

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS POR EL CONTAGIO DE SIDA (1) (2)

Por  
JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ  
Departamento de  
Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho UCM

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTOS MÉDICO-JURÍDICOS SOBRE EL SIDA: 1. *La evolución de la ciencia médica*. 2. *El proceso de afectación del virus*. 3. *La obligatoriedad de los análisis de donaciones y hemoderivados*: 3.1. Los análisis de hemoderivados y la técnica del calentamiento. 3.2. Los análisis de las donaciones de sangre. 3.3. El estado de la ciencia y el control de la sangre.—III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL SIDA HASTA LA FECHA.—IV. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS ACTOS PROBATORIOS.—V. LA INDEMNIZACIÓN: 1. *Las sentencias españolas*. 2. *La propuesta de indemnización sobre la escala del CDC*. 3. *Referencia especial a la indemnización legal francesa*. 4. *La indemnización legal española*.—VI. EL CONFLICTO JURISDICCIONAL: 1. *La competencia del orden penal*. 2. *La competencia del orden social*. 3. *La competencia del orden civil*. 4. *La competencia del orden contencioso-administrativo*.—VII. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—VIII. REFLEXIONES FINALES.

---

(1) Este trabajo fue realizado durante el primer semestre de 1993. Desde ese momento hasta la fecha de publicación se han producido algunos pronunciamientos jurisprudenciales más, así como la aparición de estudios científicos que aportan nuevos datos sobre la enfermedad, pero no se recoge ninguno de ellos porque no significan cambios sustanciales sobre los extremos a los que aquí se llega.

(2) Abreviaturas utilizadas:

AJDA: L'Actualité Juridique - Droit Administratif.  
Ar.: Aranzadi.  
BES: Boletín Epidemiológico Semanal.  
CC: Código Civil.  
CDC: Centro para el Control de las Enfermedades (Atlanta).  
CP: Código Penal.  
Gaz. Pal.: Gazette du Palais.  
ICS: Instituto Catalán de Salud.  
JCP: La Semaine Juridique, Juris-Classeur Periodique.  
LAP: Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.  
LEF: Ley de Expropiación Forzosa.  
LGSS: Ley General de la Seguridad Social, D. 2065/74.  
LJ: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.  
LPL: Ley de Procedimiento Laboral, RDL 521/90.  
LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.  
VIH: Virus de Inmunodeficiencia Humana.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos podido presenciar los efectos demoledores de una nueva enfermedad, el SIDA. Esta nueva «epidemia» ya ha causado una ingente cantidad de muertos y amenaza con mantener un proceso ascendente tanto en lo que se refiere a contagios, como en lo referente a desenlaces fatales. Sólo en los últimos meses se ha abierto alguna puerta a la esperanza con la utilización de medicamentos que podrían evitar la muerte a los cientos de miles de enfermos. Pero estos productos, hasta la fecha, no han sido confirmados como los que detendrán el virus de inmunodeficiencia humana.

En materia de salud, la Constitución recoge en su artículo 43:

- «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.»

En desarrollo del anterior artículo se publicó en 1986 la Ley General de Sanidad. En ella, y como primer principio rector, se establece en el artículo 3 lo siguiente:

- «1. Los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades» (3).

Las obligaciones que devienen de la regulación en materia sanitaria son diversas, pero es la prevención de enfermedades la que se impone, al menos por reiterada, sobre las demás. En la materia que nos ocupa podrían haberse descuidado algunas de las medidas preceptivas para evitar los contagios (4). En algún caso, el paciente ha ingresado en un hospital público para ser intervenido de cualquier dolencia, con evidente intención curativa, y ha salido del centro con una nueva enfermedad y, en este caso, mortal (5). Como es bien sabido, los hospitales son, o debieran de ser, aquellos establecimientos donde se acude para sanar los males que nos aquejan y no para recibir otros distintos e, incluso, peores (6).

---

(3) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. En el mismo sentido se manifiestan los artículos 6.1 y 3, 8.1 y 18.2 de la misma Ley.

(4) Esto afecta directamente al derecho a la salud «*como derecho de cada persona a que su propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado*». PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Real Colegio de España en Bolonia, 1989, págs. 80 y ss.

(5) En este sentido, DE ANDRÉS MEDINA, «Panorámica internacional del SIDA», en *SIDA, Sociedad y Derechos Humanos*, Cruz Roja, Madrid, 1992, pág. 13.

(6) En este sentido, el artículo 98.1 de la LGSS: «La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y

El SIDA es una enfermedad nueva y, hasta su aparición, los casos de contagio de enfermedades en hospitales o como consecuencia de tratamientos médicos no eran numerosos en nuestra jurisprudencia, tan sólo algún supuesto de hepatitis o alguna infección de otro tipo (7). De esta forma, los jueces españoles se enfrentan a un problema novedoso para cuya solución no cuentan ni con apoyos legislativos previos, ni tampoco con líneas jurisprudenciales consolidadas que aporten soluciones válidas.

Para aumentar la confusión sobre la responsabilidad de las Administraciones sanitarias nos enfrentamos con una jurisprudencia dispersa. Resulta sorprendente observar cómo las sentencias hasta ahora dictadas lo han sido en las vías penal, civil, social y contencioso-administrativa. Es comprensible, pues, la dificultad para llevar a cabo un estudio sistemático sobre la materia ante los criterios tan dispares que utilizan los distintos órdenes jurisprudenciales. Más aún, en España no se publican las sentencias de los Juzgados, salvo las reseñas de los periódicos cuando se trata de casos relevantes; del mismo modo, ni siquiera ven la luz la mayor parte de las producidas en los Tribunales Superiores de Justicia, y es en estos dos tipos de órganos donde se han visto casi todos los casos de contagio de SIDA.

Desde hace ya largo tiempo vengo estudiando las valoraciones que se realizan en sede de responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños causados sobre las personas por el funcionamiento de los servicios públicos como objeto de la que será, así lo espero, mi tesis doctoral. Por ello, he sentido la necesidad de acercarme a los casos de los gravísimos daños infligidos sobre determinados pacientes en los hospitales públicos, en primer lugar, por las posibles novedades indemnizatorias que pudieran aparecer y, en segundo, por los múltiples problemas que una enfermedad «nueva» plantea en el seno del instituto resarcitorio.

Finalmente, y por todo lo anteriormente expuesto, entiendo que las características de la enfermedad, el proceso de implantación de los diferentes medios de prevención de contagio del virus, así como el estado de la ciencia médica en el descubrimiento de la infección, justifican, sobradamente, la realización de un estudio específico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por la transmisión del VIH a través de transfusiones sanguíneas o de inyección o tratamiento de enfermos con productos derivados de la sangre.

---

farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo.»

Es importante saber que en los primeros años la enfermedad en España tiene poca incidencia numérica y el primer caso se registra en 1981, 2 en 1982 y 12 en 1983; vid. R. NÁJERA, *El SIDA. Introducción general de Robert GALLO y Luc MONTAGNIER*, Prensa Científica, Barcelona, 1989, pág. 82.

(7) En este sentido, STS, Sala 4.ª, de 5 de junio de 1991, ponente BRIS MONTES (Ar. 5131), y algunas de las que en ella se citan y la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza de 28 de abril de 1992, todas ellas sobre contagio en hospitales públicos de hepatitis C.

## II. CONCEPTOS MÉDICO-JURÍDICOS SOBRE EL SIDA

### 1. *La evolución de la ciencia médica*

El caso *Barcelona Penal I* (8), en su sentencia del Tribunal Supremo declara probados una serie de hechos que, estimo, son de gran importancia para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas en los supuestos de infección por medio de transfusiones sanguíneas. Dicha sentencia se expresa en los siguientes términos:

«En el año 1981, en el estado de California (EE.UU.), se empezó a detectar la existencia de una enfermedad, en aquellos momentos de origen desconocido, que ocasionaba múltiples fallecimientos y que rápidamente parecía propagarse por todos los países del mundo. El aumento galopante de dicha enfermedad, a la que por los efectos de la misma se denominó Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), originó múltiples estudios de la ciencia médica que pretendían determinar las causas de la enfermedad.

En el año 1984, los médicos Robert C. GALLO, de EE.UU., y Luc MONTAGNIER, del Instituto Pasteur de París, llegaron a idénticas conclusiones, hoy en día asumidas por toda la doctrina científica mundial. El origen del SIDA era un retrovirus, el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierto, al que una comisión internacional dio posteriormente el nombre de VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana), virus que atacaba a un tipo de linfocitos, los T4, ocasionando una destrucción de las defensas del individuo. Igualmente la doctrina científica se preocupó del estudio de las vías de transmisión del VIH, llegándose en la práctica a un consenso generalizado de que las formas de transmisión de aquél radicaban fundamentalmente en el contacto sexual, la exposición a la sangre y productos hemoderivados, así como de madre a hijo en el período perinatal. Aun cuando existía tal consenso generalizado en cuanto al virus causante del SIDA y las fuentes de transmisión, las investigaciones médicas no eran acordes, ni en cuanto a la propia evolución del retrovirus en el interior del organismo humano, ni en cuanto a las medidas preventivas para evitar el contagio» (9).

---

(8) Para facilitar la identificación de las sentencias que se estudian sobre contagio de VIH he escogido el sistema de llamar a los casos por el nombre de la ciudad donde se producen y, además, se incluyen en cada caso las distintas sentencias que se hayan dictado sobre el particular. La identificación exacta de las sentencias se realiza en el epígrafe III de este trabajo.

(9) Se han recogido los Antecedentes de Hecho primero y segundo de la sentencia citada.

Este relato de hechos jurisprudencial es asumido por la ciencia médica y, por lo tanto, también se recoge sin ambages por los juristas no sólo en la sentencia transcrita, sino en otras citadas en este trabajo (10).

## 2. *El proceso de afectación del virus*

Como consecuencia de las numerosas investigaciones realizadas en el campo de la medicina, han aparecido diversas teorías con las consiguientes clasificaciones o estratificaciones del proceso de afectación del virus. La importancia de las anteriores se pone de manifiesto, sobre todo, en el capítulo concreto de la indemnización consecuencia del contagio.

Desde el momento en que el VIH se introduce en el organismo humano y hasta que, producto de la infección, se produce el desenlace fatal, se han descrito diferentes etapas, como podemos a continuación examinar.

El Centro para el Control de las Enfermedades (CDC) de Atlanta (EE.UU.), pionero en el estudio de la enfermedad, organiza en cuatro grupos bien distintos el curso de la enfermedad:

- El grupo I: infección aguda, duración de tres a seis semanas.
- El grupo II: portadores con infección asintomática del virus, duración indefinida; asimismo, dividido en dos:
  - El subgrupo II A, sin anomalías biológicas.
  - El subgrupo II B, con anomalías biológicas.
- El grupo III, que se caracteriza por una infección de los ganglios, herpes, fiebre, etc.
- El grupo IV, donde aparecen determinadas enfermedades tales como la tuberculosis, pneumocistosis, toxoplasmosis y/o distintos tipos de cáncer secundario cual es el sarcoma de Kaposi (11).

---

(10) Las sentencias sobre contagios de VIH que recogen el proceso de descubrimiento e investigación de la enfermedad, aunque ninguna de ellas con el detenimiento de *Barcelona Penal I*, son caso *Madrid*, caso *Ciudad Real*, caso *Sevilla* y *Barcelona Penal II*. Sobre el primer caso de contagio han aparecido algunos comentarios desde la óptica del Derecho Penal: JIMÉNEZ AGUIRRE, *Imprudencia sanitaria. Transfusión de sangre con SIDA*, «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», núm. 1, 1992; PENACHO MARTÍNEZ, *Una interesante sentencia penal sobre transfusiones de unidades de sangre portadoras de anticuerpos (SIDA)*, «Documentación Penal», núm. 1595; MIR PUIG, *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993.

En Francia, el Director General del Centro Nacional de Transfusiones Sanguíneas desde 1954 hasta 1984 ha hecho un completo estudio médico y jurídico de los problemas planteados en su país, donde también se mantienen las posiciones de los casos españoles; vid. J.-P. SOULIER, *Transfusion et SIDA, le droit à la vérité*, Frison-Roche, París, 1992, págs. 24 y ss.

(11) Vid. J. GONZÁLEZ LAHOZ, *SIDA de la Biomedicina a la Sociedad*, dirigido por R. NÁJERA MORONDO, EUDEMASA, Madrid, 1990, pág. 168.

Otras clasificaciones se han publicado y todas ellas guardan una gran similitud entre sí, como la que realizaron Robert REDFIELD y Donald BURKE, del Instituto de Investigación Walter Reed, de Washington, en la que se manifiesta que el paciente que ha entrado en contacto con el virus atraviesa seis estadios, el último de los cuales es el SIDA (12).

En el caso *Barcelona Penal I* (13) se presentó un informe pericial emitido por el médico RODRÍGUEZ PAZOS en el que también se hace una clasificación jerárquica de los niveles de afectación de la enfermedad muy semejante a las ya examinadas (14).

La importancia de las clasificaciones recogidas reside, no ya en el terreno médico, sino en el campo jurídico, en su utilización como marcos de referencia con la finalidad de objetivar, en la medida de lo posible, la cuantificación de las indemnizaciones. No es, por tanto, necesario ocuparse en cuál de ellas es más correcta o no, científicamente hablando, o si existen otras más detalladas, sino ponerse de acuerdo en la utilización de una de las clasificaciones en todos los supuestos de reparación de daños. Sería más adelante donde se estudie con detenimiento el problema indemnizatorio, pero sirva ahora la mención a los casos *Barcelona Penal I* y *Madrid*, en los que se utiliza, en mayor o menor medida, el sistema de clasificaciones de la enfermedad.

---

(12) Vid. DE VEGA RUIZ, *Tratamiento jurídico del SIDA*, Colex, Madrid, 1992, págs. 58 y ss.

De acuerdo con el sistema de clasificación de REDFIELD y BURKE, la enfermedad se va desarrollando de la siguiente forma:

- Estadio 0: empieza con la exposición al virus a través de cualquiera de las vías de transmisión.
- Estadio 1, donde la mayoría de las personas no presentan tampoco síntomas, aunque algunos generan una alteración ganglionar semejante a la mononucleosis.
- Estadio 2, que puede durar de tres a cinco años y se caracteriza por linfadenopatía crónica.
- Estadio 3, en el que se produce una merma continua de los linfocitos T4 hasta caer por debajo de 400.
- Estadio 4: los referidos linfocitos pueden descender de número hasta 50.
- Estadio 5: viene determinado por el desarrollo de anergia y el desarrollo del muguet, así como otras enfermedades crónicas o diseminadas.
- Estadio 6: es el SIDA.

(13) El informe fue aportado en la fase de instrucción del sumario seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

(14) Vid. DE VEGA RUIZ, *op. cit.*, págs. 60 y ss. La clasificación de RODRÍGUEZ PAZOS se articula de la siguiente manera:

- Nivel 1: se trata de una infección aguda subclínica y estado de portador asintomático.
- Nivel 2: infección aguda sintomática y evolución al estado de portador asintomático.
- Nivel 3: infección asintomática en paciente cuya enfermedad de base requiere tratamiento inmunosupresor.
- Nivel 4: infección asintomática con alteración inmuno hematológica o evidencia de replicación vírica persistente.
- Nivel 5: infección crónica con síntomas neuropsiquiátricos atribuibles a encefalopatía subaguda por VIH.
- Nivel 6: pacientes con procesos clínicos que permiten el diagnóstico de SIDA.

### 3. *La obligatoriedad de los análisis de donaciones y hemoderivados*

El principal elemento de lucha contra los contagios del VIH en intervenciones quirúrgicas en las que intervienen sangre o alguno de sus derivados consiste en el análisis previo de estos elementos, desechando los que estuviesen contaminados o existiesen dudas sobre su posible contaminación. Es de destacar, por tanto, el relato fáctico que la sentencia del Tribunal Supremo *Barcelona Penal I* hace en los Antecedentes de Hecho números tres y cuatro:

«El reconocimiento de la sangre como vía de transmisión determinó que, en el ámbito médico, se planteara la necesidad de estudiar medidas de aseguramiento en la práctica de transfusiones sanguíneas, tendentes a detectar en la sangre donada, anticuerpos del virus VIH. Esa necesidad era asumida con carácter general por la clase médica en el ámbito del Estado español desde principios de 1985; sin embargo, lo novedoso de la enfermedad y el propio desconocimiento de su evolución, no permitía la existencia de unos criterios uniformes y comúnmente aceptados, respecto a las medidas a adoptar para la detección en la sangre donada de los anticuerpos del virus. Únicamente de forma generalizada se exigía la práctica de una anamnesis detallada, que excluyera del ámbito de la donación a aquellos individuos pertenecientes a los que ya por aquel entonces eran comúnmente admitidos como grupos de riesgo. A mediados de 1985, en algunos centros hospitalarios, como el Hospital del Valle de Hebrón en Barcelona, se dispone en su Servicio de Microbiología de las técnicas necesarias para practicar las determinaciones del SIDA, mediante el cribado de la sangre de los donantes, y empieza la conveniencia de su práctica. En noviembre de 1985 la Comisión Asesora del SIDA de Cataluña recomienda la práctica del cribado de la sangre y el "Butlletí Epidemiologic de Catalunya" de enero de 1986 recoge que las pruebas serológicas permiten detectar la presencia de anticuerpos y, por tanto, revelar el contacto con el virus, señalando entre las diversas técnicas las pruebas ELISA (*enzyme linked inmunoabsorbent assay*), Wester blot, RIPA (*radioimmune precipitation assay*) y la inmunofluorescencia.

En junio de 1986, aun cuando parece ampliamente extendida la conveniencia de la práctica de las pruebas serológicas, continúan las dudas sobre la necesidad de las mismas en el ámbito de la clase médica, no existiendo normativa de carácter alguno que las imponga y practicándose tan sólo en

determinados hospitales, como "El Clinic", de Barcelona, continuando la mayoría, de forma generalizada, con la práctica de la anamnesis, para separar y excluir de la donación a los individuos pertenecientes a los grupos de riesgo.»

En primer lugar, los reseñados Antecedentes hacen hincapié en la situación vivida en Cataluña, puesto que la acción típica penal tiene lugar en esa Comunidad Autónoma, aunque la experiencia es extrapolable al resto del territorio nacional.

En segundo lugar, y mucho más importante, es la aseveración que se hace en el último punto: «en junio de 1986... continúan las dudas sobre la necesidad [de las pruebas serológicas] en el ámbito de la clase médica...». En principio, los científicos que investigan la enfermedad aún no han conseguido establecer claramente, como vía de contagio, la transfusión sanguínea, y sólo aquellos hospitales que lo consideran necesario, realizan las pruebas de detección.

### 3.1. *Los análisis de hemoderivados y la técnica del calentamiento.*

Los hemoderivados son unas sustancias que se suministran fundamentalmente a los hemofílicos o personas que sufren la deficiencia de algún factor coagulante, generalmente el factor VIII. En España, según el informe realizado por la Real Fundación Victoria Eugenia y enviado al Defensor del Pueblo (15), el 46% de los hemofílicos ha sido infectado con «sangre contaminada». Esta Fundación aglutina a 2.799 hemofílicos, de los cuales son seropositivos 1.147. En estos momentos, de los 1.147 seropositivos, 416 han desarrollado el virus, es decir, han pasado a la última fase de las recogidas en el proceso de afección del virus; y, de éstos, ya han fallecido 368 personas. La gravedad de la situación es, en sí misma, evidente.

La técnica del calentamiento de los hemoderivados produce su no seropositividad y, por consiguiente, la no infección de la persona que recibe el tratamiento a base de esos productos. Pero esta técnica no se conoció hasta un momento determinado a partir del cual se practicó, o debió de hacerse, para evitar contagios. Es importante establecer ese momento exacto para determinar si la Administración actuó con retraso en la implantación de las técnicas de detección o eliminación del virus.

El médico HABIBI manifiesta en la revista «Concours Medical» de 25 de mayo de 1991 que en el primer semestre de 1985 existen, en Francia, dudas sobre la eficacia de las técnicas del calentamiento y estas dudas reposan en la seroconversión de hemofílicos tratados con productos calentados provenientes de EE.UU., Alemania y Austria. Más aún, la técnica del calentamiento se utilizaba ya en 1983 para inactivar el virus de la hepatitis, aunque, en ese momento, dicha técnica no era capaz de inactivar el VIH. Para

---

(15) Reseña en el diario «El Mundo» de 3 de marzo de 1993.

continuar con el relato histórico, es el 13 de octubre de 1984 cuando la Asociación Nacional de Hemofílicos de EE.UU. recomienda, por vez primera, la utilización de la técnica en el tratamiento de los concentrados. En este mismo mes, el día 26, el CDC de Atlanta indica en la revista «Morbidity and Mortality Weekly Report» la eficacia de la técnica del calentamiento en la lucha contra la infección de concentrados de factor VIII por el VIH. Finalmente, en abril de 1985, el I Congreso Internacional Médico, celebrado en Atlanta, hace especial mención acerca de la inocuidad de los productos calentados y los buenos resultados de estos tratamientos (16).

La reacción española en la materia se produce en septiembre de 1985 cuando se declara obligatoria la prueba de detección de anticuerpos frente al virus LAV/HTLV-III, que en la actualidad es conocido, como sabemos, por el más sencillo acrónimo de VIH. Esta declaración se hace a través de la Resolución de 6 de septiembre de 1985 (17) y va dirigida a las industrias fraccionadoras de plasma y a los fabricantes e importadores de hemoderivados.

La Resolución impone como fecha de entrada en vigor de la norma el primero de octubre del mismo año. A partir de ese día los laboratorios farmacéuticos realizarán las pruebas de detección de anticuerpos anti-VIH en todas y cada una de las unidades de plasma procedentes de extracciones efectuadas en España que se utilicen para su fraccionamiento y posterior obtención de hemoderivados (18).

En cuanto a las unidades de plasma que se importen a partir del primero de octubre, deberán disponer de un certificado que acredite la realización de la prueba de detección de anticuerpos, y que el resultado obtenido haya sido, lógicamente, negativo (19).

Como podemos observar, la Resolución referida, así como otra de la misma fecha (20), sólo atienden a la detección del virus en el supuesto de contagio por medio de los hemoderivados. De esta forma se protege a los usuarios de los mismos, fundamentalmente los hemofílicos, pero se deja sin regulación el análisis de las donaciones de sangre destinadas a las operaciones o intervenciones quirúrgicas, como examinaremos más adelante.

---

(16) Vid. Henri MARGEAT, *Seropositivité, SIDA et Jurisprudence*, «Gaz. Pal.», 15 de octubre de 1991, págs. 579 y ss.

(17) Resolución de 6 de septiembre de 1985 (Subsecr. Ministerio de Sanidad y Consumo), «BOE» de 10 de septiembre de 1985, núm. 217 (Ar. 2205).

(18) Resolución cit. nota anterior, artículo 1.

(19) Resolución cit. nota 17, artículo 2.

(20) Resolución de 6 de septiembre de 1985 (Dir. Gral. de Farmacia y Productos Sanitarios), «BOE» de 1 de octubre de 1985, núm. 217 (Ar. 2206). La regulación se completa con la Circular de 30 de septiembre de 1985 (Ar. 2354), que impone a los laboratorios farmacéuticos la retirada inmediata de aquellos productos elaborados con plasma no testado y su posterior destrucción. Vid. NAJERA en obra colectiva *SIDA: un problema de salud pública*, Díaz de Santos, Madrid, 1987, pág. 124, donde se pide, no sólo la retirada de productos, sino también pruebas serológicas fiables.

Como consecuencia de la anterior regulación, el Ministerio de Sanidad y Consumo fue encontrado responsable y obligado a reparar el daño causado a unos laboratorios por la destrucción de determinadas especialidades farmacéuticas en la STS de 23 de marzo de 1992, Sala 3.ª (Ar. 3227).

### 3.2. *Los análisis de las donaciones de sangre.*

Poco después de la normativa sobre hemoderivados se publicó el RD 1945/85, de 9 de octubre, sobre hemodonación y bancos de sangre (21). En esta norma no se incluyó la obligatoriedad de la prueba de detección de anticuerpos del VIH; realmente se dejaba al desarrollo posterior por medio de Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo el establecimiento de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la manipulación de la sangre humana y sus componentes (22).

La Orden que desarrolló el RD 1945/85 fue la de 4 de diciembre de 1985 (23) y tampoco impuso la obligatoriedad de la prueba de detección del VIH. En la misma se regulan otras obligaciones que se deben cumplir en todas las donaciones de sangre, como la no aceptación de candidatos pertenecientes a alguno de los grupos de población con riesgo de transmisión del SIDA o el análisis complementario consistente, fundamentalmente, en la prueba serológica de la sífilis y la investigación de portadores de hepatitis vírica.

Esta Orden viene a sustituir a otra de 1979 (24) que, básicamente, imponía las mismas obligaciones a los receptores de las donaciones sanguíneas; luego la regulación de 1979, momento en que aún no se conocía el SIDA, no difiere sustancialmente de la de 1985, cuando, aunque era conocida la enfermedad, no había seguridad en lo que a esta forma de contagio se refiere (25).

En definitiva, la Orden de 4 de diciembre de 1985 impone la realización de una exhaustiva anamnesis, pero no con la suficiente intensidad como para que personas portadoras del VIH sean excluidas como donantes de sangre y, posteriormente, esa sangre sea transfundida a otras personas que, irremediadamente, pasan a ser portadores del virus. Ello es así porque, en el estado actual de la ciencia, sólo la prueba de detección del mismo puede determinar qué donación sanguínea está contaminada, y la anamnesis, aunque es de gran utilidad, no excluye a donantes seropositivos que no pertenecen a grupos de riesgo y su estado físico es bueno, circunstancia que puede prolongarse durante años, hasta que la enfermedad se desarrolla (26).

---

(21) Real Decreto de 9 de octubre de 1985, núm. 1945/85 (Ministerio de Sanidad y Consumo), «BOE» de 24 de octubre de 1985, núm. 255 (Ar. 2549).

(22) Vid. disposición adicional tercera en relación con artículos 2.1 y 14.b) del RD 1945/85.

(23) Orden de 4 de diciembre de 1985 (Ministerio de Sanidad y Consumo), «BOE» de 16 de diciembre de 1985, núm. 300 (Ar. 2959).

(24) Orden de 24 de octubre de 1979 (Ministerio de Sanidad y Seguridad Social), «BOE» de 9 de noviembre de 1979, núm. 269 (Ar. 2689).

(25) En este sentido, véase el Antecedente de Hecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo del *Barcelona Penal I*.

(26) Con la práctica de las pruebas de detección del VIH no es posible determinar si un donante es portador del virus en las primeras semanas de su contaminación. Es lo que los científicos llaman «período ventana» y tiene una duración de entre tres y doce sema-

Es en 1987 cuando, por medio de la Orden de 18 de febrero del mismo año, se establece la obligación de practicar las pruebas de detección de marcadores de VIH, entre ellas, al menos, la prueba de detección de anticuerpos anti-VIH en las donaciones de sangre (27).

### 3.3. *El estado de la ciencia y el control de la sangre.*

La regulación en España de la materia es clara, al menos, en cuanto a las fechas de entrada en vigor de la obligatoriedad de los sistemas de detección. Pero interesa ahora preguntarse si esa regulación llega excesivamente tarde y ello puede suponer una actuación negligente por parte de las Administraciones Públicas competentes, es decir, de las autoridades sanitarias. Los avances de la ciencia no han sido paralelos en cuanto a técnicas de control de hemoderivados y de transfusiones sanguíneas, por lo que su tratamiento debe hacerse por separado.

Por lo que se refiere a los hemoderivados, en Francia y en opinión de MARGEAT, el punto de inflexión se produce en abril de 1985, cuando se celebra el Congreso de Atlanta. A partir de ese momento la Administración francesa debe ser responsable de los contagios de VIH a hemofílicos hasta la fecha de entrada en vigor del *arrêté* de 25 de julio de 1985 y que coincide con la entrada en vigor de la regulación en España, el 1 de octubre de 1985 (28). Debemos entender que las noticias anteriores al Congreso americano no gozan de la misma fiabilidad científica y, además, se producen y publican en medios que no garantizan la absoluta credibilidad, de la misma manera que son manifestaciones aisladas que no reflejan el estado de la ciencia médica.

Más aún, HABIBI confecciona una tabla comparada de la reacción en el tiempo de una serie de países desarrollados en la que se pone de manifiesto que la regulación francesa, al igual que la española, entran dentro de la tónica general, es decir, no llegan especialmente tarde (29).

Por todo lo anterior, debemos concluir que el funcionamiento de los

---

nas. Por lo tanto, una donación realizada dentro de este momento producirá el contagio del receptor, aunque el cálculo de posibilidades es ínfimo.

(27) Orden de 18 de febrero de 1987 (Ministerio de Sanidad y Consumo), «BOE» de 20 de febrero de 1987, núm. 44 (Ar. 510).

(28) Henri MARGEAT, *op. cit.*, págs. 580 y ss.

(29) *Ibidem.*, pág. 580.

La generalización del calentamiento:

Luxemburgo .....	A principios de 1985
Italia .....	Junio de 1985
Francia .....	Julio 1985 (entra en vigor en octubre de 1985)
Canadá .....	Verano de 1985
Reino Unido .....	Septiembre de 1985
España .....	Septiembre de 1985 (entra en vigor en octubre de 1985)
Holanda .....	A principios de 1986
Bélgica .....	Mayo de 1986
Suiza .....	Septiembre de 1986

servicios públicos sanitarios españoles, en general y en materia de tratamiento de hemoderivados, ha tenido lugar dentro de lo que es una actividad normal en la lucha contra enfermedades en proceso de descubrimiento. Tan sólo podemos reprochar a los mencionados servicios la demora de varios meses observada en la publicación de la Resolución de 6 de septiembre de 1985 con respecto del Congreso de Atlanta, celebrado en abril de 1985 (30). Por consiguiente, los contagios de VIH posteriores a la fecha del Congreso por tratamiento con hemoderivados son responsabilidad por funcionamiento anormal de las Administraciones sanitarias, pero no los que con anterioridad al momento indicado se hayan producido.

El otro grupo de personas que padecen las consecuencias del VIH lo forman quienes lo han recibido por vía de transfusión sanguínea en cualquier otro tipo de intervención quirúrgica, excluidos, por tanto, los hemofílicos ya examinados. Hasta ahora, la jurisprudencia española sólo ha visto, salvo excepción (31), supuestos de este tipo, en mayor medida porque el grupo de hemofílicos ha optado por la vía de la negociación directa de las indemnizaciones con las autoridades sanitarias.

Como hemos visto antes, la obligación de analizar la sangre donada para transfusiones se impone en 1987; en Francia se reguló conjuntamente lo referente a hemoderivados y transfusiones sanguíneas, luego está en vigor desde el 1 de octubre de 1985 (32). Bien es verdad que en estas fechas no existía aún acuerdo científico sobre la necesidad de examinar estos productos, como refleja el caso *Barcelona Penal I* (33), que sitúa en junio de 1986 dudas en la clase médica sobre la necesidad de las pruebas serológicas.

La primera referencia temporal la encontramos en el caso *Madrid* (34), donde se indica que en 1983 la ciencia médica entendía que la enfermedad se contagiaba a través de agujas de inyección contaminadas y a través de inoculación de sangre y sus derivados. Para hacer esta afirmación, la sen-

(30) Cfr. SOURDILLE y HURIET, *La crise du système transfusionnel française. Rapport de la Commission d'enquête du Sénat*, Ed. Economica, París, 1992, págs. 26-27. El *Rapport Lucas* solicitado por los Ministerios de Asuntos Sociales y Sanidad a la Inspección General de Asuntos Sociales (septiembre 1991) concluye que en el calendario decisional francés ha existido cierto retraso.

(31) La excepción recogida en este trabajo es la sentencia del Juzgado de lo Social del caso *Barcelona Civil* (reseña en diario «El País» de 10 de enero de 1991) y otra, que confirma la anterior, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

(32) Vid. J. SOURDILLE y C. HURIET, *op. cit.*, pág. 74.

Generalización de la detección obligatoria del virus VIH en las donaciones de sangre:

Holanda, Noruega .....	Mayo 1985
Austria, Italia .....	Julio 1985
Bélgica .....	Agosto 1985
Reino Unido, Alemania .....	Octubre 1985
Dinamarca, Finlandia .....	Enero 1986
Suiza .....	Mayo 1986

(33) Vid. *infra* el Antecedente de Hecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo.

(34) Es recogida tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social como por la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

tencia se basa en lo publicado en el «Boletín Epidemiológico Semanal» («BES»), editado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, de la semana 38 de 1983; en él se hacía constar que «*todos los datos conocidos hasta el momento tendrían a poner de manifiesto que el SIDA tenía las mismas vías de transmisión que la hepatitis B, siendo las más probables la sexual o más raramente la parenteral, a través de jeringuillas o sangre contaminada, recomendándose la utilización racional de sangre o sus derivados y un estricto cumplimiento de las normas aplicables en donantes y equipos de plasmaféresis.*»

Es evidente que todo lo expuesto en el «BES» sólo puede ser valorado en el terreno de la mera hipótesis aún sin confirmar. A mayor abundamiento, en 1983 los científicos pioneros en SIDA, R. GALLO y L. MONTAGNIER, no habían ofrecido el resultado definitivo de sus investigaciones (35) y, por lo tanto, las vías de contagio no eran conocidas con seguridad. Finalmente, aunque no hubiese sido así, en 1983 no había posibilidad de realizar pruebas de detección de anticuerpos del VIH porque no existían, aún, reactivos. Por consiguiente, no podemos utilizar esa fecha como inicial de un comportamiento irregular de la Administración sanitaria.

En 1985 algunos hospitales entienden que deben analizarse los productos sanguíneos destinados a transfusión. Así, el Hospital Valle de Hebrón, en Barcelona (36), a mediados de este año, o el Banco de Sangre de la Cruz Roja (37) en el mes de noviembre. Igualmente, dentro del mismo año, algunas Comunidades Autónomas imponen la obligatoriedad de las pruebas, como País Vasco (38), Navarra (39), Aragón (40) y Cataluña (41). En este caso, el punto de inflexión, en mi opinión, debe situarse también en abril de 1985, cuando en Atlanta se confirma el contagio transfusional y el Instituto Pasteur produce industrialmente un test para detectar el virus (42). Las reacciones de las autoridades sanitarias se retrasaron en exceso, pues hasta febrero de 1987 no se obligó en todo el territorio nacional a la detección del virus.

En definitiva, los infectados por VIH antes de abril de 1985, independientemente de la vía de contagio, están fuera de la responsabilidad patri-

---

(35) Es posible seguir con cierto detalle el desarrollo de las investigaciones realizadas por los más prestigiosos científicos en materia de SIDA a través del Acuerdo firmado en la Casa Blanca (Washington, EE.UU.), en presencia de Ronald REAGAN y Jacques CHIRAC, para resolver la discusión planteada sobre la autoría del descubrimiento del VIH entre Robert GALLO y Luc MONTAGNIER. En el mismo se hace una relación cronológica de publicaciones y conferencias con sus correspondientes aportaciones desde 1970 hasta marzo de 1985. Vid. *The chronology of AIDS research*, «Nature», vol. 326, 2 de abril de 1987, págs. 435 y ss.

(36) Vid. la sentencia del Juzgado de lo Penal de *Barcelona Penal II*.

(37) *Ibidem*.

(38) Orden de 10 de septiembre de 1985, «B. O. País Vasco» de 21 de septiembre (Ar. 2574).

(39) Decreto Foral de 23 de octubre de 1985, núm. 205/85, «B. O. Navarra» de 1 de noviembre (Ar. 2925).

(40) Orden de 3 de diciembre de 1985 (Ar. 3320).

(41) Orden de la Generalitat de Cataluña de 10 de enero de 1986.

(42) En Francia los tests se homologan en junio de 1985; en USA es en marzo del mismo año; en España el primer test se homologa el 10 de enero de 1986. Vid. SOURDILLE y HURIET, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

monial de la Administración porque concurre una causa de fuerza mayor y no caso fortuito, como pudiera parecer, es decir, se trata de un «*acaecimiento realmente insólito y extraño al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio*» o, en otras palabras, de un «*suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación*» (43). Esto no quiere decir que los afectados deban quedar en situación de desamparo, sino que será por medio de la indemnización basada en los principios de apoyo y solidaridad como se repare el daño causado (44). Del mismo modo deben indemnizarse los casos que puedan producirse a partir de la entrada en vigor de las pruebas de detección del virus (octubre 1985 para hemofílicos y febrero 1987 para transfundidos) como consecuencia de sangre donada durante el llamado «período ventana» (45).

En mi opinión, sólo cumplen los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración los casos producidos durante el período comprendido entre abril y octubre de 1985 para el contagio por hemoderivados, y el período comprendido entre abril de 1985 y febrero de 1987 para el contagio por transfusión sanguínea.

### III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL SIDA HASTA LA FECHA (46)

Esta se resume en una docena de decisiones judiciales que, hasta ahora, han visto la luz. Son sentencias de distintos órganos jurisdiccionales —Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de Primera Instancia, de lo Social y de lo Penal— y, también, de distintos órdenes jurisdiccionales —Penal, Civil, Contencioso-Administrativo (47) y Social—. Todo ello dificulta considerablemente su estudio y no permite tener absoluta seguridad sobre la existencia de otros pronunciamientos judiciales no recogidos en este trabajo. Creo de interés hacer una relación de estas sentencias por orden cronológico y de casos con los supuestos de he-

---

(43) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 1991, págs. 384-386, en relación con el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1970 y STS de 15 de febrero de 1978 (Ar. 1082).

(44) Así lo hace el Real Decreto-Ley 9/93, que se estudia más adelante.

(45) Existe, al menos, un ejemplo de contaminación de una persona a pesar de haberse practicado el cribado de la sangre en el caso que da lugar a la sentencia del *Tribunal Administratif de Paris* de 11 enero 1991.

(46) Interesa en este punto recordar que el presente trabajo se realizó en el primer semestre de 1993 y no se recogen los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a la fecha indicada.

(47) La vía contencioso-administrativa es menos utilizada que las demás porque se tiene la idea de que los jueces administrativos son menos generosos que el resto en la fijación del *quantum* indemnizatorio, del mismo modo que acudiendo a las otras vías se puede obtener, en muchos casos, una decisión judicial más rápida o la permanencia del pleito en la Comunidad Autónoma donde se inicia.

cho estudiados en cada una de ellas para la mejor comprensión del resto de problemas jurídicos que se estudian.

— Caso *Barcelona Penal I* (48).

Durante 1986 y hasta enero de 1987, tres hombres de diferentes edades reciben transfusiones sanguíneas en intervenciones quirúrgicas en el Hospital Príncipes de España, de Bellvitge. La sangre transfundida a estas personas era portadora del VIH y no había sido practicado su cribaje, aunque la fecha de la obligatoriedad del mismo en Cataluña fue el 10 de octubre de 1986. La decisión del Alto Tribunal fue condenar a un médico del Hospital por imprudencia temeraria, sin la agravante de impericia profesional, y a otro por una falta de imprudencia; además, se declaraba la responsabilidad directa de los anteriores y la subsidiaria del Instituto Catalán de Salud en el pago de las indemnizaciones.

— Caso *Barcelona Social* (49).

Un hombre es ingresado en el Hospital Santa Creu y Sant Pau, de Barcelona, el día 21 de noviembre de 1984 para ser operado de cataratas y, como se observa que es hemofílico, se le aplica tratamiento con hemoderivados para evitar riesgos durante la intervención. El producto suministrado no fue analizado y se supone que era portador del virus. En 1988 se le diagnostica la enfermedad y muere en septiembre de 1989.

— Caso *Oviedo* (50).

La madre del fallecido reclama indemnización, que consigue, por la imputación de responsabilidad al médico y al INSALUD por el contagio en el Hospital de Covadonga de, al menos, hepatitis B a su hijo hemofílico. El diagnóstico de hepatitis se confirmó en julio de 1988, pero nunca se le diagnosticó el SIDA, aunque en la reclamación de parte así se solicite. Este hemofílico fue tratado con un hemoderivado que no fue analizado previamente y se acude a la sintomatología para determinar que fue contagiado con VIH.

---

(48) Este caso comprende dos sentencias, la primera conocida en España y dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 1989 y la del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 9448).

(49) Se compone de dos sentencias, a saber, del Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona de 7 de enero de 1991 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Social, de 9 de diciembre de 1992.

(50) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo de 22 de marzo de 1991.

— Caso *Albacete* (51).

Un hombre parapléjico que trabajaba como vendedor de cupones de PRODIIECU adquirió el SIDA por vía parenteral como consecuencia de su adicción a la heroína. El enfermo solicitó la declaración de gran invalidez por las secuelas que sufría, pero no tenía cubierto el período mínimo de carencia. Para evitar esa formalidad se solicita la declaración del SIDA como accidente no laboral, lo que consigue, y se le otorga el 150% de la base reguladora, la cual se reparte a razón de dos tercios para el inválido y el tercio restante para la persona que cuida al enfermo.

— Caso *Gran Canaria* (52).

La petición del reclamante en este supuesto es idéntica a la anterior, gran invalidez. Un pensionista aquejado de hemofilia muy grave e infectado del VIH solicita la referida declaración. Es posible, aunque no ha sido argumentado ni probado en el proceso, que su contagio tenga origen en las múltiples suministraciones que de Factor VIII se le han realizado, sobre todo a partir de 1984. No es discutida la responsabilidad de la Administración sanitaria, sino el cobro de una pensión de mayor cuantía por la situación de gran inválido que el actor sufre, declaración que resulta favorable al perjudicado.

— Caso *Madrid* (53).

En los meses de mayo de 1979 y 1984 un hombre es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Ramón y Cajal, de Madrid, para colocarle sendas prótesis de cadera. Se teme que la sangre transfundida en alguna de las operaciones pudiera ser portadora del VIH y de hepatitis B, descubierto en el paciente en 1989. El INSALUD es condenado a pagar la indemnización al enfermo porque no se realizaron las pruebas de cribado de la sangre.

---

(51) El caso *Albacete* se manifiesta a través de dos sentencias, la del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete de 17 de mayo de 1991 y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala Social, de 20 de noviembre de 1991.

(52) Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 27 de noviembre de 1991.

(53) Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid de 7 de febrero de 1992, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Social, de 8 de octubre de 1992.

— *Caso Ciudad Real* (54).

Este supuesto de hecho trae su causa, igual que el anterior, en la transfusión sanguínea hecha sobre un menor, ya fallecido, durante una intervención quirúrgica en el Hospital Ramón y Cajal, de Madrid, en el mes de septiembre de 1984. No queda probada la seropositividad de la sangre transfundida al niño, pero tampoco se discute en el proceso. El descubrimiento de la enfermedad del SIDA se realiza en agosto de 1988. Por todo ello, el INSALUD es condenado a satisfacer la indemnización a los padres.

— *Caso Barcelona Civil* (55).

Un joven incluido en un programa de hemodiálisis es objeto de diversas transfusiones de sangre durante los meses de febrero y abril de 1986. Estas unidades de sangre no habían sido cribadas a pesar de contar en el Hospital Valle de Hebrón, de Barcelona, con los medios técnicos necesarios desde mediados de 1985. Se supone que fue la sangre lo que le contagió con el VIH. Supongo que la condena al pago de la indemnización se hace recaer en el Instituto Catalán de Salud, pues los médicos son excluidos de responsabilidad.

— *Caso Sevilla* (56).

Un niño de ocho años es ingresado de urgencia en el Hospital Virgen del Rocío en julio de 1982, donde se le practican varias intervenciones con transfusiones de sangre. Se presume que en alguna de ellas se le expuso al VIH. En 1986 los médicos del Hospital sospechan que el niño puede encontrarse en fase de SIDA, pero hasta marzo de 1988 no se comunica esto a los padres. El joven fallece a principios de 1990.

— *Caso Barcelona Penal II* (57).

Una señora fue operada en mayo de 1986 en el Hospital Valle de Hebrón, donde se le practicaron dos transfusiones de sangre posiblemente con VIH, que se diagnostica en diciembre del mismo año, estando todavía

---

(54) Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real de 10 de diciembre de 1992.

(55) Sobre este caso no cuento con copia de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona ante la negativa del juez a facilitármela; por ello, haré referencia a la reseña de la misma publicada en el diario «El Mundo» de 29 de enero de 1993.

(56) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de 4 de febrero de 1993.

(57) Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona de 24 de marzo de 1993.

internada la paciente. Tras la muerte de la misma, el hijo interpone que-  
rela contra varios médicos del Hospital, que son condenados a penas de pri-  
sión de entre uno y dos años y al pago de 70 millones de indemnización,  
incluido el Instituto Catalán de Salud como responsable civil subsidiario.

#### IV. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS ACTOS PROBATORIOS

Uno de los problemas más difíciles de resolver en los contagios de VIH  
es la existencia de un nexo causal entre la transfusión sanguínea o trata-  
miento con hemoderivados y la presencia en el organismo humano del vi-  
rus del SIDA (58).

La experiencia francesa es semejante, en alguno de los supuestos estu-  
diados, a la española por lo que, estimo, conviene hacer referencia a los  
hallazgos jurídicos por ellos alcanzados. Es muy significativa la sentencia  
del *Tribunal de Grande Instance* de París de 1 de julio de 1991 (59), donde  
se examina el caso de una señora contagiada por transfusión en el trans-  
curso de una cesárea en 1984. Dos años después descubre su seropositivi-  
dad y, ulteriormente, es abandonada por su marido, que le deja al cargo de  
los hijos. En esta decisión se indican los tres factores que deben concurrir  
para determinar la existencia del nexo causal:

a) Una transfusión posterior al inicio de 1978, fecha de la aparición  
en Europa del VIH.

b) Un donante portador del virus; en este supuesto la probabilidad  
juega a favor del enfermo porque se le transfundieron tres de las cuatro  
unidades de sangre preparadas al efecto en el quirófano, de las cuales una  
provenía de un seropositivo.

c) Ausencia de otros elementos de riesgo de transmisión del virus en  
la persona misma de la víctima; marido seronegativo, no es toxicómana,  
no ha viajado a zonas de fuerte presencia de enfermos, ninguna señal de  
otras infecciones ligadas al virus del SIDA.

No siempre es posible determinar estos tres factores que también indi-  
ca MARGEAT (60). En supuestos en los que no se llega a examinar a todos  
los donantes que aportaron su sangre quedaría roto, de forma automática,  
el nexo causal; en otros casos, el examen del donante se realiza años des-  
pués de la donación, lo que no permite saber con seguridad si al momento  
de la misma también era seropositivo. El segundo elemento, por lo expues-  
to, no siempre puede ser apreciado íntegramente.

---

(58) En este sentido se manifiestan algunos penalistas; vid. LUZÓN PEÑA, «Problemas  
de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», pág. 13, en MIR  
PUIG (ed.), *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Bosch e Instituto de Criminología de la  
Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

(59) Sentencia del TGI de París (Sala 1.<sup>a</sup>) de 1 de julio de 1991 («Gaz. Pal.» de 15 de  
octubre de 1991, págs. 568 y ss.).

(60) Vid. MARGEAT, *op. cit.*, pág. 584.

Los problemas examinados llevaron a rechazar una petición de daños en la jurisdicción administrativa francesa en la sentencia del *Tribunal Administratif* de París de 2 de mayo de 1988. Sin embargo, la mayoría de las resoluciones se han dado en vía ordinaria y las constataciones de nexos causales han sido, en algunos casos, más laxas (61).

El juez administrativo, dice DUVILLARD, «tanto en la materia de la responsabilidad hospitalaria, como en las otras, aplica constantemente la teoría de la causalidad adecuada, es decir, que atenúa la carga de la prueba que corresponde al reclamante en proporción a la dificultad de la práctica o aportación de la misma. A título de ejemplo, se puede pensar razonablemente que, para establecer la consistencia del nexo causal, el juez será menos exigente en el caso de un hemofílico que sufre constantes transfusiones de productos sanguíneos que en el caso de un contagio por una transfusión ocasional a un toxicómano» (62).

Los pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país han dado un juego semejante a lo anteriormente expuesto. En *Barcelona Penal I* sólo se establece claramente un nexo causal en el contagio de los tres afectados, gracias al análisis realizado por un laboratorio de las unidades de sangre transfundidas con posterioridad a la operación y que prueba que tenía VIH. Por lo que respecta a los otros dos enfermos, se condena a los médicos por no haber realizado el cribaje obligatorio, pero no se comprueba la seropositividad de ninguna de las unidades sanguíneas.

En el caso *Barcelona Social* el problema de la relación causa-efecto se resuelve de forma muy sencilla, es decir, con la aceptación por el Instituto Catalán de Salud de que el tratamiento con hemoderivados provocó la transmisión del VIH los días 28, 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1984. Es una lástima que la sentencia nos prive de conocer cómo el ICS llegó a esa conclusión (63); en cualquier caso, la referida aceptación supone la inmediata declaración de la responsabilidad.

El mayor esfuerzo probatorio se realiza en el caso *Madrid*. Son varios los informes realizados por servicios médicos públicos en los que se reconoce el origen transfusional de la infección e, incluso, que fueron las transfusiones de 1979 ó 1984 las que provocaron el contagio, para terminar con la sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Madrid de 18 de marzo de 1991 (64), en la que en la exposición de hechos probados se declaraba como causa de la infección las referidas transfusiones de sangre. También

(61) En este sentido se manifiestan las sentencias de *Cour de Versailles* de 30 de marzo de 1989 («Gaz. Pal.» de 8 de agosto de 1989), *Cour de Paris* de 7 de julio de 1989 («Gaz. Pal.» de 30 de septiembre de 1989), *Cour de Rennes* de 23 de octubre de 1990 («Gaz. Pal.» de 9 de abril de 1991) y *Tribunal de Grande Instance de Bobigny* de 19 de diciembre de 1990 («Gaz. Pal.» de 9 de abril de 1991).

(62) Vid. Jean-Louis DUVILLARD, *Note sous T.A. Paris 11-1-91 et T.A. Paris 29-11-91*, «AJDA», núm. 1, 20 de enero de 1992, pág. 87.

(63) Téngase en cuenta que los pacientes infectados con VIH por un transfusión presentan un cuadro clínico indiferenciable de los pacientes que lo han recibido por otra vía. Vid. A. DELGADO, *Manual SIDA. Aspectos médicos y sociales*, IDEPSA, Madrid, 1988.

(64) En esta sentencia se declaraba la condición de gran inválido del recurrente con la finalidad de cobrar una pensión de cuantía superior.

en este caso se nos oculta cómo se supo que las transfusiones eran probatorias del VIH. Es más, por la existencia de esas declaraciones de los servicios médicos públicos y de la sentencia social, el Tribunal entiende probado el contagio e impone al INSALUD la tarea de desvirtuar la eficacia de tales elementos probatorios. La imposibilidad de probar el contagio post-transfusional era evidente y, además, se aporta un informe del banco de sangre del hospital del que se desprende que, de los dos donantes de 1979, uno no era portador del virus, y que de los cinco donantes de 1984, cuatro tampoco eran portadores. La solución del Tribunal fue que si no se podía probar que todos los donantes no eran seropositivos, cabía pensar que los donantes no contactados pudieron ser los transmitentes. Ello, unido a la no pertenencia del enfermo a ninguno de los grupos de riesgo, permite que se declare la relación causal entre las transfusiones y la enfermedad que padece el demandante y, por ende, la responsabilidad de la Administración sanitaria.

El caso *Ciudad Real* utiliza el mismo argumento que *Barcelona Social*, a saber, la aceptación expresa por el INSALUD de la relación causa-efecto entre la transfusión practicada en septiembre de 1984 y el SIDA. Nuevamente se nos oculta cómo pudo llegar el organismo público a conocer este extremo. Además, se esfuerza el Juez en demostrar que en 1984 los avances científicos eran más que suficientes para saber que una vía de contagio era la sangre, pero admite, sin reparos, que en este momento no había posibilidades técnicas para detectar el VIH.

Finalmente, en *Barcelona Penal II* se recogen unos argumentos puntualmente distintos. Las transfusiones no habían sido cribadas y no constan análisis posteriores de las unidades sanguíneas, pero, aunque dichas transfusiones se realizan en los meses de febrero y abril de 1986 y no había obligatoriedad de hacer pruebas, el Departamento de Microbiología del Hospital del Valle de Hebrón cuenta con el material necesario para la realización del test anti-SIDA. También se utiliza el estado de la ciencia a principios de 1986, ahora con gran desarrollo, para establecer la culpabilidad de la actuación del hospital.

En resumen, la constatación de los nexos de causalidad entre las transfusiones —u otras formas de exposición al virus— y los daños que sufren los enfermos no siempre quedan, en mi opinión, perfectamente establecidos, lo que supone que los medios probatorios no han gozado de la intensidad que sería deseable, si es que han existido.

## V. LA INDEMNIZACIÓN

El primer problema al que nos enfrentamos es la diversidad de etapas en las que se puede encontrar el enfermo: persona seropositiva; persona seropositiva y ligada a un hecho o un estado, físico o psíquico, anterior; posible evolución a SIDA; la muerte (65).

---

(65) Vid. MARGEAT, *op. cit.*, pág. 585.

Es posible utilizar distintos métodos para fijar las indemnizaciones en compensación por los daños sufridos por las víctimas, aunque ningún método puede aportar soluciones definitivas para resolver el problema de la cuantificación.

### 1. *Las sentencias españolas*

La fijación, en opinión de MARGEAT, para compensar el perjuicio sufrido consiste en evaluar el precio de la anticipación de la muerte, de la angustia, del rechazo de la sociedad sana. Trabajo particularmente delicado para el Juez, que no dispone de otra referencia que su propia convicción (66).

Aun siendo así, se utilizan otras referencias además de las propias convicciones. En el caso *Madrid* se entienden como daños: el contagio de VIH y el desarrollo posterior de la enfermedad, que implica un enorme deterioro de la calidad de vida por los múltiples padecimientos asociados y el posible acortamiento de las expectativas de vida. La apreciación conjunta, racional y prudente de todos los daños permite fijar como indemnización la cantidad de 25 millones de pesetas.

En términos semejantes lo hace el caso *Ciudad Real*, que condena a la compensación de los daños morales sufridos por los padres del niño fallecido; estos daños morales consisten en «*el sufrimiento de los padres que comparten día a día el progresivo deterioro orgánico de su hijo en los dos últimos años de su vida, sabiéndolo destinado a una pronta muerte, hasta que la misma se produce, quedándoles la ausencia de una vida en cualquier caso truncada a los 16 años de edad*». En este caso, la cantidad de 40 millones de pesetas es la que se considera adecuada. Contrasta esta indemnización con la de 15 millones de pesetas del caso *Sevilla* por el idéntico supuesto de muerte del hijo en el que se reparan daños materiales y morales.

Sin embargo, es el caso *Barcelona Civil* el que marca el listón más alto en lo que a pesetas se refiere. En atención a la edad de la víctima, 25 años, estar casado y tener una hija de corta edad, reclamó una cantidad elevada de dinero que le fue concedida de la siguiente forma: 50 millones de pesetas en concepto de precio del dolor y constitución, por parte de la Generalitat de Cataluña, de un fondo de 20 millones de pesetas cuyos intereses le servirán para pagar los gastos que le pueda causar la enfermedad.

En *Barcelona Penal II* el montante de la indemnización es, también, de 70 millones, que pretenden reparar los perjuicios morales y los efectos familiares, económicos y sociales que ha sufrido el hijo por la enfermedad y muerte de su madre.

Como podemos observar, estas decisiones judiciales establecen una relación de daños a la que conectan una cantidad de pesetas, pero no realizan el esfuerzo de explicar por qué esa cantidad, o lo que es lo mismo, cómo han llegado a la conclusión de que dicha cantidad es la que compen-

---

(66) *Ibidem*, pág. 585.

sa todos los daños sufridos y en qué medida se corresponden en el *quantum* cada uno de los daños. Serían de más utilidad las sentencias que recogieran esta forma de cuantificar y se evitarían rebajas tan sustanciales del *petitum* como la ocurrida en el caso *Oviedo*: de 15 millones solicitados se redujo a 1,5 millones la indemnización (67).

Sólo restan por examinar los casos *Barcelona Social*, que nada aporta a lo ya dicho pues condena al ICS al pago de 25 millones de pesetas por las gravísimas consecuencias que la transmisión del virus comporta, y *Barcelona Penal I*, que sí trata con mayor atención los daños sufridos por las víctimas, así como las indemnizaciones que en ella se otorgan. De este modo, todos sufren el daño derivado del contagio del VIH y su posible derivación futura a SIDA y, además, don José M. G. sufre limitación de su actividad reproductora y un estado permanente de depresión y ansiedad; don Vicente L. P. también queda impedido en cuanto a su capacidad de procreación y está afectado por un sufrimiento anímico vivencial en razón del síndrome depresivo generado, con limitación de su capacidad de relaciones interpersonales y sociales; por último, don Juan M. T., al igual que los anteriores, tiene limitada la capacidad reproductora, así como la contraindicación absoluta de donación de sangre, semen y órganos.

Los tres afectados eran portadores asintomáticos del virus al tiempo de publicarse las sentencias y, por esto, la fórmula elegida consiste en la entrega inicial de la cantidad de 10 millones de pesetas a todos por igual ante la pequeña diferencia que, entre los daños sufridos, se puede apreciar. Los condenados deberán indemnizar con 15 millones a quien desarrolle los síntomas de la enfermedad, es decir, al afectado o afectados que pasen a ser portadores sintomáticos del virus.

En Francia no se ha conseguido, tampoco, una uniformidad en materia de daños y de indemnizaciones. Las cantidades a pagar oscilan entre los 300.000 y los 2,5 millones de francos (68). Los daños reflejados en las sentencias son idénticos a los examinados en España, a saber, perjuicios mo-

(67) El daño a valorar en esta sentencia es el que sufre la madre por la pérdida de su hijo y, en principio, ese daño es idéntico tanto si se produce la muerte por SIDA como si llega por hepatitis. No se justifica, pues, la enorme rebaja de la indemnización ni tampoco la diferencia de ésta con las establecidas en otros casos.

(68) Sentencias francesas conocidas hasta la fecha: *Cour de Paris*, 7 diciembre 1988; *Trib. gr. inst. Fontainebleau*, 16 diciembre 1988, 2,3 millones de francos; *Cour de Versailles*, 30 marzo 1989, 1,4 millones de francos (nota de DORSNER-DOLIVET, «JCP», II, 21505); *Cour de Paris*, 7 julio 1989, 2,3 millones de francos («Gaz. Pal.», 30 septiembre 1989, con las conclusiones de PICHOT); *Trib. gr. inst. d'Every*, 1 octubre 1990; *Cour de Rennes*, 23 octubre 1990, 2,5 millones de francos («Gaz. Pal.», 9 abril 1991); *Trib. gr. inst. de Bobigny*, 19 diciembre 1990, 1,125 millones de francos («Gaz. Pal.», 9 abril 1991); *Trib. Administratif de Paris*, 20 diciembre 1990, 0,710 millones de francos (*Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1990, Sirey); *Trib. Administratif de Paris*, 11 enero 1991 y 29 noviembre 1991, 0,457 millones de francos; *Trib. Administratif de Marseille*, 16 abril 1991, 0,300 millones de francos; *Trib. Administratif de Marseille*, 11 junio 1991, 0,3 millones de francos; *Trib. gr. inst. de Paris*, 1 julio 1991, 1,520 millones de francos («Gaz. Pal.», 15 octubre 1991), y *Cour de Paris*, 28 noviembre 1991 («Gaz. Pal.», 18 febrero 1992, conclusiones de BENAS y nota de PAIRE; «JCP», II, 21797, nota de HARICHAUX; Dalloz Sirey, 1992, 7 cahier, nota de DORSNER-DOLIVET); *Trib. Administratif de Paris*, 20 diciembre 1991, 2 millones de francos; *Trib. gr. inst. de Paris*, 5 febrero 1992, 1,5 millones de francos.

rales, edad, situación familiar, incapacidad reproductora, etc., que son los perjuicios clásicos, y un nuevo perjuicio a la vez específico y de una excepcional gravedad como es la infección del VIH y el posterior paso al SIDA, distinto de todos los demás (69).

## 2. *La propuesta de indemnización sobre la escala del CDC*

Las sentencias del Tribunal Administrativo de París de 11 de enero de 1991 y 29 de noviembre de 1991 han utilizado otro sistema para establecer la cantidad a indemnizar. En ellas se estudia el contagio del VIH a una mujer por transfusión en septiembre de 1987. El estado de la afectada era de no alteración física y psíquica, sólo estaba dentro del grupo de los portadores asintomáticos. Para determinar la cantidad exacta, DUVILLARD, presidente del Tribunal, propone partir de una cifra (500.000 francos) que actúa como pivote y a la cual se deducirán o sumarán los factores concretos de edad, deterioro físico o la situación exacta dentro de la escala confeccionada por el CDC (70). A la vista del buen estado físico y psíquico de la víctima, se concede la cantidad de 450.000 francos (71).

Para resolver el problema de posibles agravamientos de la enfermedad, bien es sabido su carácter esencialmente evolutivo, las sentencias imponen a los médicos que determinen el momento en que la afectada deberá presentarse ante el Tribunal para que indiquen la entrada en el grupo IV del CDC o SIDA como momento para reevaluar los daños.

## 3. *Referencia especial a la indemnización legal francesa*

El carácter excepcionalmente grave de la situación es la razón por la que se crean los Fondos de indemnización en favor de hemofílicos y contaminados por transfusión con el virus del SIDA (72). Se han inspirado en el régimen de los fondos de indemnización de víctimas de actos de terrorismo, establecido por la Ley de 9 de septiembre de 1986, y los poderes públicos dan un nuevo sentido al concepto de solidaridad haciendo descansar sobre la colectividad el peso de un grave error de apreciación en la prestación de un servicio público (73).

El primer sistema de indemnización por solidaridad tiene lugar por la creación de un fondo público y otro privado destinado a los hemofílicos en

(69) MARGEAT, *op. cit.*, pág. 586.

(70) La escala del CDC junto con las de los investigadores americanos REDFIELD y BURKE y la del español RODRÍGUEZ PAZOS se han recogido en el punto II.2 de este trabajo.

(71) DUVILLARD, *op. cit.*, pág. 89.

(72) P. L'ÉPÉE, *Problèmes médico-légaux soulevés par le SIDA*, «Gaz. Pal.» de 15 de octubre de 1991, págs. 575 y ss.

(73) Vid. PONTIER, *SIDA de la responsabilités à la garantie sociale*, «RFDA», núm. 8 (3), May-jun, 1992, págs. 541 y ss.

agosto de 1989 (74). Pronto se advierte que el número de personas contaminadas por transfusión es tres o cuatro veces mayor al de los hemofílicos y se impone la creación de más fondos. Este es el objeto de la Ley de 31 de diciembre de 1991 (75) sobre determinadas materias de orden social. En su artículo 47 crea un fondo público de indemnización con cargo a los Presupuestos del Estado, pero la financiación se solicita, además, a las compañías de seguros.

La Ley ha sido completada con el Decreto de 26 de febrero de 1992 (76). El dispositivo de indemnización está abierto a toda persona que sea víctima del contagio de VIH causado por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre. Para tener derecho a indemnización hay que demostrar la existencia del nexo causal a partir de los tres factores de prueba reseñados anteriormente en la relación de causalidad: pluralidad de intervenciones con sangre o derivados, no pertenencia a grupos de riesgo y prueba de que, al menos, un donante era seropositivo o pertenecía a un grupo de riesgo.

La fijación de la indemnización depende de los daños sufridos y probados por el solicitante (muerte, incapacidad laboral, gastos médicos, deterioro físico y psíquico, etc.). El artículo 47 impone la reparación integral de los daños y, además, se atenderá a las indemnizaciones otorgadas por los distintos tribunales franceses. Se prevén grandes dificultades para financiar los fondos si dichas indemnizaciones alcanzan las cantidades máximas hasta ahora vistas (2,5 millones de francos) (77).

#### 4. *La indemnización legal española*

Con posterioridad al sistema de indemnización legal establecido en Francia, se diseña un sistema semejante en nuestro país a través de la vía excepcional del Decreto-Ley (78) e, igualmente, basado en los principios de apoyo y solidaridad con los afectados (79). Se ha seguido en este caso el

---

(74) Estos fondos recibieron el nombre de *accord Evin* y se inspiraron en el que indemniza a las víctimas del terrorismo y se creó mediante acuerdo firmado el 21 de agosto de 1989 entre el Ministro de Sanidad y la Agencia Francesa de Lucha contra el SIDA, el fondo público, y protocolo firmado por representantes de los centros de transfusión, la Asociación de Hemofílicos y las aseguradoras, el privado. Vid. Marie-Luce MORANÇAIS-DEMEESTER, *Contamination par transfusion du virus du SIDA: responsabilités et indemnisation*, «Recueil Dalloz Sirey», 23 cahier, 1992, págs. 189 y ss.; SOULIER, *op. cit.*, págs. 132 y ss.; SOURDILLE y HURIET, *op. cit.*, pág. 26.

(75) Ley núm. 91-1406, de 31 de diciembre de 1991, sobre diversas disposiciones de orden social, J. O. de 4 de enero de 1992 («Gaz. Pal.» de 21 de enero de 1992).

(76) Decreto núm. 92-183, de 26 de febrero de 1992, relativo a los fondos de indemnización establecidos por el artículo 47 de la Ley de 31 de diciembre de 1991, J. O. de 27 de febrero de 1992 («Gaz. Pal.» de 28 de marzo de 1992).

(77) Vid. MORANÇAIS-DEMEESTER, *op. cit.*, pág. 194.

(78) Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

(79) Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 9/93.

procedimiento de acuerdo con los afectados (80) inspirado en el *caso de la Presa de Tous*, donde se adopta una solución idéntica (81).

El ámbito de aplicación del Decreto-Ley 9/93 es extenso y cubre no sólo a los hemofílicos y a los receptores del virus por medio de transfusiones sanguíneas, sino, también, a los cónyuges e hijos contaminados y a los menores y los adultos dependientes de los anteriores (82).

El importe de las indemnizaciones se desdobra en una cantidad a tanto alzado de 10 millones de pesetas para todos los que sean portadores del virus, o sus causahabientes en caso de fallecimiento, y de las ayudas mensuales que se establecen de acuerdo con el salario mínimo interprofesional para los afectados y las personas que de ellos dependen. El montante de la indemnización a tanto alzado es sensiblemente inferior a las cantidades que se conceden en la vía judicial, pero tiene la ventaja del complemento de la ayuda mensual de carácter vitalicio (83).

El marcado talante solidario de las indemnizaciones por contagio de VIH coincide con las establecidas para los daños que causen los actos de terrorismo (84) y, por ello, son compatibles con cualquier pensión pública a que tuvieran derecho (85).

Para acceder a las ayudas previstas se requiere la renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones contra las Administraciones Públicas o el personal de las mismas, y quedan excluidos de este sistema los que hubieren obtenido sentencia condenatoria contra cualquier Administración por contagio de VIH (86).

El plazo para solicitar las ayudas es excesivamente corto, tan sólo dos meses desde la publicación del Decreto-Ley («BOE» de 1 de junio de 1993), pero se permite a los afectados que conozcan su contaminación con posterioridad al momento indicado que soliciten sus ayudas con el mismo plazo contado desde que tengan el conocimiento (87).

Para tener derecho a las ayudas es necesario que la contaminación de la persona se hubiere producido antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH, y esto es así tanto para hemofílicos como para transfundidos (88). El problema se plantea porque las nor-

(80) En el acuerdo sólo participaron la Federación Española de Hemofilia y el Ministerio de Sanidad y no se incluyó en la negociación a los afectados por las transfusiones que no eran hemofílicos.

(81) El controvertido caso de la Presa de Tous ha visto un intento de solución con la publicación del acuerdo realizado con algunos de los damnificados por medio del Real Decreto-Ley 4/1993, de 26 de marzo, por el que autoriza el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de la rotura de la Presa.

(82) Artículo 1 del RD 9/93.

(83) Artículo 2 del RD 9/93.

(84) En el artículo 4 del Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, por el que se regulan los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, se establece la compatibilidad de las indemnizaciones con cualesquiera otras a que tuvieran derecho las víctimas o sus causahabientes por los daños corporales.

(85) Artículo 3.1 del RD 9/93.

(86) Artículo 3.2 y 3 del RD 9/93.

(87) Artículo 5 del RD 9/93.

(88) Artículo 1.a) y b) del Decreto-Ley 9/93.

mas que imponen la obligación de las pruebas tienen fechas distintas, es decir, para los productos hemoderivados es octubre de 1985 y para las transfusiones de sangre es febrero de 1987 (en materia de trasplantes, junio de 1987). El Decreto-Ley 9/93 no aclara cuál ha de ser la fecha exacta o si se utilizarán más de una, ni tampoco si se refiere a la normativa estatal o cabe utilizar la de las Comunidades Autónomas.

## VI. EL CONFLICTO JURISDICCIONAL

En materia de daños personales sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a un paciente de la Seguridad Social, los cuatro órdenes jurisdiccionales —Penal, Civil, Contencioso-Administrativo y Social— se declaran competentes para resolver las reclamaciones de cantidad producto de las anteriores. Es ésta una situación en la que la víctima elige orden jurisdiccional «a la carta».

En opinión de SERRANO ALONSO, *no resulta por tanto extraño que tanto el profano en la materia como el técnico quede sorprendido y se pregunte ¿cómo es posible que supuestos sustancialmente idénticos o semejantes, con similar pretensión y con la misma causa de pedir, hayan sido resueltos por Tribunales pertenecientes a órdenes jurisdiccionales diversos?* (89).

### 1. La competencia del orden penal

El orden penal conoce siempre de todas las causas en las que se aprecia la existencia de delito o falta y tiene *vis atractiva* con respecto al resto de órdenes jurisdiccionales. Por ello, siempre que se estime la presencia de delito o falta en la actuación del personal sanitario y se causen daños al paciente será competente la jurisdicción penal. Es, por tanto, el juez penal el que conoce de la responsabilidad derivada del delito o falta y de la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas, de acuerdo con el artículo 22 del CP.

En consonancia con lo anterior, tuvieron lugar las sentencias que forman los casos *Barcelona Penal I* y *Barcelona Penal II*, tanto en el Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial de Barcelona o la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Sin embargo, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (90) en su artículo 122 envía el conocimiento de la responsabilidad en que incurran los entes públicos a la vía administrativa y, en su caso, a la contencioso-ad-

---

(89) Vid. Eduardo SERRANO ALONSO, *Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social*, «Actualidad y Derecho», núm. 34, 1992, págs. 1 y ss.

(90) Proyecto remitido al Parlamento el día 4 de septiembre de 1992 y publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en 1992. La disolución de las Cámaras por la convocatoria de elecciones anticipadas el 10 de abril de 1993 envió este proyecto a dormir el sueño de los justos.

ministrativa. De esta forma, se pretende evitar los supuestos en los que se acude a la vía penal con el único propósito de obtener la reparación del daño, a la vez que se protege al personal sanitario contra el traumático paso por el banquillo de los acusados.

## 2. *La competencia del orden social*

También ha sido en numerosas ocasiones fundamentada la competencia de la jurisdicción social por parte del Tribunal Supremo, Sala Social (91). Las razones empleadas pueden resumirse en dos:

- Como consecuencia de una prestación sanitaria se producen unos daños que no se consideran una culpa extracontractual, sino el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.
- La ley atribuye la competencia al orden social en materia de Seguridad Social de acuerdo con los artículos 2.b) de la LPL y 9.5 LOPJ (92).

Las sentencias estudiadas en este trabajo dentro de los casos *Madrid, Ciudad Real y Barcelona Social* han tenido que argumentar de contrario las incompetencias de jurisdicción alegadas por los declarados responsables, las Administraciones Públicas. En ellas se recogen, básicamente, los razonamientos anteriormente expuestos.

La discrepancia doctrinal reside en el contenido de la prestación de Seguridad Social. No es posible extraer de ninguna norma jurídica, social o no, tan amplio concepto que incluya la responsabilidad por los daños causados en la asistencia sanitaria. Es más, los artículos 20 y ss. y 83 y ss. de la LGSS regulan las prestaciones, y una lectura detenida de los mismos manifiesta la imposibilidad de comprender dicha responsabilidad dentro de su regulación (93). Por lo tanto, considero una aplicación incorrecta de las normas que regulan el reparto de competencias entre órdenes jurisdiccionales.

---

(91) En este sentido, STS de 5 de junio de 1991, Sala 4.ª (Ar. 5131); STS de 24 de abril 1990, Sala 4.ª (Ar. 3486), y las que en ellas se citan.

(92) Vid. Fundamento de Derecho primero de la STS de 5 de junio de 1991 (Ar. 5131) y cfr. SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 5.

(93) En el artículo 20 se hace una relación de las materias incluidas en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social y en el artículo 83 se cierra la posibilidad de incluir otras nuevas, por lo tanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias no tiene cabida en el orden social. En este sentido, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 13.ª ed., Cívitas, Madrid, 1992, págs. 19 y ss., donde se relacionan las prestaciones que comprenden el ideal de cobertura sin incluir la responsabilidad aludida y no se prevé la posibilidad de alumbramiento de nuevos riesgos a cubrir por la Seguridad Social.

### 3. *La competencia del orden civil*

La Sala Civil del Tribunal Supremo también se ha declarado competente en muchas sentencias (94) con supuestos de hecho con daños personales consecuencia de la actuación de los servicios públicos sanitarios. Dos son las sentencias que contemplan el contagio del virus del SIDA, una en Oviedo y la otra en Barcelona. Los argumentos extraídos de las sentencias del Alto Tribunal para acaparar el conocimiento de estos supuestos son numerosos:

- La Administración sanitaria es un órgano de gestión de derecho privado que ha de curar un enfermo y, por tanto, cae dentro del supuesto del artículo 41 LRJAE (ahora derogado).
- La relación que une a la Administración sanitaria con el beneficiario no es de Derecho público, por lo que habrá de ejercitarse la acción de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 del CC.
- La *vis atractiva* de la jurisdicción civil cuando la materia del litigio no corresponde claramente a otra jurisdicción.
- Por razones de economía procesal se impone, en todo caso, la competencia de la jurisdicción civil (95).

Estas y otras razones son las esgrimidas por los partidarios de que la competencia sea otorgada a los Tribunales civiles. De cualquier manera, no cabe la menor duda de que la competencia corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pues nos encontramos ante supuestos de responsabilidad por funcionamiento de un servicio público, y así lo impone, expresamente, el artículo 3.b) de la LJ (96).

### 4. *La competencia del orden contencioso-administrativo*

La competencia de la jurisdicción contenciosa ha sido sentada por muchas sentencias del Tribunal Supremo (97) en las que los argumentos utilizados han sido del siguiente tenor:

---

(94) En este sentido, STS de 24 febrero de 1992, Sala 1.ª (Ar. 1427); STS de 13 de octubre de 1992, Sala 1.ª (Ar. 7547), y las que en ellas se citan.

(95) Vid. SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 7.

(96) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 147 y ss., aunque la tesis que mantiene pretende la unidad de jurisdicción en favor del orden civil. La doctrina administrativista se decanta mayoritariamente por la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos; vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, núm. 42 de esta REVISTA; CLAVERO ARÉVALO, *La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración*, núm. 66 de esta REVISTA; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1977; GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad de jurisdicción*, «REDA», núm. 4.

(97) En este sentido, STS de 14 de junio de 1991, Sala 3.ª (Ar. 5115); STS de 1 de julio de 1991, Sala 3.ª (Ar. 5968), y las que en ellas se citan.

- Los daños causados en la asistencia sanitaria son un caso típico de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de un servicio público.
- Al INSALUD, y sus correlativos autonómicos, se les aplica la cláusula general de responsabilidad de la Administración contenida en los artículos 106.2 CE y 139 LAP, porque son una parte de la Administración Pública.
- La actuación de la Administración sanitaria se hace a título de sujeto público, sin embargo, aunque actuase en régimen de Derecho privado, no se modifica la competencia por la aplicación del artículo 144 de la LAP (98).

En estos momentos se aprecia en el legislador la voluntad de dar una solución al problema del conflicto jurisdiccional, si no total, sí, al menos, en el capítulo concreto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas. La LAP es muy clara en este aspecto, pues tanto la responsabilidad de Derecho público como la de Derecho privado se exigirá en la vía administrativa, primero, y contencioso-administrativa, después (arts. 142 y 144). Por lo tanto, la responsabilidad de las Administraciones Públicas no corresponde al orden civil, tampoco al orden social, como hemos visto anteriormente, y si el Proyecto de Código Penal se hubiese convertido en ley, la responsabilidad subsidiaria del delito cometido por las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas tendría, también, que examinarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Es la anterior, en mi opinión, una solución muy adecuada porque, por fin, se consigue la unidad de jurisdicción y, lo que es más importante, el establecimiento de unos criterios uniformes, los del Derecho Administrativo, sobre los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (99).

## VII. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Las sentencias estudiadas en los casos *Madrid* y *Ciudad Real*, apoyándose en otra del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991 (100), dan un vuelco al muy conocido plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de responsabilidad. Así lo establece el artículo 1968 del CC y los artículos 122 LEF, 40.3 LRJAE (plazo de caducidad pero de la misma duración, un año) y 142.5 LAP.

Estas sentencias pretenden mantener la coherencia interna de su argumentación jurídica y, por ello, consideran que no son aplicables los artícu-

(98) Vid. SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 4.

(99) En este sentido, BARCELONA LLOP, *Política de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 2, 1993, págs. 129-130.

(100) STS de 5 de junio de 1991, Sala 4.ª (Ar. 5131), donde se recoge un supuesto semejante a los estudiados porque se trata de un caso de contagio de hepatitis C mediante transfusión sanguínea.

los 1968 CC y 40.3 LRJAE. La razón se asienta en que no se están ejercitando las acciones previstas en estos artículos, sino que, admitida la competencia del orden social y por tratarse, en definitiva, de materia de Seguridad Social anudada a la prestación de asistencia sanitaria, el artículo aplicable es el 54.1 LGSS (101). El plazo que en él se establece es de prescripción y de cinco años para ejercitar el derecho al reconocimiento de las prestaciones.

La utilización de este plazo superior (102) al de un año trae su consecuencia en la imposibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad con plazo de un año de prescripción porque el transcurso del tiempo había cerrado la vía impugnatoria. Con el plazo de cinco años los tres supuestos salvan, sin problemas, las excepciones de prescripción aducidas por las defensas de los organismos públicos. Por si fuera insuficiente, el caso *Ciudad Real* incluye también el plazo extintivo de la acción de quince años del artículo 1964, último inciso, del CC para acciones personales sin término especial de prescripción.

En el epígrafe anterior hemos llegado a la conclusión por la cual la responsabilidad de la Administración sanitaria se exigirá por los procedimientos administrativos de la LAP y de acuerdo con el Derecho Administrativo. Por ello, hemos de aplicar el plazo de prescripción de un año del artículo 142.5 de la LAP, que nos aporta, además, la solución para los casos de daños físicos y psíquicos, a saber, «*el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación de las secuelas*». El cómputo del plazo es, pues, generoso permitiendo que se inicie en un momento posterior al hecho o acto que motiva la indemnización. En los casos de contagio de SIDA la reclamación puede hacerse desde que se conoce la infección del virus y hasta un año después de producirse la muerte del enfermo. Este período puede alcanzar varios años porque no hay curación y porque, como se produce una situación de constante deterioro de la salud, el alcance de las secuelas es susceptible de ser determinado en cualquier momento.

### VIII. REFLEXIONES FINALES

Es pretensión de este estudio intentar dar algunas soluciones a las disfuncionalidades que se han observado en España sobre la responsabilidad de las Administraciones sanitarias por los contagios de SIDA. En mi opinión, se han dado casos en los que la infección por VIH podría haberse evi-

---

(101) Artículo 54. *Prescripción*.—1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente al en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

(102) El caso *Ciudad Real* utiliza el mismo plazo de cinco años que se establece en el artículo 59 de la LGSS, a pesar de que versa sobre un problema distinto del planteado.

Artículo 59. *Devolución de ingresos indebidos*.—2. El derecho a la devolución caducará a los cinco años a contar del día siguiente al ingreso de las cotizaciones.

tado tomando las medidas adecuadas con la celeridad que todos esperamos de nuestras autoridades sanitarias. Sin embargo, otros casos no han podido ser evitados porque la ciencia médica no había avanzado lo suficiente en determinados momentos.

Todos los casos, evitables o no, deben ser indemnizados por las Administraciones, bien en función de la cláusula general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, o bien de acuerdo con el principio de solidaridad que debe regir, creo yo, en el Estado social que persigue el artículo 1 de la Constitución. Pero también se propugna en ese artículo el Estado de Derecho con la consiguiente aplicación rigurosa de las leyes que, por supuesto, también se impone en la actuación de Jueces y Tribunales.

Una decisión adecuada a derecho es la que se toma, en la materia que nos ocupa, de acuerdo con unos medios de prueba suficientes que permitan establecer el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de salud y el contagio de SIDA. Se ha demostrado que es grande la dificultad pero, también, se aportan los elementos que pueden ayudar en esa labor.

¿Cómo es posible que la muerte de un niño en idénticas circunstancias «valga» en un caso 40 y en otro 15 millones de pesetas? ¿Dónde está la igualdad de los españoles ante la ley consagrada en el artículo 14 de la Constitución? ¿Y qué ha sido de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la Norma Fundamental? Son preguntas de difícil respuesta cuando se examinan los casos de contagio de SIDA o, en general, de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

Es necesario, de una vez por todas, que se termine el conflicto jurisdiccional y que se otorgue la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, que el plazo para reclamar la reparación del daño sea único y de un año para impedir que la argucia de algunos letrados y la condescendencia de Jueces y Magistrados mantenga abierta la puerta de la reclamación casi indefinidamente, y que las sentencias indiquen cuáles son todos y cada uno de los conceptos indemnizatorios que se conceden a la víctima. En definitiva, es necesario que se aplique la LAP en toda su integridad.

#### ADDENDA

Aunque este trabajo fue elaborado durante el primer semestre de 1993 y he renunciado a su actualización porque pocas novedades han aparecido en el tiempo que ha transcurrido, no resisto la tentación de mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada en julio de 1993 y que revoca la que aquí hemos llamado *Barcelona Penal II*. Quedan sin efecto las penas privativas de libertad y la indemnización de 70 millones de pesetas, pero lo extraordinario deviene de la recomendación que los Magistrados hacen en la sentencia, a saber, los afectados pueden solicitar al

ICS la indemnización acudiendo a la Jurisdicción Social. Resulta sorprendente que la Audiencia utilice la sentencia para emitir un dictamen por nadie solicitado y, sobre todo, que induzca al error a los ciudadanos enviándolos a una jurisdicción claramente incompetente y obvie la aplicación sobre la materia de la LAP.