es ilícito el resultado, ni antijurídica la lesión, estando obligado el paciente a soportar el daño por concurrir una causa de justificación. Partiendo de todo lo antedicho, la Sentencia concluye declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, con el siguiente razonamiento:

«C. Conectando al supuesto que se debate en este pleito todo lo que se acaba de decir —en particular sobre (...) esos *conceptos jurídicos indeterminados introducidos por el nuevo artículo 141 LRJ-PAC*— 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; y el caso fortuito, aun admitiendo que exista, no es bastante para enervar la responsabilidad demandada a la Administración. En consecuencia (...) estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la *organización sanitaria*, y que, en el mejor de los casos, se originó por *caso fortuito*, lo que no excluye la responsabilidad

(59) STS de 15/12/97 (Arz. 9357).

(60) Decreto que fue sustituido por otro de 26/06/75 (Arz. 1436) y por el RD 1945/1985, de 9 de octubre.

de la Administración. Y como ese daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un *daño que es antijurídico* en sentido verdadero y propio, o sea lo que la ley llama *lesión* (...). Todo lo cual se halla en perfecta coherencia con la teoría directriz, materia disciplinar o paradigma de la *responsabilidad objetiva*, que inspira nuestro vigente derecho administrativo desde hace casi cincuenta años, conforme a la cual la *antijuridicidad se predica del efecto o resultado dañoso*, y no del sujeto que causa ese daño. Y lo objetivo aquí es que el enfermo ingresó en el centro médico con un politraumatismo y *salió con las secuelas propias del accidente, y, además, con una hepatitis derivada de la transfusión*. El hecho puede ser fortuito, pero del caso fortuito responde la Administración, aunque obviamente no quepa imputar aquí, por lo que nos consta, culpa alguna al personal sanitario. Y es sabido que para exigir responsabilidad extracontractual a la Administración pública *no hace falta que medie culpa*. Precisamente porque el ordenamiento la configura como responsabilidad objetiva».

En el *Voto Particular* formulado sobre la citada Sentencia (61) se reconoce la no concurrencia de fuerza mayor, porque «falta el elemento de ajenidad». Sin embargo, se puntualiza que en este caso no concurre responsabilidad en la Administración sanitaria, porque el daño no es «*antijurídico*» ya que «*el perjudicado tiene el deber de soportarlo*». Invoca para ello lo dispuesto en el artículo 141.1 LRJA-PAC, en su nueva y polémica redacción, así como la apreciación subjetiva de que «*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*». Y cita al efecto una nutrida jurisprudencia (62). No obstante, parece difícilmente compatible esta postura con lo preceptuado en el artículo 106.2 de la Constitución, como más adelante se dirá.

Esta Sentencia ha sido *confirmada* en sus estrictos términos por otras dos más recientes, dictadas, respectivamente, los días 19 (63) y 30 de octubre de 2000 (64), relativas ambas a contagios de hepatitis C. Se insiste en la primera de ellas en que: «(...) la antijuridicidad se predica del efecto o re-

(61) *Voto particular* interpuesto por el Sr. PECES MORATE, al que se adhirió el Sr. SIEIRA MÍGUEZ.

(62) Sentencias de 07/02/98 (Arz. 1444), 13/06/98 (Arz. 6435), 18/10/97 (Arz. 7942), 05/02/96 (Arz. 987), 21/11/95 (Arz. 8281), 01/07/95 (Arz. 6013), 26/09/94 (Arz. 6800) y 33/04/94 (Arz. 2722).

(63) Ponente: Sr. GONZÁLEZ NAVARRO, R.º Casación Unific. Doctrina 8549/1999, revista «Actualidad Administrativa» (La Ley), núm. 19, año 2001.

(64) Ponente: Sr. SIEIRA MÍGUEZ, R.º Casación Unific. Doctrina 2892/2000, revista «Actualidad Administrativa» (La Ley), núm. 12, año 2001.

sultado dañoso, y no del sujeto que causa ese daño. Y lo objetivo aquí es que el enfermo ingresó en el centro médico por problemas de parto y salió con una hepatitis. El hecho puede ser fortuito, pero del caso fortuito responde la Administración, aunque obviamente no quepa imputar aquí, por lo que nos consta, culpa alguna al personal sanitario (...). En consecuencia, esta doctrina, reproducida en *tres sentencias idénticas*, puede ser invocada ya como «jurisprudencia» en el sentido al efecto previsto en el artículo 1.6 CC.

No obstante, el 25 de noviembre de 2000, la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo dictó una sorprendente Sentencia (65) contradiciendo de un modo visceral su postura precedente, y declarando la inexistencia de responsabilidad administrativa en el mismo caso de contagio de hepatitis C producido antes de 1990. Los fundamentos de esta reciente Sentencia coinciden miméticamente con los de la Sala de lo Social de dicho Tribunal, por lo que me remito a lo afirmado sobre esta cuestión en el apartado 3 siguiente.

2. Sala de lo civil.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha alcanzado similar conclusión que la tercera —declarativa de responsabilidad— en sucesivas resoluciones sobre esta específica materia, si bien con distintos argumentos y planteamientos jurídicos.

Así, en su *Sentencia de 5 de octubre de 1999* (66) condenó al pago de una indemnización de cincuenta millones de pesetas por un contagio del virus de la *hepatitis C*, al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 51 de la Constitución, y artículos 25, 26 y 28 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la *Defensa de los Consumidores* y Usuarios. Consideró que «tales artículos establecen un sistema de responsabilidad objetiva frente a la víctima-consumidor que en nuestro ordenamiento positivo ha representado una indudable progresión —en la *protección de la parte más débil en la contratación* (responsabilidad contractual) o en el *consumo de productos defectuosos* (responsabilidad extracontractual)». Y añadió que, específicamente, el artículo 28.2 de la citada Ley 26/1984 somete «al régimen de responsabilidad puramente objetiva el daño sufrido por el consumidor por la utilización del producto farmacéutico», hasta el punto de que incluso «el uso y consumo de tal producto farmacéutico en fase de *investigación clínica* —los llamados riesgos de desarrollo— debe estar rodeada de requisitos, garantías y *consentimiento informado*, con un régimen de *responsabilidad reforzada*, lo que ha desarrollado la posterior Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del *Medicamento*».

También resulta de interés la *Sentencia de 9 de marzo de 1999* (67), que

(65) Ponente: Sr. PECES MORATE, diario «La Ley», núm. 5288, de 16/04/2001.

(66) Ponente: D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Arz. 7853.

(67) Ponente: Sr. GARCÍA VARELA, Arz. 1368.

ratifica otra anterior de la Audiencia Provincial de Baleares condenatoria del INSALUD por infección de HCV. Se reiteran en la misma similares argumentos a los de la anteriormente citada, con especial referencia a lo dispuesto en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que ejecuta la Directiva del Consejo de la UE núm. 1985/374, de 25 de junio de 1985. Pero se añade, además, la siguiente observación: «Aunque las pruebas de detección del virus de la *Hepatitis C* no eran exigibles sino desde la *Orden de 3 de octubre de 1990*, esta particularidad *no exonera* de responsabilidad a la recurrente, ya que, a partir de la primavera del año 1989, no sólo en el espacio científico, sino también en el de la opinión pública, se conocía la gravedad de la hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre infectada efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por la vía de la responsabilidad cuasi-objetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad de la recurrente, toda vez que, si bien se trata de un evento acaecido con anterioridad al año 1990, *la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi-objetiva que contempla y debe producir todos sus efectos indemnizatorios*, tal como ha sentado la STS de 28 de diciembre de 1998 (68) respecto a un supuesto en que le había sido transfundida sangre infectada con el virus HIV a un paciente, que adquirió la enfermedad del sida».

Aunque menos reciente, la *Sentencia* de la misma Sala de 18 de febrero de 1997 (69) merece particular atención. Después de incidir en la irrelevancia de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad en la que incurrió el Instituto Catalán de la Salud por un doble contagio de HCV-HIV y de interpretar los artículos 1.902, 1.101 y ss. del Código Civil, añade que «el deber de protección que impone a todo contratante la buena fe obligaba a los servicios médicos del organismo autónomo codemandado, como prestadores de la asistencia sanitaria al actor originario, a, de una parte, dado el muy elevado porcentaje de casos de contagio de hepatitis no A, no B y sida por vía de transfusión de sangre que se producía en la época, *reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo*, y de otra parte, a *INFORMAR AL ENFERMO*, que en el caso presente se hallaba perfectamente consciente y lúcido, de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudiera dar a la misma una *conformidad* fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y *asumiendo el riesgo* de que llegaran a hacerse realidad, deberes de los responsables de los Centros médicos públicos y correlativos derechos de los

(68) Arz. 10155.

(69) Ponente: Sr. ALMAGRO NOSETE, Arz. 1240. Confirma una Sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Barcelona por la que se condenó al Instituto Catalán de la Salud —ICS— al pago de 40 millones de pesetas por un contagio de HCV y HIV.

enfermos asistidos en los mismos, que no sólo tenían origen contractual, sino que incluso habían sido ya recogidos en el RD 2082/1978, de 25 de agosto, sobre garantías de los usuarios de los hospitales públicos»

Finalmente, las *Sentencias de 3 de diciembre de 1999 (70)* y *7 de marzo de 2000 (71)* —desfavorables a la Administración— se mantienen en los referidos postulados, haciendo hincapié la última de ellas en la doctrina del «consentimiento informado» con amparo en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Recomendación 51/1984 del Defensor del Pueblo. La voluntad del paciente en someterse al tratamiento de riesgo debe manifestarse por escrito, de forma expresa, libre y consciente.

3. *Sala de lo Social.*

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha enfocado el problema en cuestión en sus más recientes sentencias de un modo radicalmente distinto al de las otras dos jurisdicciones, y favorable por tanto a las Administraciones públicas sanitarias demandadas.

La *Sentencia de 22 de diciembre de 1997 (72)* inauguró una doctrina francamente contradictoria con la expresada en anteriores pronunciamientos de esa misma Sala (73), pero que se confirma en los posteriores. Se analiza en ella un caso de contagio de hepatitis C ocurrido en el año 1985 y diagnosticado en 1994. Tras examinar los distintos orígenes de la responsabilidad objetiva en el Derecho privado y en el público, señala que: «(...) la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo de la Administración, debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa alguna que lo justifique —SSTS 2

(70) Ponente: Sr. VILLAGÓMEZ RODIL, Arz. 8532. Confirma una Sentencia de un Juzgado de Ourense que condenó al SERGAS de la Xunta de Galicia al pago de 30 millones de pesetas por contagio de HIV.

(71) Ponente: Sr. ALMAGRO NOSETE, Arz. 1508.

(72) Recurso de casación por unificación de doctrina. Ponente: Sr. GONZÁLEZ PEÑA, Arz. 1998/737.

(73) A modo de ejemplo puede citarse su *Sentencia de 5 de junio de 1991* (ponente: Sr. BRIS MONTES, Arz. 5131), relativa a un caso de contagio de hepatitis C en el que se condenó a la Administración demandada, dado que: «(...) Establecida la relación de causalidad entre tratamiento y daños, se plantea la cuestión de si estos últimos no sólo son causados por aquél, sino que son intrínsecos al tratamiento mismo, como tal. Ello no es así, el tratamiento prestado como tratamiento médico sólo exigía la transfusión de sangre, pero no la circunstancia de que estuviera infectada, ello es tan ajeno a él, como que recetado un medicamento adecuado, se suministre uno que está en malas condiciones. Estas son circunstancias eventuales, que, afortunadamente, se producen raramente, quizá es posible que no haya medio de detectar que el medicamento está en malas condiciones, como en el caso enjuiciado parece que no pudo detectarse la infección de la sangre, esta eventualidad es lo que en términos coloquiales se denomina un "caso desafortunado" y en términos jurídicos "un caso fortuito", supuesto que como es sabido excluye la culpa, pero no la responsabilidad objetiva, ésta sólo queda descartada con la fuerza mayor, y para que ésta concurra se precisa de una necesidad e inevitabilidad ausentes en el supuesto enjuiciado (...).»

noviembre 1993 y 4 octubre 1995—, lesión que tiene que ser la consecuencia de hechos idóneos para producirla. Sólo en estos casos puede estimarse que concurre una causa eficiente, es decir, una causa próxima y adecuada del daño». A partir de ahí se acerca a la esencia del problema, considerando que «no existe en nuestro derecho una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1.105 CC 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 (...) 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 1.105 CC. En el artículo que comentamos, separadas por la conjunción disyuntiva, se contraponen esas dos alternativas *bastando la existencia de una de ellas para que se produzca el supuesto de excepción*». Y, por ello, continúa afirmando que: «Si se acoge la doctrina tradicional anteriormente expuesta de *suceso imprevisto, o previsto pero inevitable*, estaríamos ante el supuesto de exclusión». Para mayor abundamiento, añade la Sentencia que «igual conclusión se impondría si atendiéramos a la *procedencia interna o externa* del obstáculo (...) 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 (...)». Y, en consecuencia, concluye «que al producirse el daño por un hecho externo a la actuación del Insalud estamos ante la causa de exoneración que prevé la norma y ello lleva a la desestimación del motivo y del recurso».

Las Sentencias de la misma Sala de 3 de diciembre de 1999 (74) y 5 de abril de 2000 (75) alcanzan idéntica conclusión que la anteriormente citada, «considerando como causa de fuerza mayor el hecho de que en aquel entonces desconociera la ciencia médica el virus en cuestión».

b) *Tribunales Superiores de Justicia (76)*

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha mantenido en general una posición favorable al paciente frente a la Administración sanitaria,

(74) Ponente: Sr. MOLINER TAMBORERO, Arz. 9349. Casa y anula la Sentencia dictada el 05/06/98 por el TSJ Asturias (Arz. 2318) que había condenado al INSALUD al pago de 20 millones de pesetas por un contagio de *hepatitis C*.

(75) Ponente: Sr. MARTÍN VALVERDE, Arz. 3284. Casa y anula otra del TSJ Castilla y León de 27/07/98, sobre *hepatitis C*.

(76) No se incluyen en la siguiente relación las numerosas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales sobre contagios de *hepatitis C*. Entre ellas merecen especial reseña, por su extensa fundamentación, las siguientes: SAP Alicante de 24/2/99 (ponente: Sr.

negándose expresamente a aceptar la última doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, antes citada. Como ejemplo paradigmático de dicha postura puede citarse su *Sentencia de 29 de junio de 1999 (77)*, que condenó al INSALUD al pago de 15 millones de pesetas por un contagio del virus de la hepatitis C ocurrido en 1987 y diagnosticado en 1990. En ella se manifiesta que los servicios médicos implicados en las transfusiones conocían los riesgos de contagio del virus de la hepatitis entonces denominada «no A no B» desde mucho antes del año 1989, disponiendo de medios indirectos para evitar la transmisión de la enfermedad. Se niega así «que el daño fuere intrínseco a dicho tratamiento y por ello de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica, pues en aquel tiempo se podía detectar la lesión hepática en el donante, lo que excluye el suceso imprevisible o difícil de prever, o que previsto fue inevitable si se hizo una transfusión de sangre portadora del virus de la hepatitis C». Por tanto, concluye declarando la inexistencia de fuerza mayor al no concurrir los necesarios factores de «necesidad» e «inestabilidad», «habida cuenta que los eventos dañosos descritos aunque puedan calificarse de accidentales por la circunstancia temporal apuntada no son ajenos al tratamiento, ni mucho menos imprevisibles e inevitables, ya que se trata de daños que el tratamiento médico ha producido, al margen de su finalidad terapéutica, porque en su realización se han introducido circunstancias que lo desnaturalizaron y que son ajenas a la constitución individual del enfermo (...) Consideración a complementar con aquella otra derivada del principio de confianza en la prestación sanitaria de acuerdo a la *lex artis*, de que no va a producir un resultado lesivo ajeno a la enfermedad que se trata de curar o paliar sus efectos por el enfermo». En el mismo sentido se pronunciaron las *Sentencias de 9 de mayo de 1995 (78)* y *17 de diciembre de 1998 (79)*.

El *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*, en su *Sentencia de 9 de marzo de 1998 (80)*, condenó a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por un contagio de hepatitis C transfusional ocurrido a fines de septiembre de 1989. A pesar de que en dicha resolución se toca la cuestión relativa a que un 40 por 100 de las infecciones de HCV se deben a causas desconocidas, no transfusionales, así como la de que el virus puede tener un período de incubación de hasta 25 semanas, durante el cual permanece indetectable (período ventana), se concluye que: «(...) en el caso de autos no se ha acreditado que la referida hepatitis se haya producido por una causa de fuerza mayor, ajena a la transfusión de hemáties realizada al actor, o por culpa de éste, sino como consecuencia de la transfusión realiza-

FLÓREZ MENÉNDEZ, Arz. 351), SSAP Madrid de 12/3/99 y 2/11/94 (ponente: Sr. Díez MÉNDEZ, Arz. 722 y 3482, respectivamente) y Auto de 20/2/98 (Arz. 493), SAP Asturias de 10/7/98 (ponente: Sra. PUEYO MATEO, Arz. 1656), SAP Sevilla de 18/10/94 (ponente: Sr. MÁRQUEZ ROMERO, Arz. 2445) y SAP Coruña de 20/3/98 (ponente: Sr. SEOANE SPIEGELBERG, Arz. 370), si bien esta última se refiere más bien a un caso de contagio del HIV.

(77) S.^º de lo Cont.-Ad., Secc. 2.^ª, ponente: Sr. GALLEGO OTERO, Arz. 1874.

(78) S.^º de lo Cont.-Ad., ponente: Sr. GALLEGO OTERO, Arz. 322

(79) Ponente: Sr. SALTO VILLÉN, Arz. 4708.

(80) S.^º de lo Cont.-Ad. (Málaga), ponente: Sr. RODRÍGUEZ HERMIDA, Arz. 749.

da, y más cuando la Administración no ha practicado prueba alguna tendente a acreditar las dudas que sostiene».

El *Tribunal Superior de Justicia de Canarias* se ha mostrado especialmente duro con la Administración sanitaria demandada en sus *Sentencias de 5 de septiembre de 2000* (81), *20 de enero de 2000* (82), *18 de febrero de 1999* y *14 de abril de 1998* (83), referidas las cuatro a casos de contagio de HCV y condenatorias al pago de fuertes indemnizaciones. Sin embargo, en su *Sentencia de 5 de febrero de 1999* (84) desestimó el recurso interpuesto al no considerar probado que la transfusión sanguínea practicada al paciente fuese la verdadera causa de la infección del virus.

El *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León* examinó esta cuestión en sus *Sentencias de 10 de diciembre de 1997* y *21 de noviembre de 1995* (85), condenando a la Administración sanitaria por inoculación del HCV en transfusión sanguínea, «(...) viniendo la declaración de responsabilidad objetiva atribuida al INSALUD, en lo concerniente a la protección de la salud, y a la Administración en general, por lo que se refiere a todos los servicios públicos (arts. 106 CE y 40 LRJAE)».

Por su parte, el *Tribunal Superior de Justicia de Extremadura* en su interesante *Sentencia de 28 de septiembre de 1999* (86) condenó al INSALUD al pago de una indemnización de 50 millones de pesetas por el contagio de la hepatitis mediante una transfusión practicada el 12/11/1990, no estimando la concurrencia de fuerza mayor.

En el mismo sentido se pronunció el *Tribunal Superior de Justicia de Galicia* en su *Sentencia de 4 de junio de 1999* (87), en la que se condenó al SERGAS de la Xunta de Galicia por un contagio de HCV ocurrido en 1984 pero del que no se manifestaron los primeros síntomas hasta 1991, degenerando en cirrosis en 1996. Considera al respecto el Tribunal que: «(...) no se puede hablar de un posible caso fortuito o fuerza mayor sino por el contrario de una responsabilidad objetiva plenamente consagrada por la doctrina jurisprudencial en la que sin poder apreciar una acción u omisión culpable de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Penal, sin embargo no se adoptaron medidas defensivas frente a un posible y evidente riesgo dadas las características y situación del enfermo y sobre todo por falta de un análisis del producto que le fue suministrado y que determinó y fue el desencadenante de la infección que sufre el recurrente». Aunque referida a un doble contagio de HCV y HIV (SIDA), la *Sentencia de 8 de mayo de*

(81) S.^º de lo Cont.-Ad. (Tenerife), ponente: Sr. HERNÁNDEZ CORDOBÉS. Contagio producido en 1991. Tenía deficiencias hepáticas antes de la transfusión. La sangre donada había superado con éxito los pertinentes Tests de detección del virus. Y aun así se declara probada la relación de causalidad y se condena a la Administración demandada.

(82) S.^º de lo Social (Las Palmas), ponente: Sr. GUADALUPE HERNÁNDEZ, Arz. 1653. Condena al pago de 50 millones de pesetas por contagio de HCV.

(83) S.^º de lo Cont.-Ad. (Las Palmas), ponente: Sra. PÁEZ MARTÍNEZ VIREL, Arz. 1244 y 2535.

(84) S.^º de lo Cont.-Ad. (Las Palmas), ponente: Sr. GÓMEZ CÁCERES, Arz. 200.

(85) S.^º de lo Social (Burgos), ponente: Sra. COLINA CONTRERAS, La Ley 96-3195.

(86) S.^º de lo Cont.-Ad. (Secc. 1.^ª), ponente: Sra. MÉNDEZ CANSECO, Arz. 2699.

(87) S.^º de lo Cont.-Ad. (Secc. 3.^ª), ponente: Sr. VESTEIRO PÉREZ, Arz. 2016.

1997 (88) del mismo Tribunal resulta también de interés por cuanto estima que, a pesar de resultar obligatorias en la fecha del contagio las pruebas de detección del virus, no existe «fuerza mayor, al no concurrir aquí las notas fundamentales caracterizadoras de la misma como son la exterioridad e irresistibilidad en el caso de que hubiera sido prevista». Por el contrario, en su *Sentencia de 2 de diciembre de 1999* (89) la Sala de lo Social desestimó la reclamación indemnizatoria entonces planteada, limitándose a reproducir los fundamentos de la *Sentencia del Tribunal Supremo* (S.^a 4.^a) de 22 de diciembre de 1997, antes citada.

El *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, en su *Sentencia de 28 de abril de 1999* (90), condenó a la Administración sanitaria demandada con motivo de una infección de hepatitis C por una transfusión practicada en 1977 y diagnosticada en 1993. Se afirma en la misma que: «(...) no puede hablarse de fuerza mayor pues el hecho de que en las fechas en las que se transfundió la sangre contaminada no hubiera sido clonado el virus C, ni, por tanto, existieran marcadores C, en definitiva, que no se conociera el origen de la hepatitis No-A No-B, dicho contagio no puede ser calificado de "acontecimiento imprevisible e inevitable o que, previsto, fuera inevitable", círculo en el que opera el concepto de fuerza mayor, por lo que cabe acoger, en este punto, la pretensión actora de que se declare la responsabilidad patrimonial de la CAM».

El *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* aceptó las referidas tesis, estimando la responsabilidad del Servicio Navarro de Salud en su *Sentencia de 25 de octubre de 1999* (91), en cuya virtud se le condenó al pago de 30 millones de pesetas por un contagio de hepatitis C. Es especialmente interesante la *Sentencia* de dicho Tribunal de 9 de junio de 1999 (92), la cual, a pesar de haber sido dictada por la Sala de lo Social y de mencionar expresamente la citada *Sentencia del Tribunal Supremo* (S.^a 4.^a) de 22 de diciembre de 1997, concluye condenando a la Administración sanitaria por un contagio de hepatitis C ocurrido en diciembre de 1991. Lo curioso del caso es que la sangre contaminada entonces transfundida había sido sometida a los reactivos anti-HCV con resultado negativo, al hallarse probablemente el virus en un «período ventana», de incubación y, por tanto, indetectable.

Por el contrario, el *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* se ha mostrado generalmente favorable al Servicio Vasco de Salud, frente al enfermo de hepatitis C. Así, en su *Sentencia de 4 de noviembre de 1999* (93) absolvió a dicha entidad pública de la reclamación planteada por un contagio de HCV ocurrido en 1973 y detectado en 1991. En dicha *Sentencia* se reproducen «los mismos criterios que este Tribunal aplicó al analizar su-

(88) S.^a de lo Cont.-Ad. (Secc. 2.^a), ponente: Sr. ARROJO MARTÍNEZ, La Ley 11170. Condena al SERGAS al pago de 25 millones de pesetas por un contagio de HCV y HIV (SIDA) ocurrido en el año 1985.

(89) S.^a de lo Social, ponente: Sr. FERNÁNDEZ OTERO.

(90) S.^a de lo Cont.-Ad. (Secc. 8.^a), ponente: Sra. HUERTA GARICANO, Arz. 3384.

(91) S.^a de lo Cont.-Ad., ponente: Sr. FRESNEDA PLAZA.

(92) S.^a de lo Social, ponente: Sra. ARNEDE DIEZ, Arz. 2074.

(93) S.^a de lo Cont.-Ad., ponente: Sr. VISOLY PALOP, Arz. 4473.

puestos idénticos, primero en el recurso 3081/1994, y después en el recurso 451/1998, por considerar que los daños producidos al recurrente son intrínsecos al tratamiento como tal y que se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica, en la medida que la transfusión sanguínea que desencadenó el contagio de la hepatitis C era de todo punto necesaria para salvaguardar su vida, independientemente de que no ha quedado acreditado que la minusvalía que padece la recurrente sea como consecuencia del contagio de dicha hepatitis. (...) Esta idea de los estándares de seguridad o de calidad exigibles conforme al estado de evolución de la ciencia es esencial para determinar el carácter antijurídico del daño, ya que si se han cumplido los que el estado de la ciencia recomienda, el daño que pudiera originar la actuación, cuya verdadera naturaleza sólo se comprende a la luz de nuevos avances e investigaciones, debe soportarlo el particular que lo sufre, tal como se impone en el caso de autos». También en su *Sentencia de 20 de mayo de 1999* (94) dicho Tribunal desestimó la pretensión indemnizatoria planteada por una infección de HCV ocurrida en noviembre de 1991, al no considerar probado que el contagio tuviese su causa en la transfusión practicada.

El *Tribunal Superior de Justicia de La Rioja* desestimó en su *Sentencia de 13 de marzo de 1998* (95) la reclamación entonces planteada, por prescripción de la acción. La transfusión sanguínea causante de la infección se produjo en el año 1987, la enfermedad se diagnosticó en 1989 y, sin embargo, la reclamación no se formuló en vía administrativa hasta el año 1995.

El *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana* confirmó en su *Sentencia de 5 de julio de 1994* otra anterior del Juzgado de lo Social de Alicante en la que se había condenado al Servicio Valenciano de Salud por un contagio de hepatitis C.

Por último, la *Audiencia Nacional* examinó este asunto en su *Sentencia de 13 de octubre de 1999* (96), tratándose de un contagio de hepatitis C producido en el año 1981 pero no detectado hasta 1991. En la misma se indica que: «En el ámbito de la asistencia sanitaria también cabe traer a colación la doctrina que expone el Tribunal Supremo, bien en su Sala Cuarta, en *Sentencia de 5 de junio de 1991* (Arz. 5131), luego recogida en otras posteriores, y asumida por esta Sección en, entre otras, *Sentencia de 15 de octubre de 1997* (recurso 1053/1994), donde respecto a lo que nos interesa diferencia en esta materia distintos tipos de daños. En primer lugar, entre los producidos por la enfermedad y los producidos por el tratamiento médico prestado. En segundo lugar, dentro de los primeros, entre “los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana” y los “daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la

(94) S.^º de lo Cont.-Ad. (Secc. 3.^ª), ponente: Sr. IBARRA ROBLES, Arz. 2250.

(95) S.^º de lo Cont.-Ad., ponente: Sr. DÍAZ ROLDÁN, Arz. 613.

(96) S.^º de lo Cont.-Ad. (Secc. 4.^ª), ponente: Sr. GUERRA PALACIOS, Arz. 3570.

falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada". Finalmente, dentro de los producidos por el tratamiento médico, también subdistingue entre "aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica" y "aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo". Partiendo de ello, cabe convenir con que sólo los segundos de los enunciados en cada uno de los dos grupos principales son susceptibles de ser considerados causa a los efectos de que se trata».

IX. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Una vez determinada la relación de causalidad entre el daño y la actividad de la Administración, así como su antijuridicidad, procede valorar la lesión y cuantificar la indemnización que el afectado tiene derecho a percibir. Habrán de aplicarse para ello los parámetros regulados en el artículo 141 LRJA-PAC, que reconducen a los «criterios de valoración establecidos en la legislación de *expropiación forzosa*, *legislación fiscal* y demás normas aplicables», con ponderación de «las valoraciones predominantes en el mercado».

En este sentido, la jurisprudencia más reciente ofrece una diversidad de criterios valorativos que en su mayor parte concluyen en apreciaciones discrecionales y heterogéneas, atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto: edad de la víctima, secuelas, situación familiar, condición laboral, prestaciones económicas que está recibiendo de la Seguridad Social como consecuencia de la enfermedad, etc. Sólo en raras ocasiones se efectúa alguna remisión a los baremos previstos en el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (97). Norma esta última en franca decadencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa tras la interpretación que ha efectuado sobre la misma el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 181/2000, de 29 de junio (98).

Así, a modo de ejemplo, el *Tribunal Supremo*, en las ya citadas Sentencias de *31 de mayo de 1999* y *19 de octubre de 2000* (S.^º de lo Cont.-Ad.), cuantificó la indemnización en tan sólo *5 y 12 millones* de pesetas, respectivamente, al no haber quedado suficientemente acreditadas las secuelas alegadas, y dado que: «La prueba del *quantum* patrimonial de la lesión resarcible corresponde hacerla al lesionado».

(97) A modo de ejemplo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de junio de 1999, S.^º de lo Cont.-Ad. (Arz. 2016).

(98) Pleno, ponente: Sr. GARCÍA MANZANO, «BOE» 180, de 28/07/2000. Los efectos de esta reciente Sentencia se analizan acertadamente en la del Tribunal Supremo (S.^º 3.^º, Secc. 6.^º) de 30/10/2000 (ponente: Sr. GONZÁLEZ NAVARRO) antes referida, sobre un caso de contagio de HCV.

Por el contrario, dicho máximo Tribunal (*S.ª de lo Civil*), en su Sentencia de 5 de octubre de 1999 (Arz. 7853), antes citada, valoró la suma a pagar en 50 millones de pesetas atendiendo al siguiente razonamiento: «Siendo el daño el menoscabo que soporta una persona, en su misma persona, vida e integridad física, como ser humano (daño personal) o en el patrimonio de que es titular, daño emergente y lucro cesante (daño material), o en su espíritu (daño moral), en el caso presente reclama una elevadísima cifra (435 millones de pesetas) sin desglosar los conceptos que la integran; describe los gravísimos daños personales, no justifica, ni siquiera alega, daño material y es indudable el daño moral que no cuantifica. Por tanto, partiendo de criterios de discrecionalidad, comparativos con situaciones semejantes o incluso más graves, se fija la cantidad de 35 millones de pesetas por los daños personales y de 15 millones por los morales».

La misma Sala, en su Sentencia de 18 de febrero de 1997 (Arz. 1240), confirmó una indemnización de 40 millones de pesetas atendiendo a «(...) la pérdida de expectativas vitales y laborales experimentadas por don M.R.C., los dolores físicos que éste debió sufrir durante los largos años de su enfermedad, para cuya prueba basta con las descripciones de su estado contenidas en la historia médica aportada, el sufrimiento moral ante una situación de deterioro de su salud que día a día se tornaba más irreversible, (...) con la consiguiente imposibilidad de someterse a un trasplante hepático, determinante a su vez de un pronóstico fatal a corto plazo, y la vergüenza que le producía el carácter socialmente afrentoso, por injusto que sea, de la cirrosis hepática (...), configuran un cuadro de daños y perjuicios materiales y morales tan evidentes y de tal gravedad que excusan de mayor justificación, haciendo aparecer la suma reclamada como en nada excesiva para resarcir al perjudicado».

Por otra parte, en su Sentencia de 12 de mayo de 1998 (99), el Tribunal Supremo ha admitido sin ningún género de dudas: «La compatibilidad, jurisprudencialmente declarada, entre la reparabilidad de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el derecho a la percepción de las pensiones o indemnizaciones derivadas de dicho ordenamiento sectorial [Seguridad Social] ... más aún cuando de indemnizaciones o pensiones contributivas se trata, ya que éstas no son sino la contraprestación por lo cotizado o pagado para asegurar los riesgos derivados de determinadas situaciones o actividades (...)».

Entre los Tribunales Superiores de Justicia varían también considerablemente las cuantías indemnizatorias impuestas en sus respectivos pronunciamientos (100). Resulta de interés lo afirmado al efecto por el de Extremadura en su Sentencia de 28 de septiembre de 1999 (Arz. 2699), antes

(99) S.ª de lo Cont.-Ad. (Secc. 4.ª), ponente: Sr. PECES MORATE, Arz. 4956.

(100) 15 millones: Sentencia TSJ Asturias 29/6/99 (Arz. 1874); 10 millones: STSJ Asturias 9/10/98 (Arz. 3929); 10 millones: STSJ Andalucía 9/3/98 (Arz. 749); 27 millones: STSJ Canarias 14/4/98 (Arz. 2535); 8 millones: STSJ Canarias 18/2/99 (Arz. 1244); 18 millones: STSJ Castilla y León 21/11/95; 25 millones: STSJ Galicia 8/5/97 (La Ley 11170); 3,5 millones: STSJ Madrid 28/4/99 (Arz. 3384); 30 millones: STSJ Navarra 25/10/99, ponente: Sr. FRESNEDA PLAZA, y 50 millones: STSJ Extremadura 28/9/99.

citada, en la que se condenó al INSALUD al pago de 50 millones de pesetas por un contagio de hepatitis C, considerándose que: «El fijar una determinada cantidad para evaluar todos los perjuicios sufridos por el recurrente es un tema harto difícil pues nos encontramos con que sufre una enfermedad crónica que en un porcentaje de un 20 por 100 puede degenerar en enfermedades mortales como la cirrosis hepática o el cáncer y ello comporta un seguimiento casi permanente de la salud del particular, además de que se ve obligado a llevar una vida limitada tanto por tales seguimientos como por el hecho en sí de la propia enfermedad crónica. (...) Pues bien, esta Sala entiende que por las similitudes que pueden observarse entre esta enfermedad y la del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), y por las mismas similitudes en cuanto a la entidad social del problema, puede servir como referencia lo dispuesto en el Real Decreto Ley 9/1993, de 28 de mayo que regula las indemnizaciones a percibir por los particulares que se ven contagiados por tal virus como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público. Esta normativa fija las mismas en la cantidad de 10.000.000 de pesetas y una pensión vitalicia que en el supuesto presente supondría dos veces el salario mínimo interprofesional. Pues bien, aplicando por analogía esta disposición, que precisamente busca como finalidad la ayuda a los afectados que han sufrido un daño que la ciencia no les pudo reparar, y teniendo en cuenta la edad del actor en el momento del contagio, cuarenta años, se considera procedente fijar una indemnización de 50 millones de pesetas por todos los perjuicios sufridos». Igualmente, el de Canarias (Las Palmas) en su ya citada Sentencia de 20 de enero de 2000 condena al pago de 50 millones de pesetas tomando como base la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo (S.^a de lo Civil) de 5 de octubre de 1999 antes comentada.

X. CONCLUSIONES

Existe una profunda divergencia entre las distintas Salas del Tribunal Supremo a la hora de declarar la concurrencia o no de responsabilidad en las Administraciones públicas sanitarias en cuyo seno se ha producido algún tipo de contagio de hepatitis C sin culpa del personal hospitalario. Disparidad de criterios que se traslada a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Ni siquiera la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (única verdaderamente competente para conocer de este tipo de reclamaciones frente a los entes públicos) muestra una postura clara y unánime al respecto, como ya se ha explicado en el epígrafe VIII.a).1 anterior (101).

Por otra parte, a la vista de los últimos estudios doctrinales y de lo expuesto en las más recientes Sentencias de la Sala de lo Social de nuestro

(101) Por un lado, en sus Sentencias de 31 de mayo de 1999, 19 y 30 de octubre de 2000 declara con rotundidad la responsabilidad de la Administración en contra de la doctrina establecida por la Sala Cuarta y, por el otro, en la de 25 de noviembre de 2000 se limita a adscribirse a dicha doctrina incondicionalmente.

máximo Tribunal, se corre el riesgo de desnaturalizar la esencia objetiva de la responsabilidad patrimonial administrativa, transformándola en puramente subjetiva o culpabilística. Ello no sólo implicaría una interpretación indebida —por excesivamente laxa— del concepto de «fuerza mayor» configurado como excepción única en el artículo 106.2 de la Constitución, sino incluso un nuevo privilegio o trato de favor hacia la Administración pública frente al resto de las entidades sanitarias privadas.

Efectivamente, de seguir así, se alcanzaría la conclusión de que la responsabilidad extracontractual de los entes públicos resulta mucho más limitada y reducida que la de los particulares, en contra de lo verdaderamente pretendido por el constituyente en el referido precepto constitucional. La jurisdicción civil está declarando sin ningún género de dudas la concurrencia de responsabilidad objetiva en casos de contagio de hepatitis C «sin culpa» del personal sanitario, aplicando la normativa de protección de los consumidores, de productos defectuosos, del consentimiento informado, etc. Y dicha jurisdicción conservará su competencia material en el futuro para conocer esta clase de pretensiones indemnizatorias cuando se formulen contra centros sanitarios privados.

El argumento relativo a que las Administraciones se convertirán en «aseguradoras universales de todos los riesgos sociales» si no se limita el concepto de la responsabilidad patrimonial objetiva carece de seriedad en lo que atañe al concreto problema ahora planteado. En primer lugar, las indemnizaciones que anualmente están sufragando los distintos entes públicos territoriales con motivo de contagios de enfermedades infecciosas en hospitales representan un porcentaje insignificante respecto del conjunto global de sus respectivos presupuestos. En segundo lugar, los pacientes afectados (asegurados de la Seguridad Social) han recibido la infección como consecuencia directa de un tratamiento clínico que no implica necesariamente el contagio de la enfermedad. El asegurado usuario del servicio sanitario público ha ingresado en el hospital limpio de «hepatitis C» y ha salido afectado por una patología nueva para él, que ninguna relación tiene con la que le había traído a dicho centro y de la que probablemente incluso desconocía el riesgo de contagio.

Frente al caso del SIDA (HIV), en el que el propio Gobierno ha previsto cuantiosas indemnizaciones en favor de los infectados en centros públicos (102), no existe ninguna disposición de rango estatal destinada a la compensación económica de los contagiados por hepatitis C en dichos centros, a pesar de su gran número y de la gravedad de la enfermedad (mortal en un 20 por 100 de los casos) (103).

(102) RD-Ley de 28 de mayo de 1993 («BOE» 01/06/93). Indemnización a tanto alzado de 10 millones de pesetas más una ayuda mensual vitalicia por el doble del salario mínimo interprofesional, con independencia del cobro de pensiones de invalidez que en su caso pudieran corresponder.

(103) Sólo en la Comunidad Autónoma de Cataluña se han previsto ciertas «ayudas sociales» para los afectados por esta clase de contagio de HCV, mediante Orden de 14/06/2000 del Departament de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat («DOGC», núm. 3164, de 20/06/2000).

No se puede olvidar que los principios de protección de la salud y del consumidor que se consagran en los artículos 43 y 51 de la Constitución deben informar la actuación de los poderes públicos (art. 53), en relación directa con el de responsabilidad de las Administraciones públicas (arts. 9.3 y 106.2) en el marco de un Estado social (art. 1.1). Y no resultaría muy acorde con dichos principios el desvalimiento al que se verían sometidos los afectados por el HCV en centros públicos (frente a los infectados en centros privados) si se exime a la Administración de su responsabilidad indemnizatoria objetiva en esta materia.