

# NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION SANITARIA EN EL DERECHO COMPARADO

Por  
MIRIAM CUETO PÉREZ  
Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. FRANCIA: 2.1. *Evolución de la responsabilidad hospitalaria: de la falta grave a la responsabilidad sin falta.* 2.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos.* 2.3. *El problema de la jurisdicción competente.*—3. GRAN BRETAÑA: 3.1. *La responsabilidad de los servicios sanitarios: la idea de culpa.* 3.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos.*—4. PORTUGAL: 4.1. *La responsabilidad por actos médicos practicados en centros sanitarios públicos.* 4.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra en estos momentos en un claro período de reflexión sobre su alcance y sobre la conveniencia o no de que se llegue a una excesiva socialización de los riesgos. En los últimos tiempos toma cada vez más forma la idea de que la responsabilidad de las Administraciones públicas carece de unos contornos precisos, lo que lleva a que en un amplio número de supuestos siempre sea posible la reclamación frente a un ente público, con la consiguiente carga económica que recae sobre todos los ciudadanos, o, mejor dicho, sobre todos los contribuyentes. Esta situación se ha provocado en buena medida por impactantes resoluciones jurisprudenciales, de las que han dado cumplida información los medios de comunicación, y por el aumento de los supuestos que encuentran amparo patrimonial por vía normativa. En algunas ocasiones da la sensación de que el Estado viene obligado a sufragar cualquier daño o perjuicio que sufra un particular y, en este sentido, se han dejado oír ya algunas voces señalando si la regulación con carácter objetivo de la responsabilidad no traerá más cargas que beneficios al particular (1). Nuestro sistema de responsabilidad, establecido en su día por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y calificado como el más avanzado del Derecho comparado, una vez que ha alcanzado su constitucionalización en el artículo 106.2 y que efectivamente se está aplicando

---

(1) F. GARRIDO FALLA, *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, «REDA», núm. 94, 1997, págs. 173 y ss.

por los tribunales, comienza a levantar sospechas. Ante estas dudas, fundadas desde un punto de vista económico y desde la revisión del Estado de Bienestar, cabe señalar que muchos de los supuestos que han generado esta situación están más dentro de una acción socializadora del riesgo en ciertos sectores que dentro de la configuración jurídica del instituto de la responsabilidad administrativa. Cuando el Estado decide indemnizar los daños causados por las inundaciones o por la sequía no estamos ante un supuesto de responsabilidad; es más, claramente estamos ante un supuesto en el que la exoneración del Estado es clara al tratarse de un supuesto de fuerza mayor en el que no existe funcionamiento alguno de los servicios públicos. Algo parecido cabría señalar ante las indemnizaciones por daños causados a las víctimas de la actuación de bandas armadas, ampliadas más tarde a las víctimas de delitos violentos (Ley 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual); en este supuesto, por desgracia de gran actualidad, no cabe hablar de funcionamiento del servicio público (2). El aumento de atentados terroristas en los últimos años, no sólo en nuestro país sino también en todos los demás de nuestro entorno, ha motivado la necesidad de una respuesta por parte del Derecho (3). La Administración en estos supuestos huye de la idea de responsabilidad y alude a razones de solidaridad social y de oportunidad política ante un fenómeno que altera la seguridad ciudadana y la convivencia social (4). Otro ejemplo que ha levantado recientemente gran expectación ha sido el caso del aceite de colza, en el que el Gobierno ha sido declarado responsable subsidiario, ante la condena penal de

---

(2) Esta opinión no es pacífica, pues en algunos casos se ha mantenido que estamos ante un deficiente funcionamiento de las fuerzas de seguridad del Estado; por lo tanto, estaríamos ante un supuesto en el que la Administración sería responsable por culpa *in vigilando*. Vid. A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Responsabilidad administrativa por culpa «in vigilando» o «in omittendo»*, «Poder Judicial», núm. 2, 1986, págs. 117-128.

(3) En España la normativa que ha recogido el derecho a indemnización de las víctimas del terrorismo es la siguiente: Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, sobre protección de seguridad ciudadana; este Decreto-Ley fue desarrollado por el RD 484/1982, de 5 de marzo; más tarde se promulgó la LO 9/1984, de 26 de diciembre, sobre bandas armadas, y en su desarrollo el RD 336/1986, de 24 de enero. Esta regulación se vio completada más tarde por la Ley de 23 de diciembre de 1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, desarrollada por el RD de 28 de octubre de 1988. Posteriormente, la Ley de 29 de julio de 1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, modificó la Ley de 1987, siendo la Ley de 30 de diciembre de 1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, la que introduce por primera vez la indemnización de daños materiales, limitados a la vivienda habitual de las víctimas y remitiéndose a la normativa reglamentaria de desarrollo que se contiene en el Real Decreto de 19 de junio de 1992. La Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, amplía el ámbito de protección incluyendo ayudas psicológicas, psicopedagógicas y otras subvenciones; esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 1211/97, de 18 de julio, que aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

(4) Así se refleja en el Preámbulo del Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, sobre protección de seguridad ciudadana, primera norma que contempló esta materia en España: «La lucha mantenida por la sociedad y los poderes públicos en su afán de conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales exige en el momento presente una adecuada respuesta al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que, por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho.»

varios funcionarios en aquellos momentos responsables de los controles sanitarios de alimentos en nuestro país, y obligado a satisfacer indemnizaciones por el importe de quinientos mil millones de pesetas, cuando si bien es cierto que pudo darse una negligencia inexcusable en la acción administrativa, no menos cierto es que el daño se produjo a consecuencia de una actuación sin escrúpulos por parte de determinados empresarios aceiteros que, una vez enriquecidos por la adulteración del producto, inexplicablemente resultaron insolventes para hacer frente a las cuantías indemnizatorias. En todos estos supuestos las indemnizaciones que se ve obligado a soportar el Estado no son consecuencia de la aplicación de la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, por lo que entendemos que no debe haber recortes en la regulación legal (art. 139.1 de la Ley 30/92) y, no olvidemos, constitucional de la institución (art. 106.2 CE).

Tan sólo en el caso de los afectados por el VIH mediante transfusiones en centros sanitarios públicos con anterioridad a que se estableciesen con carácter obligatorio las pruebas de detección del VIH, recogido en el Real Decreto-Ley 9/93, de 28 de mayo, en el que se establecen una serie de ayudas. A nuestro juicio, en este supuesto sí estamos ante un verdadero supuesto de responsabilidad del Estado, porque las lesiones se producen como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, aunque en el Preámbulo de esta norma se apunta más a la idea de la asistencia social que a la de responsabilidad. Estas indemnizaciones establecidas por vía normativa han llegado de nuevo impuestas por la gran trascendencia y alarma social que ha producido esta cuestión, aunque también en algunos casos por el reconocimiento por parte de los tribunales (STS de 6 de febrero de 1996) (5), y suponen una imputación objetiva del daño a la Administración. En este caso estamos ante un supuesto de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios sanitarios, pero hay que señalar que ello supone una excepción a lo que es la tónica habitual en materia de responsabilidad de la Administración sanitaria, donde, lejos de haberse desbordado la institución, los casos de responsabilidad se producen en la mayor parte de los casos por un funcionamiento anormal del servicio (6). Precisamente es en este ámbito de actividad de la Administración donde pretende centrarse este trabajo, aportando una serie de notas sobre cuál es el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se trata del funcionamiento de un servicio público de tanta importancia como es la asistencia sanitaria en tres países como son Francia, Gran Bretaña y Portugal, tratando de tener un punto de referencia para comparar el

(5) Arz. 989.

(6) Totalmente excepcional ha sido el pronunciamiento de la Sala Tercera del TS de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115), que ha recogido un único caso de responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria con carácter objetivo, pronunciamiento que ha levantado serios temores en la doctrina; así, L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, 1994; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, 1995; F. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, 1996.

alcance del amparo que ofrece la regulación de la responsabilidad administrativa en este ámbito con la que se ofrece en España (7).

## 2. FRANCIA

En Francia, la incorporación y desarrollo en el ordenamiento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha logrado por vía jurisprudencial. La labor constante del Consejo de Estado y de los propios tribunales ha sido, sin lugar a dudas, lo que ha llevado al reconocimiento de la responsabilidad administrativa en este país. Así lo reconoce A. DE LAUBADÈRE cuando señala: «Este progreso es debido a la jurisprudencia del Consejo de Estado: es ella quien ha construido y desarrollado la teoría de las responsabilidades administrativas, al mismo tiempo que desarrollaba y perfeccionaba el control de la legalidad» (8). En este país ninguna ley de ámbito general ha establecido nunca un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración; sólo en ámbitos especiales existían, y existen, normas que establecen el derecho de los particulares a ser resarcidos por los daños que sufran como consecuencia de la actuación de los poderes públicos (9). Han sido las decisiones del Consejo de Estado, que muestran una evolución lenta pero progresiva, las que han llevado a la formulación de una serie de reglas que configuran el régimen de la responsabilidad administrativa.

A mediados del siglo XIX la irresponsabilidad del Estado era la regla, al igual que en el resto de los países europeos, salvo en los casos previstos en la Ley de forma limitada. La única posibilidad con la que cuenta el ciudadano para ver resarcidos los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos es la de demandar al funcionario que ha llevado a cabo la actuación, en aquellos casos en que quepa una imputación personal al mismo, y previa solicitud de autorización al Consejo de Estado, pues sin ella no cabía ningún tipo de demanda contra un funcionario público ante los tribunales ordinarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución del año VIII. Esta autorización sólo se concedía en los casos de falta personal (*faute personnelle*), por lo que la víctima se encontraba con que no podía llevar a cabo su reclamación cuando se trataba de supuestos en los que el funcionario no había incurrido en ningún tipo de falta atribuible a su persona. La indemnización de daños en este momento era poco frecuente, si no excepcional (10). Tras la supresión del precepto que establecía esta garantía para los funcionarios por Decreto

(7) S. MUÑOZ MACHADO, *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, 1994; J. PEMÁN GAVÍN, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, 1994; F. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, 1996, y M. CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanc, 1997.

(8) *Manuel de Droit Administratif*, París, 1978, 11.ª ed. En el mismo sentido, F. P. BENOIT, *El Derecho Administrativo francés*, IEA, 1977, 1.ª ed., pág. 823.

(9) F. P. BENOIT, *El Derecho administrativo francés*, op. cit., pág. 822.

(10) J. MOREAU, *Droit administratif*, Press Universitaires de France, 1989, pág. 367.

de 19 de septiembre de 1870, el Consejo de Estado llegó a la conclusión, a través del *arrêt Blanco* (1873), de que cuando el funcionamiento de un servicio público ha causado un daño a un particular y éste no es consecuencia de la falta personal de un funcionario, nos encontramos ante una falta de servicio (*faute de service*), por lo que debería ser el Estado quien resultase responsable. Esta decisión atribuyó la competencia en materia de responsabilidad del Estado a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo el criterio delimitador el concepto de servicio público (11), señalando también que las disposiciones de Derecho privado resultaban inaplicables cuando se trataba de responsabilidad administrativa, pues los fundamentos de la institución no son los mismos que en el ordenamiento civil. Por lo tanto, era necesario construir un cuerpo de reglas de Derecho Administrativo especiales distintas a las disposiciones del Código Civil. La postura del Consejo de Estado fue en principio prudente, si bien ya en los primeros años de este siglo se pudo afirmar que la regla de la irresponsabilidad del Estado estaba definitivamente abandonada, extendiendo el principio de responsabilidad a todo tipo de servicios, incluso cuando se trataba ya no de actos de gestión, sino de actos de autoridad (*arrêts Zimmermann y Olivier*, 1903; *Tomaso-Grecco*, 1905; *Leontieff*, 1906). La falta del servicio para que diese lugar a la responsabilidad del Estado habría de ser una falta grave (*faute lourde*). A partir del *arrêt Lemonnier*, 1918, se permite el cúmulo de responsabilidades, es decir, que la lesión que sufre el particular pueda ser a la vez consecuencia de una falta personal y de una falta de servicio, pudiendo optar la víctima por acudir a los tribunales contenciosos para reclamar la falta de servicio o a los tribunales ordinarios para reclamar la responsabilidad personal del funcionario.

La falta personal del funcionario es aquella que surge ajena al funcionamiento del servicio o bien que sin ser ajena al mismo implique una actuación dolosa (*faute intentionnelle*) o una negligencia grave (*faute lourde*) (12). La falta de servicio constituye el equivalente al funcionamiento anormal del servicio en Derecho español. El primer problema que se planteó fue determinar el grado de gravedad de la falta exigible para dar lugar a la responsabilidad de la Administración, exigiéndose en un principio la existencia de la falta grave en el funcionamiento del servicio. Sin embargo, en la actualidad se ha impuesto como regla la responsabilidad por falta simple, quedando limitada la falta grave a ámbitos muy específicos pero a la vez muy importantes, como la actividad administrativa de tutela y control o la actividad material de los servicios de policía (13), los servicios fis-

(11) Este avance es ciertamente importante si tenemos en cuenta que el problema de competencia jurisdiccional en España en materia de responsabilidad del Estado llega hasta nuestros días. En Francia los tribunales civiles siguieron conociendo de las acciones de responsabilidad cuando se trataba de responsabilidad de las Administraciones locales hasta 1908, *arrêt Feutry*, en el que se unifica la doctrina también respecto de los entes locales.

(12) A. LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, LGDJ, 1994, 13.ª ed., págs. 847 y ss.

(13) F. MODERNE, *Condena al Estado Francés por la colisión en vuelo de dos aviones españoles sobre su territorio*, núm. 98 de esta REVISTA, 1982, págs. 347 y ss.

cales, los servicios de Correos y Telecomunicaciones y, en el ámbito de la actividad médica y quirúrgica, de los establecimientos públicos hospitalarios. En Francia, si bien no se ha reconocido un sistema de responsabilidad administrativa de carácter objetivo, a diferencia de lo que ocurrió en España desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, sí se admite, al lado del sistema de responsabilidad por falta, un sistema de responsabilidad basado en el riesgo que no exige la existencia de falta en la causación de la lesión y que se aproxima a la responsabilidad con carácter objetivo.

## 2.1. *Evolución de la responsabilidad hospitalaria: de la falta grave a la responsabilidad sin falta*

Al igual que ocurrió en España y en otros países de nuestro entorno, en Francia se parte de una situación en la que el reconocimiento de los supuestos de responsabilidad por actuaciones médicas era muy escaso. El médico en el ejercicio de sus funciones sólo podía ser considerado responsable si causaba un perjuicio mediante una falta evidente, una negligencia o una imprudencia (14), considerándose en todo caso que la obligación de los facultativos hacia sus pacientes era una obligación de medios y no de resultados (15). Esta situación se ha seguido manteniendo en el ámbito privado, pero ha sufrido importantes modificaciones cuando estamos en presencia del funcionamiento del servicio público sanitario. En Francia se consideró desde un primer momento que la responsabilidad médica que se producía en un hospital público no era de ningún modo de origen contractual, sino extracontractual; la ausencia de contrato entre el paciente y el establecimiento hospitalario fue un principio fundamental reconocido tanto por los tribunales administrativos como por los ordinarios, lo cual fue un elemento más a tener en cuenta para eliminar toda posibilidad de responsabilidad sujeta al Derecho Privado por parte del hospital, consideración que se vio reforzada por el hecho de que los establecimientos hospitalarios públicos tuvieron la consideración de personas de Derecho Público, y así lo afirmó la Ley de 31 de diciembre de 1970 (16), en su artículo 20, al ser considerados éstos como organismos de Derecho Público dotados de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

La responsabilidad en el ámbito hospitalario fue en principio una responsabilidad por falta, de acuerdo con la regla general del Derecho Administrativo francés. El Consejo de Estado rechazó en un primer momento todo intento de establecer un sistema de responsabilidad objetiva en el ám-

(14) J. MONTADOR, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Ed. Berger Levrault, 1973, pág. 35.

(15) *Arrêt de la Cour de Cassation* de 20 de mayo de 1936.

(16) La misma consideración les otorgaba el artículo 678 del Código de la Salud Pública de 5 de octubre de 1953 (modificado por los Decretos de 11 de mayo de 1955 y 10 de septiembre de 1956).

bito hospitalario (17). Sin embargo, con carácter excepcional, sí hubo ciertas actuaciones en las que empezó a admitirse poco a poco este tipo de responsabilidad: servicios hospitalarios psiquiátricos, vacunaciones obligatorias o supuestos de transmisión de enfermedades por medio de transfusiones sanguíneas (18). La responsabilidad por falta puede tener su origen bien en una falta grave, bien en una falta simple. Para poder determinar en qué supuestos el Derecho francés exige una u otra en el ámbito de la asistencia sanitaria, será necesario delimitar cuándo la actuación que da lugar a la lesión constituye un acto médico, en cuyo caso se exigirá la existencia de una falta grave para que surja la responsabilidad del hospital, o cuándo se trata de una actuación que no pueda ser considerada como acto médico, sino un acto de cuidados o de organización o funcionamiento del servicio, en cuyo caso bastará la falta simple para que surja la responsabilidad del centro (19). El acto médico para hacer surgir la responsabilidad del centro precisa de una falta grave, ya que se ha venido considerando que las actuaciones médicas tienen lugar en «condiciones difíciles», situación que ya no se hace extensible a los actos de cuidados o a los actos relacionados con el propio funcionamiento del centro (20). Esta distinción causó serios problemas a los pacientes afectados, que se veían obligados a delimitar en cada caso concreto qué tipo de acción había sido la causante del perjuicio sufrido. La distinción entre acto médico y acto de cuidados se hace aún más complicada por el hecho de que en ocasiones un facultativo puede realizar ambos tipos de actos. La delimitación del acto médico en Francia se ha hecho atendiendo a que estemos en presencia de un diagnóstico o de la prescripción de un tratamiento; estos actos tendrían plenamente el calificativo de médicos, mientras que el resto de prestaciones sanitarias se considerarían actos de cuidados (21).

Otra distinción que habrá que hacer en el ámbito del acto médico es determinar cuándo la falta grave es una falta de servicio y cuándo ésta es una falta personal (que no daría lugar a la responsabilidad de la Administración). Para que se entienda que la falta es personal y no de servicio, es necesario que ésta revista tal gravedad que la haga ajena al actuar del propio servicio sanitario; se da cuando el médico actúa de forma dolosa o bien cuando incurre en una negligencia extremadamente grave, «inexcusable e inadmisibles» (22). La mayor parte de los casos de responsabilidad hospita-

(17) *Arrêts* del Consejo de Estado de 18 de mayo de 1938, *Hospices civils de Marseille*, y de 19 de octubre de 1966, *Sieur Irma*.

(18) J. MONTADOR, *La responsabilité...*, op. cit., págs. 109 y ss., y P. FRAISSEX, *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, «La Revue Administrative», núm. 273, 1993, pág. 566.

(19) *Arrêts* de 8 de noviembre de 1935, *Dame Loiseau et dame Philipponneau*. *Recopilation du Conseil d'Etat*, pág. 1020.

(20) E. STAHLBERGER, *Responsabilité administrative et contamination par transfusion sanguine*, «Revue Française de Droit Administratif», 8 (3), 1992, pág. 554.

(21) *Arrêt* de 26 de junio de 1959, *Sieur Rouzet*, donde se establece la distinción entre acto médico y acto de cuidados, atendiendo no a la persona que lo lleva a cabo, sino a su naturaleza. *Recopilation du Conseil d'Etat*, pág. 405.

(22) J. MONTADOR, *La responsabilité...*, op. cit., pág. 66.

laría por actos médicos se deben a un error en el diagnóstico (lo que exige un examen médico insuficiente y defectuoso) o bien a un error en el tratamiento, siempre que no existan dificultades particulares o circunstancias excepcionales (23). Los actos de cuidados, así como los de funcionamiento y organización del servicio, pueden dar lugar a la responsabilidad del centro, bastando para ello la existencia de una falta simple. Son los supuestos de responsabilidad por falta de vigilancia, la falta o insuficiencia de cuidados médicos por carencia de suficientes medios personales, los errores en la administración de medicamentos, realización de pruebas o análisis o el mal estado del material quirúrgico (24).

La responsabilidad sin falta va unida a la teoría del riesgo y al principio de igualdad ante las cargas públicas, y equivaldría a nuestra responsabilidad por funcionamiento normal del servicio. La jurisprudencia francesa ha limitado este sistema a ámbitos específicos entre los que en principio no cabría incluir los servicios hospitalarios, pero ya hemos señalado cómo tampoco se puede afirmar que la responsabilidad sin falta no esté presente en nuestro ámbito de estudio. Así, el Consejo de Estado ha admitido la responsabilidad de la Administración sin falta respecto al personal que presta sus servicios en los centros hospitalarios. Si cualquier miembro del personal de un hospital es víctima de un daño en el ejercicio de sus funciones, está dispensado de probar la falta de la Administración (25). Lo mismo ocurre respecto a los daños causados por las vacunaciones obligatorias contra ciertas enfermedades. En estos supuestos, aunque los tribunales fueron reacios a admitir la responsabilidad sin falta (aunque sí admitieron la presunción de falta), ésta finalmente fue impuesta por el legislador a partir de la Ley 64/643, de 1 de julio, que se incorpora al Código de la Sanidad, y confirmada por la Ley de 26 de mayo de 1975.

En los últimos años, en Francia se ha producido una evolución importante de la jurisprudencia administrativa en materia de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios sanitarios. Los tribunales se han mostrado cada vez menos dispuestos a negar la responsabilidad del hospital, porque no haya podido ser establecida una falta grave en la actuación del médico, lo que ha llevado principalmente a dos consecuencias: por un lado, a una flexibilización del concepto de falta grave; los tribunales al buscar una mayor protección de los pacientes han optado por reconocer faltas graves en la actuación de los servicios médicos de forma menos rigurosa; por otra, se ha impuesto en esta materia la idea de presunción de

(23) *Ibidem*.

(24) P. FRAISSEX, *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, op. cit., págs. 561 y ss.

(25) En relación con la responsabilidad de la Administración frente al personal sanitario, existe una jurisprudencia en Francia que ha reconocido la responsabilidad objetiva del Estado por los daños que sufrieron algunos niños al nacer como consecuencia de la rubéola que habían contraído sus madres mientras prestaban sus servicios en hospitales públicos. Sentencia del Tribunal Administrativo de París de 19 de octubre de 1965 y del Tribunal Administrativo de Orleans de 7 de febrero de 1967, confirmada por la decisión del Consejo de Estado de 6 de noviembre de 1968.

falta (26); en los últimos tiempos la jurisprudencia viene entendiendo que la ausencia de falta grave en el acto médico puede, sin embargo, ser indicio de la existencia de un defectuoso funcionamiento del servicio público que ya sólo exigiría una falta simple para dar lugar a la responsabilidad del hospital (27). Los tribunales han apoyado sus decisiones en el hecho de que las circunstancias del caso «*rélèvent une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature á engager la responsabilité de l'établissement d'hospitalisation*», se entiende que ha tenido que producirse una falta en la organización del servicio de tal naturaleza que dé lugar a la responsabilidad del centro hospitalario. En este sentido cabe señalar lo que ya ha indicado algún autor, que se produce una «desmedicalización» en el sentido de que los tribunales tienden cada vez más a encontrar una falta en la organización del servicio médico que en la actuación del propio médico (28). A la vez, se ha avanzado hacia la inversión de la carga de la prueba en aquellos casos en los que el juez entiende que el paciente se encuentra ante una imposibilidad material de probar la falta en la actuación médica o del servicio, presumiendo la falta en función del resultado causado.

El Tribunal administrativo de apelación de Lyon, en su decisión de 21 de diciembre de 1990 (29), *arrêt Gómez*, va a dar un nuevo paso en esta dirección al admitir un nuevo supuesto de responsabilidad sin falta, considerando que en aquellos casos donde se utilice un tratamiento o técnica terapéutica nuevo en los que sus posibles consecuencias aún no son suficientemente conocidas y dicho tratamiento se aplique sin que existan razones vitales que lo exijan, las consecuencias perjudiciales que de él se deriven para el paciente darían lugar a la responsabilidad hospitalaria con carácter objetivo (30). En este supuesto, un joven de quince años había sido operado de acuerdo con una nueva técnica (método Luqué) con el fin de enderezarle la columna vertebral; el resultado de la operación fue una paraplejía total de los miembros inferiores. El resultado lesivo de esta operación no podría dar lugar a la responsabilidad del hospital de acuerdo con el régimen de responsabilidad vigente, ya que ninguna falta había sido cometida en el transcurso de la operación. Los jueces consideraron, sin embargo, que el uso de una nueva técnica terapéutica en esas condiciones creaba un riesgo especial para el enfermo.

(26) C. MAUGUET y L. TOULET, *Responsabilité de la puissance publique*, «AJDA», de 20 de mayo de 1993, págs. 349 y ss.

(27) *Arrêt Dejous*, de 7 de marzo de 1958, *Recopilation du Conseil d'État*, pág. 153; *arrêt Lastrajoli*, de 13 de julio de 1962, «AJDA», 1962, 1, pág. 543. Más recientemente, en el *arrêt Derridj*, de 22 de diciembre de 1976, *Recopilation du Conseil d'État*, pág. 576, y los *arrêts Cohen*, de 9 de diciembre de 1988, *Recopilation du Conseil d'État*, pág. 431, y *Bailly*, de 1 de marzo de 1989, *Recopilation du Conseil d'État*, pág. 908; *arrêt M y Mme Péllétier*, de 31 de octubre de 1990; *arrêt Maalem*, de 14 de junio de 1991, y *arrêt Mussete*, de 19 de febrero de 1992.

(28) P. FRAISSEX, *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matiere de responsabilité médicale*, op. cit., pág. 562; *vid* la jurisprudencia que cita y comenta.

(29) J. P. JOLGUELET y F. LOLOUM, *Responsabilité de la puissance publique* (comentario doctrinal a esta decisión), «AJDA», 1991, pág. 126.

(30) En España ha hecho referencia a este pronunciamiento S. MUÑOZ MACHADO, *Responsabilidad de los médicos...*, op. cit., pág. 275.

Esta evolución que venimos comentando se ha consolidado definitivamente en la decisión del Consejo de Estado de 10 de abril de 1992 (31), *arrêt M et Mme V.*, donde se suprime la distinción dogmática entre falta grave y falta simple para pasar a defender la existencia solamente del concepto de falta médica. El Consejo de Estado establece así una responsabilidad médica mucho más favorable a las víctimas y simplifica enormemente la labor de prueba de éstas al no tener que probar la existencia de una falta grave en el actuar médico. A partir de este momento es suficiente probar la existencia de una falta que, de acuerdo con las características de la actividad médica, sea suficiente para establecer el nexo de causalidad entre la falta y el perjuicio. En realidad, lo que se ha producido es la unificación del régimen de responsabilidad de los hospitales públicos a favor de la falta simple (32). Esta nueva línea jurisprudencial ha sido adoptada también por la sentencia del Tribunal de apelación de Lyon en su decisión de 9 de julio de 1992 (*AP Marseille et CHR FontPré de Toulon*).

Los últimos avances en este sentido se han producido en relación con los supuestos de contaminación del VIH por medio de transfusiones sanguíneas. Con anterioridad, el Consejo de Estado ya había admitido en algunos casos la responsabilidad sin falta en caso de contagio de enfermedades a través de donaciones de sangre en el caso de los hemofílicos (*arrêt* de 15 de octubre de 1975). En su *arrêt* de 9 de abril de 1993 (33), el Consejo de Estado utiliza un criterio muy amplio de falta grave al admitir la responsabilidad del Estado en los supuestos de contaminación por transfusiones, por entender que estaba suficientemente informado de la existencia del riesgo serio de contaminación y no haber adoptado las medidas suficientes para evitar el contagio. El legislador recogió por medio de la Ley de 31 de diciembre de 1991 la responsabilidad sin falta del Estado, en relación con las personas contaminadas con anticuerpos del SIDA en los centros sanitarios públicos. Anteriormente ya había sido introducida la responsabilidad sin falta en el caso de las investigaciones biomédicas, en las que no se produce beneficio individual directo, en la Ley de 20 de diciembre de 1988, que se recoge en el artículo L. 209-7 del Código de la Salud Pública.

El Consejo de Estado, en su *arrêt* de 31 de diciembre de 1991, *arrêt Bianchi* (34), construye definitivamente un nuevo concepto dentro de la responsabilidad médica, concepto que ya había sido invocado en el *arrêt Gómez* y que consolida la responsabilidad objetiva de la Administración hospitalaria; se trata del *alea* terapéutico o riesgo terapéutico (35). En este caso, M. Bianchi se sometió a una arteriografía vertebral necesaria para el

---

(31) H. LEGAL, *La fin de la faute lourde médicale ou chirurgicale dans le Droit de la responsabilité hospitalière*, op. cit., págs. 571 y ss.

(32) C. MAUGUET y L. TOULET, *Responsabilité de la puissance publique*, op. cit., págs. 349 y ss.

(33) C. MAUGUET y L. TOULET, *Responsabilité de la puissance publique*, op. cit., págs. 345 y ss. y 381.

(34) C. MAUGUET y L. TOULET, *Responsabilité de la puissance publique*, op. cit., págs. 349 y ss. y 383.

(35) D. TRUCHET (coord.), *L'indemnisation de l'alea thérapeutique*, Sirey, 1995.

tratamiento de las continuas caídas de tensión que padecía; al despertar de la anestesia, M. Bianchi sufría una tetraplejía. Sin embargo, ninguna falta pudo establecerse ni en el transcurso de la intervención, ni en la elección del producto de contraste, ni en la dosis de yodo utilizada, ni incluso en la administración de cuidados postoperatorios, por lo que la demanda en principio debía ser rechazada, tal y como hizo en primera instancia el Tribunal Administrativo de Marsella. El Consejo de Estado admitirá la responsabilidad sin falta del hospital, limitando el supuesto de hecho que da lugar a la responsabilidad de forma precisa. Los daños han de ser consecuencia de la actuación médica; además, debe tratarse de daños de extrema gravedad, siendo conocido el riesgo de su producción pero a la vez teniendo éste carácter excepcional y sin que hubiese ninguna razón para pensar que el paciente estaba particularmente expuesto a dicho riesgo. También se exige que las consecuencias dañosas para el paciente no guarden relación alguna con el estado inicial del paciente ni con la evolución previsible de su estado. Respecto al acto médico que causa la lesión, éste ha de ser necesario para el diagnóstico o tratamiento del paciente (36). Se establece así un nuevo concepto en cuanto a la especialidad del daño causado a consecuencia de un tratamiento médico, pues la especialidad se aprecia no por la unicidad del acto, sino por los efectos de un tipo de acto médico sobre el conjunto de los enfermos a los que se aplica dicho acto. El riesgo terapéutico es definido como aquel riesgo en el que su producción es excepcional en función del riesgo habitual del tratamiento, sin que exista ninguna unión con el estado anterior de la víctima, y que tiene como resultado unas consecuencias que revisten una gravedad que va más allá de lo común (37).

## 2.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos*

Francia ha sido el país europeo donde más trascendencia ha tenido el problema de la transmisión del VIH a causa de transfusiones de sangre o empleo de sus derivados. Este asunto ha colocado a varios altos cargos responsables de la Sanidad Nacional ante los tribunales penales (38), y el Centro Nacional de Transfusión de Sangre ha sido condenado por haber distribuido productos sanguíneos sin haber realizado los test de detección del VIH (Tribunal Grand Instance, Bobigny, sentencia de 19 de diciembre de 1990). La República Francesa ha llegado incluso a ser condenada por el

(36) En España esta decisión ha sido comentada por S. MUÑOZ MACHADO, *Responsabilidad de los médicos...*, op. cit., pág. 276.

(37) P. FRAISSEX señala en relación con este caso que este riesgo terapéutico está próximo a la fuerza mayor que, sin embargo, ha sido considerada tradicionalmente como causa de exoneración en la responsabilidad sin falta, resaltando cómo se ha puesto en práctica por parte de los tribunales una protección mayor de los enfermos, en *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, op. cit., pág. 568.

(38) B. MATHIEU, *L'affaire du sang contaminé et la Haute Cour de Justice*, «Revue Française de Droit Constitutionnel», núm. 14, 1993, págs. 307 y ss.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 31 de marzo de 1992, a indemnizar a los herederos de un paciente infectado por el VIH a través de transfusiones practicadas en centros públicos, por no haber adoptado las medidas necesarias para haber prevenido esta situación tan lamentable. La trascendencia del asunto en la opinión pública ha sido enorme, y las autoridades y tribunales se han visto desbordados por el número de reclamaciones que se han producido.

El asunto de la sangre contaminada ha propiciado, como ya hemos señalado, avances importantes en la jurisprudencia sobre responsabilidad por asistencia sanitaria. Los tribunales se han pronunciado de forma contundente en favor de una obligación de resultado por parte de los centros de transfusión y de los hospitales (39), si bien en un principio siguieron fundamentando sus pronunciamientos en la idea de falta, al considerar que la Administración francesa había incurrido en responsabilidad por falta grave en los casos en los que la contaminación de la sangre se hubiese producido entre el 12 de marzo de 1985, fecha en la que se considera que la autoridad ministerial estaba informada a través de una nota interna de la posibilidad real de que en la región de París todos los productos sanguíneos estuviesen contaminados (40), y el 1 de octubre del mismo año, fecha en la que se adoptó la decisión de suprimir los productos sanguíneos no cribados, así la sentencia del Tribunal Administrativo de París de 20 de diciembre de 1991 (41).

Los casos producidos con anterioridad a la fecha de 12 de marzo de 1985 han corrido desigual fortuna, dependiendo de que el tribunal encargado del caso se mantuviese o no fiel al principio de responsabilidad por falta. La jurisprudencia mayoritaria ha seguido la línea marcada por el Tribunal Administrativo de París en el caso *Ojalvo*, sentencia de 4 de mayo de 1988 (42), donde se denegó todo tipo de indemnización ya que la transfusión había tenido lugar el 3 de enero de 1983, por entender que en esta fecha la Administración no tenía conocimiento sobre las medidas necesarias para detectar el VIH en la sangre. Esta misma solución ha sido la seguida por el Tribunal Administrativo de apelación de París en tres sentencias de 29 de diciembre de 1992 (43). Estas resoluciones produjeron una situación

---

(39) C. DALCO y F. TULKENS, «La transmission du virus du sida a l'occasion de transfusions sanguines et la responsabilité civile: enseignements de la jurisprudence française», *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Maison Larcier, Bruselas, 1994, págs. 67 y ss.

(40) J. Y. GANNAC, *Information et responsabilité des autorités publiques dans la contamination des hémophiles*, «Revue Française de Droit Administratif», 10 (3), 1994, págs. 541 y ss.; E. STAHLBERGER, *Responsabilité administrative et contamination...*, págs. 557 y ss.

(41) *Vid.* E. STAHLBERGER, *Responsabilité administrative et contamination...*, op. cit., pág. 565. En esta fecha se dictaron tres sentencias sobre la misma materia; en dos de ellas se denegó la indemnización por entenderse que la transmisión de los anticuerpos del VIH se había producido con anterioridad al período de responsabilidad de la Administración.

(42) Núm. 87-5375/4. *Vid.* el comentario de esta sentencia en J. M. PONTIER, *SIDA, de la responsabilité a la garantié sociale*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 8 (3), 1992, pág. 536.

(43) Sentencias recogidas bajo la dirección de P. BON, *SIDA et responsabilité*, «Revue Française de Droit Administratif», 9 (1), 1993, págs. 145 y ss.

de injusticia patente, pues víctimas que se encontraban en una situación idéntica eran tratadas de forma diferente, en virtud de la fecha en que se había producido la contaminación. Ello ha llevado a que alguna decisión jurisprudencial haya dado los pasos necesarios hacia la responsabilidad por riesgo y haya reconocido el derecho a la indemnización, como las sentencias del Tribunal Administrativo de Marsella de 6 de junio de 1991 y 3 de julio de 1992, en las que se señala que los pacientes fueron sometidos a un riesgo de tal naturaleza que da lugar a la responsabilidad de los servicios públicos hospitalarios. El Consejo de Estado, en su *arrêt* de 9 de abril de 1993, *M et Mme V.*, amplió el período de responsabilidad de la Administración sanitaria y entendió que el Estado era responsable de todas las contaminaciones producidas por la transfusión de productos sanguíneos desde el 22 de noviembre de 1984 y el 20 de octubre de 1985, pues en la primera fecha fue emitido un informe por el doctor Brunet, jefe de epidemiología de la Dirección General de la Salud, informando sobre el riesgo que se corría si se seguían llevando a cabo las transfusiones. A partir de este momento, el Consejo de Estado considera que la autoridad administrativa incumplió con su deber de informar de forma inequívoca de la existencia de un riesgo serio de contaminación, pues esta medida no fue adoptada hasta la emisión de una circular con fecha de 20 de octubre de 1985 (44).

Más recientemente, el Consejo de Estado se ha vuelto a pronunciar sobre la materia y ha admitido la responsabilidad sin falta, en su *arrêt* de 26 de mayo de 1995 (45), llegando a las siguientes conclusiones y marcando así la línea que habrán de seguir los tribunales en los futuros casos que se sustancien ante ellos. En primer lugar, el Consejo de Estado establece que el Estado será responsable por las faltas en las que incurra en el cumplimiento de su función de organización, control y reglamentación del servicio público de la transfusión sanguínea; respecto al Estado se mantiene, por lo tanto, en la responsabilidad por falta, que se entiende bastará con que sea simple. En segundo lugar, los centros de transfusión sanguínea públicos serán responsables de todos los vicios o defectos de los productos por ellos elaborados aunque no hayan incurrido en falta; respecto a éstos se establece una responsabilidad objetiva; finalmente, los hospitales serán responsables de las posibles faltas o negligencias que cometan en la utilización de los productos sanguíneos.

En Francia, ante el gran número de casos de personas contaminadas, se optó también por la reparación vía legal y aunque, en principio, se pen-

---

(44) Este *arrêt* informa de forma favorable la casación de las dos sentencias del Tribunal Administrativo de París de 20 de diciembre de 1991 en las que se denegaba la indemnización por haber tenido lugar las transfusiones con anterioridad al 12 de marzo de 1985. Vid. «AJDA», 20 de mayo de 1993; doctrina y jurisprudencia y el trabajo de P. FRAISSEX, *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, op. cit.

(45) *Arrêt* comentado por S. DAEL, *L'affaire du sang contaminé: la responsabilité des centres de transfusion sanguine*, «Revue Française de Droit Administratif», 11 (4), 1995, págs. 748 y ss.

só en cubrir tan sólo los casos de hemofílicos, la Ley 91/1406, de 21 de diciembre de 1991, estableció la reparación integral de los perjuicios causados a favor de todas las víctimas contaminadas como consecuencia de una transfusión sanguínea. La doctrina francesa (46) se ha preguntado por el fundamento de esta reparación y si nos encontramos ante un verdadero caso de responsabilidad o más bien ante un caso de garantía social. En principio, la idea que prima es la de considerar que la indemnización es la consecuencia normal de la responsabilidad y que, dado el gran número de afectados, se ha acudido a esta vía para reparar los perjuicios causados. La Ley 91/1406 descarta, sin embargo, cualquier idea de falta para fundamentar la indemnización y alude a la solidaridad nacional (47). El artículo 47.I de la misma establece:

*«Las víctimas de perjuicios resultantes de la contaminación del VIH causada por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre realizada sobre el territorio de la República Francesa serán indemnizados.»*

A continuación, en el mismo artículo se señalan los requisitos para que proceda la indemnización y el procedimiento a seguir, aspectos que su vez han sido desarrollados por los Decretos 92/183, de 26 de febrero, y 92/759, de 31 de julio de 1992. En su apartado III, el artículo 47 establece la creación de un Fondo de indemnización al que se dota de personalidad jurídica y que será administrado por una comisión de indemnización. J. M. PONTIER (48) critica el hecho de que la norma no establezca ninguna fecha limitativa del derecho a indemnización, por lo que, a diferencia de la norma española, que sólo ampara a los afectados que hubiesen sido contaminados con anterioridad a que las pruebas de detección del VIH tuviesen carácter obligatorio, todos los afectados podrán reclamar al Fondo la correspondiente indemnización. Otra crítica que se ha hecho es basa en que la norma no aclara nada sobre la posibilidad de que las personas que conviviendo con los afectados hayan sido contaminadas puedan a su vez reclamar, por lo que será el Fondo de indemnización quien en cada caso decida. Por otro lado, no se establece una cantidad fija, sino que la norma establece una reparación integral de los perjuicios. En cuanto al procedimiento de reclamación, decir que las víctimas conservan sus derechos a reclamar por vía judicial contra quien estimen responsable de su contaminación y también podrán reclamar las decisiones que el Fondo adopte sobre su indemnización (art. 47.VIII). En todo caso, las víctimas tendrán que comunicar

(46) J. M. PONTIER, *SIDA, de la responsabilité...*, op. cit., págs. 533 y ss., y E. STAHLBERGER, *Responsabilité administrative et contamination...*, op. cit., págs. 553 y ss.

(47) P. FRYDMAN, *Les incidences de l'intervention du Fonds d'indemnisation sur la détermination du préjudice réparable*, «Revue Française de Droit Administratif», 10 (3), 1994, pág. 554

(48) J. M. PONTIER, *L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA*, «Actualité Législative Dalloz», núm. 5, 1992, págs. 35 y ss.

al Fondo cualquier acción judicial que emprendan o hayan emprendido para reclamar la responsabilidad por los perjuicios causados, para que sea tenido en cuenta a la hora de fijar la indemnización. Del mismo modo, en el caso de que la víctima obtenga con anterioridad a la decisión judicial la indemnización del Fondo deberá comunicarlo al juez (art. 47.VI) (49).

### 2.3. *El problema de la jurisdicción competente*

El hecho de que desde un primer momento los establecimientos hospitalarios públicos contasen con la consideración jurídica de personas de Derecho Público llevó a que les fuesen aplicables sin ningún reparo los principios de la responsabilidad administrativa y a que la competencia para conocer de las reclamaciones de responsabilidad frente a ellos correspondiese a los tribunales administrativos, con plena aplicación de las normas del Derecho Administrativo. Las reclamaciones frente a los hospitales públicos precisarán, por lo tanto, de reclamación previa en vía administrativa, quedando abierta la vía jurisdiccional administrativa en caso de rechazo expreso o bien por silencio (50).

Ello no evitó, sin embargo, que ciertos tribunales civiles sostuviesen la tesis de la competencia civil por el hecho de que los hospitales tuviesen respecto a los pacientes una obligación de seguridad (*L'obligation de sécurité*) (51), por lo que en caso de infracción de esta obligación mediante la producción de un daño sería de aplicación el artículo 1147 del CC francés, apoyados en la idea de que la hospitalización no era una relación a título gratuito y que el enfermo estaba voluntariamente en el establecimiento. Esta postura fue en todo momento minoritaria y en la actualidad los tribunales civiles franceses, a diferencia de lo que ocurre en España, admiten la competencia de los tribunales administrativos ante este tipo de reclamaciones.

En cuanto a los supuestos en los que se demanda al personal sanitario, hay que señalar que éste tiene la misma consideración que los funcionarios públicos y, por lo tanto, la Administración responde de forma directa por las faltas de servicio cometidas por los mismos de acuerdo con el artículo 11 de la Ley de 13 de julio de 1983, donde se establecen los derechos y obligaciones de los funcionarios públicos. En el caso concreto de los médicos se ha producido una evolución lenta hasta su consideración como funcionarios, pues cierta jurisprudencia seguía viendo en la actividad médica desarrollada en los hospitales públicos una prolongación de la actividad privada; sin embargo, hoy tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativa consideran que el médico se encuentra en una situación legal y reglamentaria de Derecho Público, pues participa de forma directa en la

(49) P. FRYDMAN, *Les incidences de l'intervention du Fonds...*, op. cit., págs. 555 y ss.

(50) J. MONTADOR, *La responsabilité...*, op. cit., págs. 18-20.

(51) Vid. J. LEONIS GONZÁLEZ, *La responsabilidad en la medicina intensiva*, op. cit., pág. 40.

prestación de un servicio público, siendo, por lo tanto, competente para conocer de las demandas de responsabilidad contra los médicos cometidas en la prestación del servicio la jurisdicción contencioso-administrativa (52). Sólo en aquellos casos en que la falta pudiera ser calificada de personal cabría que el particular se dirigiese contra el médico ante los tribunales ordinarios, situación poco frecuente pues normalmente suele existir cierta vinculación, aunque sea mínima, con la prestación del servicio, y en este caso el particular ya podría optar por acudir a los tribunales administrativos, si bien la Administración hospitalaria en estos supuestos podrá ejercer la acción de regreso frente al médico (53). La jurisprudencia más reciente ha reducido progresivamente el ámbito de la falta personal en materia sanitaria (54), por lo que la competencia de los tribunales administrativos se puede decir que es casi exclusiva.

Por último, sólo nos queda señalar que la evolución que se ha llevado a cabo por parte de la jurisprudencia administrativa en relación con la responsabilidad hospitalaria, ha puesto de manifiesto las importantes diferencias que existen en cuanto al régimen de responsabilidad que se deriva de la actividad sanitaria en las clínicas privadas y el que se deriva de los servicios sanitarios públicos. Los hospitales públicos tienen un régimen de responsabilidad mucho más favorable para el paciente que el que se da en el ámbito de las clínicas privadas, donde la competencia corresponde a los tribunales ordinarios, que siguen aplicando la responsabilidad por falta (55).

### 3. GRAN BRETAÑA

En Gran Bretaña la asunción de la responsabilidad patrimonial del Estado se produce por vía legislativa, mediante la aprobación del *Crown Proceedings Act*, en 1947. Hasta este momento, la única opción que tenía el ciudadano consistía en la reclamación de responsabilidad al funcionario, al que, a diferencia de lo que ocurría en Francia o en España, podía exigir la responsabilidad sin ninguna autorización administrativa previa. Este sistema resultó medianamente eficaz mientras las actuaciones de la Administración tenían un carácter limitado. En el momento en que estas intervenciones dejan de ser esporádicas, generalizándose a todos los ámbitos de la vida social, la inmunidad del Gobierno, que actúa en nombre de la Corona, resulta intolerable. Las dificultades que surgieron trataron de ser paliadas en un primer momento a través de una ficción jurídica consistente en

---

(52) *Arrêt* del Consejo de Estado de 25 de marzo de 1957, *Chilloux et Isasd Slimane*. *Recopilation du Conseil d'État*, pág. 816.

(53) J. MONTADOR, *La responsabilité...*, op. cit., págs. 21-25.

(54) B. STIRN, *Les conséquences dommageables des interventions en secteur privé hospitalier*, «Revue Française de Droit Administratif», 6 (3), 1990, págs. 457 y ss., comentario a la decisión del Tribunal de Conflictos de 19 de febrero de 1990, caso *M. Hervé*, y la jurisprudencia que en él se cita.

(55) C. MAUGUET y L. TOULET, *Responsabilité de la puissance publique*, op. cit., págs. 349 y ss.

que, en determinados casos, la Administración aceptaba la demanda dirigida contra un funcionario que aparecía como causante del daño (aunque en la gran parte de los casos nada tenía que ver con el mismo), haciéndose cargo del importe de la indemnización y de las costas en caso de condena. La imposibilidad de demandar a la Corona por daños (*torts*), debido a que ésta en ningún caso podía ejercer los poderes de los que disponía de forma irregular o negligente (56), llevó a que durante bastante tiempo se mantuviese esta ficción jurídica. Este sistema fue rechazado definitivamente por la Cámara de los Lores a raíz de la gravedad y repercusión que tuvo el caso *Adams v Nylor*, 1946 (57). A partir de la aprobación del *Crown Proceedings Act*, la Corona responderá por los daños cometidos por sus funcionarios y agentes como si se tratase de una persona privada con plena capacidad (58). El Estado responde por los daños cometidos por sus empleados o agentes, por el incumplimiento de los deberes que una persona debe a sus empleados y agentes por el hecho de ser su empleador, de acuerdo con el *common law*, y por el incumplimiento de los deberes que el *common law* impone al propietario por la ocupación, la posesión y el control de la propiedad; en este último caso el Estado responde por riesgo (*strict liability*).

Es necesario señalar que, pese a que en España se ha mencionado siempre el sistema inglés de responsabilidad como ejemplo de sistema que se ha impuesto a través de la vía legislativa, esta afirmación sólo es cierta en lo que respecta a la Corona, es decir, a la Administración del Estado. La responsabilidad por daños de los gobiernos locales fue reconocida por los tribunales desde el siglo pasado. Las Administraciones locales respondieron por los actos de sus empleados que causaban un daño a los particulares de la misma forma que los empresarios privados respondían por los actos de sus sirvientes (*Cooper v Wandsworth Board of Works*, 1863), siendo en el ámbito local donde verdaderamente se produce el desarrollo de la responsabilidad administrativa en Inglaterra (59). Lo mismo ocurrió con la responsabilidad de las Administraciones instrumentales (*Mersey Docks and Harbour Board Trustees v Gibbs*, 1866). En la actualidad, el sistema de responsabilidad pública en Gran Bretaña sigue anclado en la idea de culpa, si bien es necesario señalar que existen algunos supuestos en los que

(56) H. W. R. WADE y C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1994, 7.ª ed., págs. 819 y ss.

(57) En este caso, unos muchachos que jugaban cerca de un campo de minas se introdujeron en él para recoger una pelota. El campo de minas había sido colocado durante la Segunda Guerra Mundial, quedando oculto por la arena. El resultado fue que uno de los chicos resultó muerto, y los otros dos gravemente heridos. La Corona designó a uno de sus funcionarios como demandado, pero cuando el asunto llegó a la Cámara de los Lores, éstos intentaron responsabilizar al propietario del campo, que, por supuesto, no era el funcionario, sino la Corona. El dogma *the king can do not wrong* hacía imposible la reclamación.

(58) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Civitas, 1984, págs. 156 y ss.

(59) L. A. POMED SÁNCHEZ, *Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho inglés*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 39, 1994, págs. 142 y ss.

cabe la responsabilidad con carácter objetivo (*strict liability*) de los entes públicos. Son aquellos supuestos en los que se llevan a cabo acciones que por sí mismas implican riesgos y que normalmente tienen un carácter peligroso; en la mayor parte de los casos, la responsabilidad objetiva ha sido recogida en la Ley que regula la actividad de que se trate (instalaciones de gas, centrales nucleares, depósitos de residuos radiactivos), si bien es necesario señalar que los tribunales han mantenido una postura muy restrictiva en este campo (60).

La poca nitidez con que el Derecho inglés diferencia el Derecho Público del Derecho Privado ha llevado a que la mayor parte de las reclamaciones contra las Administraciones tengan lugar a través de procedimientos de Derecho Privado (61). Así, la vía más frecuente para la reclamación de responsabilidad a la Administración es la misma que se utiliza cuando el daño es causado por un particular (*action for damages*), es decir, la reclamación de daños y perjuicios. El plazo de prescripción también es común con el de la acción de Derecho Privado; éste es de tres años en los casos de daños de carácter personal, y seis años en los demás casos. El sistema de *judicial review*, que constituye la vía de control por parte de los tribunales de las decisiones y actuaciones de los entes públicos, apenas ha sido utilizado en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque constituiría probablemente el procedimiento más adecuado (62).

### 3.1. *La responsabilidad de los servicios sanitarios: la idea de culpa*

Los tribunales ingleses han exigido como norma una actuación negligente para reconocer la responsabilidad de los médicos y de los servicios sanitarios; sin embargo, en los últimos tiempos, ante el incremento generalizado de las reclamaciones (63), se ha empezado a plantear si no sería más conveniente, tanto para los pacientes como para los propios médicos, adoptar un sistema de responsabilidad objetivo como método más justo y eficaz para indemnizar a los pacientes que han sufrido lesiones como consecuencia del funcionamiento de los servicios médicos (64). Así, desde los años ochenta los médicos vienen reclamando un sistema que compense a los pacientes por cualquier accidente médico que sufran, rechazando y

(60) W. WADE, *Administrative Law*, op. cit., pág. 783. Este autor critica el hecho de que la mayor parte de las decisiones de los tribunales sólo reconocen la responsabilidad cuando previamente el Parlamento ha reconocido el deber de indemnizar en una norma legal.

(61) L. A. POMED SÁNCHEZ, *Algunas notas sobre la responsabilidad...*, op. cit., pág. 144.

(62) W. WADE, *Administrative Law*, op. cit., pág. 688.

(63) C. VINCENT, *Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action*, «Lancet», núm. 343, 1994, pág. 1609.

(64) El coste de las reclamaciones por negligencia médica se ha incrementado de forma espectacular en los últimos años. En 1989 el coste para el NHS fue de 40 millones de libras, que pasaron a 58 millones en 1992, a 75 millones en 1994 y a 125 millones en 1995; en los últimos ocho años se considera que el gasto se ha cuadruplicado. Datos tomados de C. NEDWICK, *Who should we treat?*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 12.

criticando duramente el sistema basado en la culpa o negligencia de los médicos. También alguna decisión jurisprudencial ha llamado la atención sobre este punto; *Whitehouse v Jordan*, 1981, ha apuntado como ejemplo a seguir el modelo sueco (65). El sistema vigente presenta, de acuerdo con JONES, los siguientes inconvenientes: i) el retraso en las resoluciones judiciales de los casos (una media de cinco años ante la *High Court*); ii) el coste de la acción judicial es muy alto en proporción a las cantidades que se vienen otorgando como indemnización; iii) la estimación de la demanda resulta al final un problema de prueba tanto de la negligencia como de la relación de causalidad; iv) el éxito o el fracaso de la demanda resulta imprevisible, porque los resultados son muchas veces arbitrarios, siendo estimados ciertos supuestos y desestimados otros en similares circunstancias (66). Además, el número de demandas estimadas es bastante bajo, entre un treinta y un cuarenta por ciento, mientras que en el resto de reclamaciones de responsabilidad el porcentaje se sitúa en el noventa por ciento (67).

Los deberes del médico hacia el paciente no varían por el hecho de encontrarnos en el sistema sanitario público, si bien es plenamente aceptado que mientras dentro de la medicina privada esos deberes surgen de una relación contractual, en la sanidad pública esos deberes vendrán impuestos por el estatuto jurídico que los regula (*National Health Service and Community Care Act*, 1990). La responsabilidad pública de las autoridades hospitalarias o sanitarias en Gran Bretaña tiene lugar en dos ámbitos: en primer lugar, los hospitales responden de los daños que cause su personal en el ejercicio de sus funciones (*vicarious liability*); en segundo lugar, el hospital responde de todas aquellas faltas que se produzcan en la organización y funcionamiento del servicio, pues en estos casos se entiende que es el propio hospital el que está incumpliendo sus deberes frente al paciente. Respecto a la responsabilidad de la Administración sanitaria por las actuaciones de su personal es necesario señalar que el reconocimiento de dicha responsabilidad es más bien reciente, pues con anterioridad se consideraba que las actuaciones médicas dentro del hospital no estaban sometidas al control de las autoridades de éste; que el médico actuaba discrecionalmente, por lo que no se podía deducir la responsabilidad del centro hospi-

---

(65) En este país se ha establecido un sistema de aseguramiento de las lesiones sufridas por los pacientes del Sistema de Sanidad público de carácter plenamente objetivo y que funciona de forma casi automática. Más que ante un seguro de la Administración, se ha señalado que en este caso estamos ante un seguro del paciente, seguro que le cubre por el simple hecho de ser usuario del Sistema Nacional de Salud. El paciente no está obligado a probar la culpa del médico que le ha atendido, sino tan sólo que ha sufrido un daño a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida y que éste no constituye una consecuencia inevitable de una enfermedad o de su tratamiento necesario. Este sistema de aseguramiento no tiene carácter privado, sino público; la financiación del fondo se lleva a cabo a través de una tasa anual a la que contribuyen todos los condados suecos, considerándose como una prestación más de la Seguridad Social. R. ANGEL YAGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, 1995, pág. 46.

(66) M. A. JONES, *Medical Negligence*, Sweet & Maxwell, 1991 (reimpresión 1993), pág. 6.

(67) AA.VV., *Medical Negligence: Compensation an Accountability*, King's Fund. Institute, 1988, pág. 12.

talario (*Hillyer v Governors of ST Bartolemws Hospital*, 1909). El abandono de esta línea jurisprudencial comienza en *Gold v Essex County Council*, 1942, donde el Tribunal mantiene la responsabilidad del hospital por las lesiones causadas a un paciente por un radiólogo. En esta decisión se establece que los deberes del hospital frente al paciente no se limitan a proporcionar unas instalaciones y unos equipos adecuados, y a seleccionar un personal competente para el ejercicio de sus funciones, sino que debía responder también de toda la actividad médica que se desarrollaba en relación con estos pacientes; se considera que los hospitales tienen un deber (indelegable) de atender y tratar a los pacientes. Esta decisión fue seguida también en *Cassidy v Ministry of Health*, 1951, donde se establece la responsabilidad del hospital por las actuaciones de la totalidad de su personal sanitario, tenga carácter permanente o temporal, se trate de médicos residentes o visitantes, pues aunque en algunos casos no tengan la consideración de funcionarios, sí son agentes públicos de los que se vale el hospital para prestar sus servicios. Las demandas contra los hospitales del *National Health Service* (NHS) se dirigirán contra la Autoridad sanitaria de Distrito, administración a la que corresponderá la defensa del hospital. El *NHS Hospital Trusts* (68) ha establecido capacidad de autogobierno y control para los propios hospitales que se integren en el mismo y los sitúa fuera del control de la Autoridad sanitaria de Distrito, por lo que las demandas podrán ser dirigidas directamente frente al hospital. En cuanto a la responsabilidad que se deriva de la actuación del propio hospital, la jurisprudencia inglesa ha establecido dos supuestos: por un lado, la responsabilidad de la propia organización del servicio; por otro, la responsabilidad derivada de *a non-delegable duty*, de un deber indelegable que sirve para establecer la responsabilidad del hospital respecto a los daños que causan cualquiera de los servicios médicos que contrate para atender el servicio sanitario que corresponde al hospital.

Las demandas exigiendo la responsabilidad del hospital por faltas en la organización del servicio fueron frecuentes en muchas ocasiones para salvar la falta de responsabilidad respecto a su personal. Así, en el caso *Vancouver General Hospital v MacDaniel*, 1934, donde una paciente ingresó en un hospital para ser tratada de difteria y contrajo viruela, la demanda no

---

(68) En 1989 se vio la necesidad de acometer nuevos cambios en el sistema sanitario británico y en este mismo año se presentó el Libro Blanco denominado *Working for patients*, elaborado por el Ministerio de Servicios Sociales, en el que se recogen nuevas fórmulas de gestión con un doble objetivo: por un lado, mejorar el servicio a los pacientes; por otro, recortar unos gastos sanitarios que se consideran excesivos y que muestran un incremento constante. Este informe propone la vuelta a la descentralización, atribuyendo de nuevo funciones a las autoridades locales, pero la mayor reforma consiste en otorgar a los hospitales una mayor autonomía, dirigiendo su propio funcionamiento y agrupándose bajo un sistema de autogobierno, el *National Health Service Hospital Trusts*, que trata de fomentar la competencia entre ellos con el objetivo de mejorar la calidad de los servicios. Muchas de estas propuestas han sido recogidas por la *National Health Service and Community Care Act*, de 1990, ley que supone la reforma más importante que hasta el momento ha sufrido el sistema sanitario británico. Vid. sobre esta reforma S. MUÑOZ MACHADO, *La integración, la formación y la crisis de los servicios sanitarios*; W. WADE, *Administrative Law*, op. cit., pág. 217; C. NEWICK, *Who should we treat?*, op. cit., págs. 43 y ss.

se dirige contra los médicos y enfermeras que le atendieron, sino contra el hospital por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar estos contagios. La responsabilidad del hospital ha sido apreciada por los tribunales en numerosos supuestos en los que éstos no contaban con los equipos médicos adecuados (*Denton v South West Thames Regional Health Authority*, 1980) o por culpa *in eligendo* respecto a la incompetencia manifiesta de su personal (*Wilsher v Essex Area Health Authority*, 1986).

Si bien la responsabilidad de los hospitales sigue siendo una responsabilidad por culpa, se aprecia en algunos casos una ampliación del concepto de negligencia por parte de los tribunales, entendiéndose que existe incluso en los casos de falta leve; así, en *Bull v Devon Area Health Authority*, 1993, en el que el hospital fue declarado responsable por haber establecido un sistema poco fiable de llamadas de asistencia especializada en casos de urgencia. En este caso concreto no se determinó la razón por la cual el sistema había fallado; sin embargo, se dedujo que existió algún tipo de negligencia en el funcionamiento del sistema o bien en la actuación del personal del hospital encargado del mismo, que llevó a que ningún médico especialista se presentase a atender un parto en el que se habían producido complicaciones, causando importantes daños cerebrales al recién nacido.

El hospital debe ajustar su funcionamiento a la reglamentación sanitaria vigente, así como a sus propios reglamentos internos de funcionamiento, constituyendo su incumplimiento una fuente de responsabilidad (*Bergen v Surgeon General Hospital*, 1984). Han sido frecuentes los supuestos de responsabilidad por falta de personal suficiente para atender de forma adecuada y segura a los pacientes (*Laidlaw v Lions Gate Hospital*, 1969) o aquellos en los que se han causado resultados lesivos por permitir que facultativos sin experiencia atendiesen servicios como el de anestesia (*Jones v Manchester Corporation*, 1952; *Wilser v Essex Area Health Authority*, 1986; *Hinfey v Salford Health Authority*, 1993). Los niveles de eficacia en la organización de los servicios hospitalarios deben ser valorados dependiendo de los *standards* profesionales en cada momento (69). Las demandas de responsabilidad contra el hospital deben demostrar que las carencias de personal o en el funcionamiento de los servicios se han debido a una negligencia. No basta con demostrar que los medios materiales o personales eran insuficientes, pues esta carencia puede estar justificada en decisiones o instrucciones emitidas por una autoridad superior (Ministro de Servicios Sociales) sobre la distribución de medios respecto de las cuales el propio hospital no tenga control, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de funcionamiento normal del servicio que no sería resarcible, si bien, de acuerdo con la sección tercera del *National Health Service Act* de 1977, el Ministro competente tiene el deber de facilitar, en la extensión que él considere necesario para hacer frente a todas las demandas de asistencia, la infraestructura hospitalaria, los servicios médicos, medios materiales para

---

(69) Sobre los *standards* de actuación, *vid.* C. NEDWICK, *Who should we treat?*, *op. cit.*, págs. 77 y ss. y 119 y ss.

el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades, así como para la prevención de las mismas.

Sin embargo, cuando se ha intentado hacer valer esta obligación del Ministro ante los tribunales la responsabilidad del mismo no fue admitida (*R. v Secretary of State for Social Services, ex parte Hincks*, 1980). En este caso los demandantes utilizaron el *judicial review* para hacer valer la responsabilidad de la máxima autoridad sanitaria; sin embargo, el tribunal consideró que no se daban las circunstancias necesarias para que se produjese la revisión de la decisión ministerial. En este supuesto, cuatro pacientes que habían estado esperando durante años por una operación ortopédica recurrieron la decisión del Ministro de posponer la creación de una nueva unidad de ortopedia en el hospital local al que estaban adscritos debido a motivos presupuestarios. Los demandantes entendían que el Ministro había incumplido su deber de facilitar una asistencia sanitaria completa en su área de salud. Los tribunales rechazaron el recurso entendiendo que si bien el *National Health Service Act* imponía al Ministro el deber de facilitar todos los medios necesarios para un correcto funcionamiento de los servicios sanitarios, este deber debía entenderse limitado por la disponibilidad presupuestaria con la que se contase en cada momento, sin que dicho deber pudiese ser entendido como un deber absoluto. También fueron rechazados los recursos presentados por los padres de dos niños que reclamaban los medios personales y materiales necesarios para que en un hospital se pudiesen llevar a cabo las operaciones de corazón que precisaban (*R. v Central Birmingham Health Authority, ex parte Walker*, 1987, y *R. v Central Birmingham Health Authority, ex parte Collier*, 1988). Los tribunales rechazaron igualmente en estos casos el *judicial review*, entendiendo que no podían revisar las decisiones del Ministro de Sanidad sobre distribución de recursos y medios, salvo en aquellos supuestos en que dicha distribución entrase dentro del concepto de irrazonable (*unreasonable*) establecido en el caso *Wednesbury* (70) (tan irrazonable que ninguna autoridad sanitaria considerase oportuno hacerlo). En estos dos casos, lo que se pedía por parte de los padres era que los tribunales ordenasen a la Administración sanitaria que llevase a cabo de forma inmediata las operaciones dado el riesgo evidente en que se encontraban los pacientes; sin embargo, los tribunales consideraron que no podían entrar en el ámbito de decisión de la autoridad administrativa sobre las prioridades en las listas de espera, ni sobre los medios personales y materiales de los que dispone un hospital en un momento dado.

En cuanto a la responsabilidad de los hospitales públicos que surge del incumplimiento de sus deberes indelegables puede manifestarse de dos formas. La primera implicaría la responsabilidad del hospital por el deber de tratamiento y de cuidado que tiene frente a los pacientes, lo que impli-

---

(70) *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation*, 1948. Sobre el valor del principio de «razonabilidad» en el Derecho Administrativo inglés, *vid. W. WADE, Law Administrative*, op. cit., págs. 387 y ss. En concreto, sobre su aplicación en materia sanitaria *vid. C. NEDWICK, Who should we treat?*, op. cit., págs. 125 y ss.

caría la responsabilidad por todos los actos de su personal hacia los pacientes; cualquiera de estos actos que suponga una quiebra de ese deber del hospital implicaría la responsabilidad de éste (*Cassidy v Ministry of Health*, 1951); sin embargo, no ocurriría lo mismo en el supuesto de contratación de servicios con clínicas privadas, pues en estos supuestos se entiende que la responsabilidad frente al paciente corresponde a la clínica privada, salvo si el daño se derivase de una orden del hospital o éste hubiese incurrido en negligencia al contratar servicios que no reúnan las condiciones adecuadas para la eficaz prestación del servicio (71). El segundo deber indelegable sería el que se deriva de la obligación estatutaria impuesta por el *National Health Service Act* de 1977 al Ministro competente de facilitar los medios para el funcionamiento de los servicios sanitarios.

En cuanto a los aspectos procedimentales de las reclamaciones por responsabilidad de los servicios sanitarios podemos señalar que existe un plazo de prescripción de tres años, que comienza a contar desde el conocimiento del alcance del daño, no desde que éste se produjo. Hay que señalar que el acceso a los historiales clínicos y registros sanitarios de los pacientes afectados está plenamente garantizado bajo la legislación vigente, que ha querido evitar en la medida de lo posible los problemas de prueba con los que se encuentra el paciente frente a la Administración sanitaria (*Data Protection Act*, 1984; *Access to Medical Reports Act*, 1988, y *Access to Health Records Act*, 1990) (72). También los tribunales han reconocido este derecho incluso atendiendo solamente al *common law* (*R. v Mid Glamorgan FHS* *ex p Martin*, 1994).

Respecto a la cobertura con la que cuentan los médicos que prestan sus servicios en el NHS es necesario señalar que, al poco tiempo de crearse el Sistema Nacional de Salud, se estableció un acuerdo entre el Ministerio de Salud y los seguros médicos a través de la Circular H.M. (1954) 32, en virtud del cual el pago de las indemnizaciones a los particulares se haría entre los demandados (normalmente médicos y el propio centro), mediante un acuerdo entre ellos establecido en cada caso o, a falta de acuerdo, en partes iguales. Se pretendía dotar de un mecanismo formal, aunque no legalmente obligatorio, para reducir los costes de la defensa y al mismo tiempo que esa defensa se organizase de forma única y consensuada frente a los pacientes demandantes. El incremento de las demandas por negligencia médica en los años ochenta ha hecho que el Ministerio de Sanidad británico haya tenido que aumentar las medidas de protección respecto a su personal sanitario. Un primer paso fue asumir los dos tercios del importe de las cuotas del seguro médico ante el espectacular incremento que éstas sufrieron en los últimos tiempos; el segundo paso vino dado por la asunción del coste total de los supuestos de responsabilidad médica dentro del Sistema Nacional de Salud a través de un nuevo acuerdo que ha sustituido

(71) C. NEDWICK, *Who should we treat?*, op. cit., págs. 101 y ss.

(72) Sobre el alcance de los derechos reconocidos a los pacientes bajo estas leyes, vid. M. A. JONES, *Medical Negligence*, op. cit., págs. 385 y ss.; C. NEDWICK, *Who should we treat?*, op. cit., págs. 229 y ss.

al de 1954, el *National Health Service Indemnity*, y que está en vigor desde el 1 de enero de 1990. En estos momentos los médicos que prestan sus servicios dentro del NHS ya no están obligados a estar suscritos a un seguro de responsabilidad médica, ya que las indemnizaciones que se derivasen de sus actuaciones dentro del servicio son asumidas por la propia Administración sanitaria (73).

Aquellos hospitales incluidos en el *NHS Hospital Trusts* no están cubiertos por el acuerdo desde el 1 de abril de 1991, ya que tienen independencia en su gestión económica, por lo que podrán concertar seguros privados para cubrir el riesgo de sus médicos. Por otro lado, es necesario destacar cómo los hospitales integrados en el *NHS Hospital Trusts* que reduzcan el número de casos de responsabilidad serán recompensados con bonificaciones, lo que indudablemente contribuye a que éstos traten de disminuir al máximo los supuestos de riesgo y otorguen una mejor prestación de los servicios a los usuarios. Por otro lado, hay que hacer referencia a un Informe elaborado por la Comisión de revisión del *NHS Complaints Procedures* en 1994, bajo el nombre *Being Heard*, en el que se proponen soluciones alternativas a los procesos judiciales (74), mediante acuerdos entre la Administración y los pacientes a través de comités en los que tengan representación todas las partes implicadas. Con anterioridad hubo otro intento de incluir algún tipo de arbitraje para los casos de negligencia médica. Fue en 1991 cuando se elaboró un informe bajo el título *Arbitration for Medical Negligence in the National Health Service* (75); sin embargo, de momento estas formas de solución de conflicto no se han consolidado. Finalmente, es necesario señalar que los pacientes ingleses cuentan además con una institución a través de la cual pueden canalizar sus demandas y reclamaciones en relación con el funcionamiento de los servicios sanitarios; se trata de una especie de Defensor del Pueblo encargado de velar por el buen funcionamiento del NHS (*The Health Service Ombudsman*) (76), si bien las quejas relacionadas con asuntos en los que haya que valorar una decisión clínica suelen ser rechazadas, admitiéndose en cambio todos los casos relacionados con el funcionamiento u organización del servicio. Al mismo tiempo también desarrolla una labor importante la asociación de víctimas de los accidentes médicos (*Action for Victims of Medical Accidents*), prestando ayuda y asesoramiento a las personas afectadas (77).

---

(73) R. N. PALMER, *United Kingdom Crown Indemnity for Medical Negligence*, «*Medicine and Law*», núm. 11, 1992, págs. 623 y ss.

(74) M. FORSYTHE, *New NHS complaints procedure*, «*British Medical Journal*», núm. 308, 1994, págs. 1315-1316.

(75) Sobre este informe, vid. R. MORGAN, *Medical negligence disputes: alternatives to litigation*, «*British Journal of Obstetrics and Gynaecology*», vol. 101, 1994, págs. 185 y ss.

(76) Sus funciones se encuentran reguladas en el *Health Service Commissioners Act*, 1993.

(77) *Suing the doctor altruism, naked, truth or recompense?*, «*The Lancet*», núm. 343, 1994, pág. 1582.

### 3.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos*

En el Reino Unido, los escasos casos que han llegado a los tribunales por responsabilidad a consecuencia de la transmisión del VIH a través de una transfusión de sangre han sido desestimados. En *Dwan v Farquhar* (1988) (78) se intentó fundamentar la responsabilidad sanitaria en el hecho de que, dos meses antes de producirse la transfusión (mayo 1983), había sido publicado un artículo en un periódico sobre los riesgos que existían de transmisión de los anticuerpos del VIH a través de las transfusiones sanguíneas. El tribunal, siguiendo la doctrina establecida en *Crawford v Charing Cross Hospital* (1953), mantuvo que no había negligencia, por entender que no existe una obligación por parte de los médicos de conocer todas las publicaciones que se dan en el campo de la medicina. En *H. v Royal Alexandra Hospital for Children* (1990) (79) la responsabilidad del hospital se niega acudiendo a otros argumentos; en este caso el tribunal afirmó que aunque el riesgo de transmitir el VIH a través de la sangre contaminada era conocido, en aquel momento no se sabía qué medidas eran necesarias y efectivas para proceder al cribado de la sangre, por lo que existía un cierto nivel de riesgo que se compensaba con la necesidad de que las transfusiones se llevasen a cabo. Se sienta la doctrina de que cuando se da una situación de riesgo para la salud, deben ser valoradas las posibles desventajas derivadas de un tratamiento médico y las que se derivarían para el paciente en el caso de que el tratamiento no se efectuase. Cuando las consecuencias derivadas de la no aplicación del tratamiento sean más graves se debe aplicar al paciente pese al riesgo que exista. En este caso se consideró que las consecuencias derivadas de la no transfusión hubiesen sido más graves que las derivadas del riesgo del contagio del VIH. El caso más importante hasta el momento ha sido *R v HIV Haemophilic Litigation* (1990) (80), por el que el colectivo de hemofílicos que resultó contaminado de VIH por la utilización de productos sanguíneos que habían sido importados demandó al Departamento de Sanidad, al Laboratorio de productos sanguíneos y al Servicio Nacional de Transfusión de Sangre, acusándoles de negligente funcionamiento a la hora de seleccionar los donantes, por no haber analizado los productos sanguíneos de forma que se minimizara cualquier riesgo de infección, por no haber difundido la información necesaria, advirtiendo a los donantes que se encontraban en los grupos de riesgo que se abstuviesen de hacer donaciones de sangre, y por no ser capaces junto al Servicio Nacional de Sanidad de lograr la seguridad suficiente en el control de los productos sanguíneos utilizados. Los demandantes demostraron que parte de la sangre contaminada procedía de América, país en el que el número de casos de SIDA ya era muy alto en el momento en

---

(78) M. A. JONES, *Medical Negligence*, op. cit., pág. 75.

(79) *Ibidem*.

(80) *Ibidem*.

que se adquirieron los productos sanguíneos por parte de las autoridades sanitarias británicas, sin tener en cuenta además que los donantes de sangre en América son remunerados, lo que hace que aumenten las posibilidades de que los donantes se encuentren entre los grupos de riesgo. En este supuesto la Administración, ante la inevitable condena, llegó a un acuerdo indemnizatorio con los afectados antes de que se produjese el juicio (81). En 1991 el número de hemofílicos contaminados con VIH a través de productos sanguíneos se elevaba a 1.217, por lo que el Gobierno se vio obligado a buscar un acuerdo con este colectivo para evitar que las reclamaciones llegasen al ámbito judicial y aprobó la creación de un fondo de ayudas con el objeto de indemnizar a las personas afectadas (*Mac Farlane Trust*). Las cuantías establecidas se fijaron en función de las circunstancias personales de cada afectado (edad, estado civil, número de hijos, etc.), pudiendo ser solicitadas tanto por los afectados como por sus herederos. La mayor parte de los afectados optaron por aceptar las ayudas, ante la falta de seguridad de que el resultado de un proceso judicial les fuese más favorable, pues probar la negligencia y la falta de cumplimiento de los deberes estatutarios del Departamento de Salud a la luz del *National Health Service Act* de 1977, como ya hemos visto, no está exento de dificultades (82).

#### 4. PORTUGAL

En Portugal las primeras referencias a la responsabilidad de la Administración Pública aparecen en las Constituciones del siglo XIX (1822, 1826 y 1838). En estos textos constitucionales, si bien no se consagra la responsabilidad de la Administración frente a los particulares, sin embargo, sí se hace referencia a la problemática de la responsabilidad de los funcionarios públicos a título personal, estableciendo que todos los empleados públicos serán responsables por los errores de oficio y abusos de poder, de conformidad con la Constitución y la Ley, y reconociendo el derecho de todo portugués a exponer ante las Cortes y ante el poder ejecutivo cualquier infracción a la Constitución y de requerir de la autoridad competente la efectiva responsabilidad del infractor. Se reconocen así dos posibles vías para que aparezca la responsabilidad de los funcionarios: una si cometen un «error de oficio» o incurren en abuso de poder, y otra si llevan a cabo un acto ilícito que constituya una infracción de la Constitución. Se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo y estrictamente personal, pues la Administración no responde en ningún caso de los actos de sus funcionarios. Una vez iniciado el siglo XX la regulación constitucional de la responsabilidad administrativa sufre un retroceso, ya que las Constituciones de 1911 y de 1933 la limitan considerablemente aludiendo con carácter general al de-

(81) C. NEDWICK, *Who should we treat?*, op. cit., pág. 98.

(82) C. DYER, *HIV infected haemophiliacs settle*, «British Medical Journal», núm. 302, 1991, pág. 11.

recho de los ciudadanos a la reparación de cualquier lesión efectiva según estipule la Ley.

En cuanto a las previsiones legales, la primera referencia aparece en el Código Civil de 1867, donde se establece la irresponsabilidad de los funcionarios por las pérdidas y daños que causen en el desempeño de las obligaciones que les sean impuestas por la Ley, salvo que de algún modo incurran en algún incumplimiento de la misma. En este caso los empleados públicos serían responsables personalmente de los daños que hubiesen causado con su actuación a los particulares. La doctrina interpretó esta regulación entendiéndolo que los actos practicados por el Estado en el ámbito del Derecho civil (actos de gestión privada) eventualmente podrían llevar a la responsabilidad del mismo frente a los particulares, negando las mismas consecuencias cuando se trataba de actos de gestión pública, de actos de imperio (83). De forma minoritaria, algún sector doctrinal se empezó a cuestionar la idoneidad del sistema, apuntando la necesidad de que en aquellos casos en los que el funcionario actuase de acuerdo con las exigencias de su cargo y causase daños a los particulares fuese el Estado quien respondiese, aproximándose poco a poco a la idea de la responsabilidad objetiva (84). Será en el Decreto 19126, de 16 de diciembre de 1930, que modifica algunos preceptos del Código Civil, donde se reconozca por primera vez la responsabilidad civil del Estado, si bien con carácter solidario con la de sus funcionarios, por los actos que éstos llevasen a cabo en el ejercicio de sus obligaciones cuando excediesen o no cumplieren de algún modo las disposiciones de la ley. La responsabilidad que se reconoce al Estado (y al resto de Administraciones Públicas) es una responsabilidad por actos ilícitos y tiene carácter solidario.

En el Código Administrativo de 1936-40 se establece la responsabilidad de las entidades locales por los actos practicados en contra de la Ley por sus órganos y agentes en el ámbito de sus atribuciones y competencias, y la responsabilidad personal de los titulares de los órganos, agentes o funcionarios de estas entidades por los actos generadores de perjuicios a los particulares que no hayan sido practicados en el ámbito de sus atribuciones y competencias. Aquí ya no se hace referencia a la responsabilidad solidaria, como se hacía en el Código Civil, sino que estamos ante una responsabilidad directa de los entes locales.

En la actualidad, la legislación portuguesa establece un doble sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas atendiendo a la naturaleza del acto que lleve a cabo la Administración. La normativa y la jurisdicción competente serán distintas según estemos ante un acto de «gestión privada» o un acto de «gestión pública» (85), tal y como se recogía en el ar-

(83) M. CAETANO, *Tratado elementar de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1943, pág. 409; M. DE CARVALHO, *Responsabilidade Civil (Excerpto de uma consulta)*, «Gazeta da Relação de Lisboa», año 44, pág. 99.

(84) J. L. MOREIRA DA SILVA, «Da responsabilidade Civil da Administração Pública por actos ilícitos», en la ob. col. *Responsabilidade civil...*, op. cit., pág. 144.

(85) Esta terminología ha sido criticada en la doctrina por entender que reduce toda la actividad de la Administración al concepto unitario de gestión y olvida la distinción

título 41 de nuestra Ley de Régimen Jurídico del Estado de 1957. Si estamos en el primer caso la legislación a aplicar será la contenida en el Código Civil en la redacción dada en el año 1966, siendo competentes para conocer de las posibles demandas los tribunales ordinarios (86). El Código Civil de 1966 no entra a regular con carácter global la responsabilidad de las Administraciones Públicas y creó en su día un vacío legal en todo lo que se refería a los actos de gestión pública de la Administración, que vino a llenar el Decreto-Ley 48051, de 21 de noviembre de 1967, constituyendo éste la legislación aplicable en los casos en los que el acto que causa el daño al particular la Administración fuese de gestión pública.

El Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1967 recoge la responsabilidad de la Administración Pública atendiendo a una triple división de sus actos. En primer lugar, se recoge la responsabilidad del Estado por «actos ilícitos culposos». El Estado y las demás personas públicas responden civilmente ante terceros por los daños causados a éstos resultantes de actos ilícitos culposamente cometidos por los órganos o agentes administrativos en el ejercicio de sus funciones y por causa de este ejercicio (art. 2.1), señalándose la posibilidad de que el Estado ejerza la acción de regreso contra los titulares del órgano o agentes culpables cuando éstos hubiesen actuado con diligencia y celo manifiestamente inferiores a aquellos que estaban obligados por su cargo. La responsabilidad del Estado en este caso es directa. Cuando los daños se hayan producido como consecuencia de actos ilícitos producidos fuera de los límites de las funciones encomendadas a los órganos o agentes, o bien en el ámbito de éstas pero cuando hubieran procedido de forma dolosa, se establece la responsabilidad personal de los órganos u agentes que hubiesen procedido de esta manera, reconociéndose sólo en el caso de actuación dolosa dentro del ámbito de sus competencias y funciones la responsabilidad solidaria de la Administración (art. 3.2). En segundo lugar, se recoge la responsabilidad de la Administración por riesgo, entendiéndose que las Administraciones responden por los perjuicios especiales y anormales resultantes del funcionamiento de servicios administrativos excepcionalmente peligrosos o de cosas y actividades de la misma

---

tradicional entre actos de imperio y actos de gestión, y porque deja al margen todos aquellos actos técnicos y actividades materiales que integran la actividad administrativa y que no son gestión; por todos, D. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, Lisboa, 1984.

En cuanto a la distinción entre actos de gestión pública y actos de gestión privada, la doctrina de forma unánime ha admitido de forma pacífica que los actos de gestión privada serán aquellos sometidos al Derecho Privado, mientras que la gestión pública será la actividad que desarrolle la Administración sometida al Derecho Público, en concreto por leyes que confieran a la Administración poderes de autoridad para la consecución del interés público. M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra 1991, 10.ª ed., pág. 1222.

El Tribunal de Conflictos ha adoptado también este criterio de distinción entre gestión pública y gestión privada y así lo ha hecho constar en los Acuerdos de 5 de noviembre de 1981, «Boletim do Ministério da Justiça», núm. 311, y de 10 de diciembre de 1987, «Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo», núm. 317.

(86) Sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas por actos de gestión privada, vid A. VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora, 1987.

naturaleza, salvo si se probase que existió fuerza mayor extraña al funcionamiento del servicio o culpa de la víctima o de un tercero, siendo en este caso la responsabilidad determinada según el grado de culpa de cada uno. Este supuesto reconoce la responsabilidad objetiva de la Administración, si bien limitada por el hecho de que se requiere que se trate de perjuicios especiales y anormales, que el daño constituya un sacrificio especial y que se derive de actividades «extremadamente» peligrosas (art. 8). Por último, se recoge otro doble supuesto de responsabilidad objetiva: por un lado, la responsabilidad derivada de actos administrativos o actos materiales lícitos que causen perjuicios especiales y anormales a los particulares; por otro, la responsabilidad derivada de actos de las Administraciones realizados en un estado de necesidad o por motivo de imperioso interés público, cuando supongan el sacrificio de un bien o de derechos de terceros (art. 9).

La Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, por su parte, recogió en su artículo 21 (posteriormente, tras la revisión llevada a cabo por la Ley Constitucional 1/82, art. 22) la responsabilidad del Estado y demás entidades públicas, de forma solidaria con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por acciones u omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de este ejercicio, de las que resulte una violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio para un tercero (87), y en el artículo 271 la responsabilidad civil, criminal y disciplinaria de los funcionarios y agentes del Estado y demás entidades públicas por las acciones y omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de ese ejercicio, de las que resulte violación de los derechos o intereses legalmente protegidos de los ciudadanos (88).

#### 4.1. *La responsabilidad por actos médicos practicados en centros sanitarios públicos*

El problema de la responsabilidad de los servicios sanitarios en Portugal no ha merecido, salvo contadas excepciones (89), hasta épocas recientes la atención de la doctrina. El problema más importante que se ha planteado en esta materia es determinar si los servicios sanitarios prestados por los centros hospitalarios públicos constituyen actos de gestión pública o actos de gestión privada de la Administración, cuestión que también ha tenido su debate en España residenciado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Siguiendo al profesor FREITAS DO

(87) La entrada en vigor de la Constitución modificó la interpretación de alguno de los preceptos del Decreto-Ley 48051 en el sentido de que ahora la responsabilidad solidaria de la Administración y sus funcionarios se producirá tanto cuando éstos hayan actuado de forma dolosa como culposa, de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución; así, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de 6 de mayo de 1986, «Boletim do Ministerio da Justiça», núm. 357, 1986, págs. 392-395.

(88) J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição da República portuguesa. Anotada*, Coimbra Editora, 1993, 3.ª ed.

(89) J. SILVA CARNEIRO, *Responsabilidade da administração hospitalar*, «Revista de Direito e de Estudos Sociais», año XIX, 1972, págs. 123 y ss.

AMARAL (90), podemos establecer tres etapas en cuanto a la consideración de esta cuestión. Una primera etapa que llegaría hasta 1979, en la que la legislación no hacía ninguna mención expresa a esta cuestión, por lo que la solución quedó en manos de los tribunales y de la doctrina, que se encontró dividida entre los que defendían que se trataba de un acto de la Administración de gestión privada y los que consideraban que se trataba de un acto de la Administración de gestión pública (91) (ya hemos visto cómo en Portugal en función de esta calificación habremos de aplicar uno u otro régimen de responsabilidad y acudir a una u otra jurisdicción). En todo caso, en estos momentos el Estatuto Hospitalario y el Reglamento General de los Hospitales (aprobados, respectivamente, por los Decretos-Ley 48357 y 48358, ambos de 27 de abril de 1968) establecían con carácter general que son de interés público las actividades ejercidas por la organización hospitalaria, lo que acercaba más la calificación de esta actividad a los actos de gestión pública.

Una segunda etapa vendría marcada por la vigencia de la Ley de Bases del Servicio Nacional de Salud, Ley 56/79, de 15 de septiembre, en cuanto esta Ley se refería de forma expresa a la materia y en su artículo 12 calificaba la responsabilidad por actos médicos practicados en establecimientos públicos de salud como una responsabilidad administrativa por actos de gestión pública. La misma calificación es dada por el Estatuto Médico del mismo año en su artículo 8.3 (Decreto-Ley 373/79, de 8 de septiembre) (92). Este Estatuto, aplicable a todos aquellos médicos que ejercen funciones profesionales en los servicios sanitarios públicos, considera a los médicos como verdaderos funcionarios sometiéndoles en cuanto a su responsabilidad disciplinaria a lo dispuesto en el régimen disciplinario aplicable a todos los funcionarios de las Administraciones Públicas (Decreto-Ley 191-D79, de 25 de junio, Estatuto disciplinario de los Funcionarios y Agentes de la Administración Central, Regional y Local).

La tercera etapa vendría dada por la entrada en vigor de la Ley de Bases de la Salud, Ley 48/90, de 24 de agosto, que omite cualquier referencia a la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios sanitarios, por lo que de nuevo se han vuelto a plantear las dudas. Para algunos, la omisión del legislador significa un cambio de postura y la consideración de la actividad sanitaria de la Administración como un acto de gestión privada; para otros, el legislador ha preferido dejar la cuestión en manos de la doctrina y la jurisprudencia sin hacer ninguna mención sobre la misma. La primera opción ha sido rechazada por entender que si el legislador hubiese

(90) D. FREITAS DO AMARAL, «Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde», *Direito da saúde y bioética*, Lex, 1991.

(91) J. SILVA CARNEIRO, *Responsabilidade da administração hospitalar*, op. cit., pág. 162; en contra, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, separata de «Scientia Iurídica», 1972, que defiende la consideración de los actos médicos en los centros públicos como actos de gestión privada de la Administración.

(92) Así lo reconoce J. FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade médica em Portugal*, op. cit., págs. 32-33, aunque defiende una responsabilidad en términos contractuales entre los hospitales.

tenido la intención de calificar esta actuación como actos de gestión privada lo hubiese manifestado así expresamente (93).

La cuestión, por lo tanto, sigue abierta, si bien la mayor parte de los autores y también los tribunales, a juzgar por las últimas decisiones, han optado por mantener la calificación de la actividad sanitaria realizada por el Servicio Nacional de Salud como actos de gestión pública de la Administración, por lo que los tribunales competentes serán los tribunales administrativos y el régimen de responsabilidad aplicable será el establecido en el Decreto-Ley 48051, de 2 de noviembre de 1967, con la interpretación dada después de la entrada en vigor de la Constitución de 1976. Así, la responsabilidad por los daños causados en la prestación de servicios médicos corresponde de forma solidaria a los centros sanitarios y a los médicos que hayan actuado de forma dolosa o culposa en la prestación de la actividad sanitaria, o a los centros si la falta se debe al funcionamiento o a la organización del servicio. Por otro lado, es necesario señalar que la Ley de Bases de la Salud de 1990 impone por primera vez a los facultativos portugueses la contratación de un seguro que cubra los riesgos en el ejercicio de sus funciones; en opinión de una parte de la doctrina, esta obligación debería haber sido extendida a las instituciones sanitarias públicas (94), y cubrir los daños causados a los pacientes con carácter objetivo, aproximándose al seguro del paciente vigente en Suecia (95).

En cuanto a la jurisprudencia hay que decir que ésta ha sido y es muy escasa y que, por lo general, los tribunales se muestran bastante reticentes a condenar a la Administración sanitaria por las lesiones que sufren los usuarios de la sanidad. El primer pronunciamiento del Supremo Tribunal Administrativo (STA) en materia de responsabilidad hospitalaria es de 14 de febrero de 1980 (96). En este supuesto, un sargento de la Marina demandó al Estado y al médico que le intervino por haberle sometido a una operación quirúrgica de forma ilícita y sin su consentimiento en noviembre de 1970. Los demandados invocaron la incompetencia de los tribunales administrativos por considerar que, al tratarse de un acto médico, éste tendría la consideración de acto de gestión privada y, por lo tanto, la competencia correspondería a los tribunales ordinarios; además, alegaron la imposibilidad de que el tribunal administrativo conociese de la demanda conjunta frente al Estado y a un particular, ya que este último sólo podría ser demandado ante la jurisdicción ordinaria. El Tribunal declara la competencia de los tribunales administrativos para conocer de las demandas de responsabilidad frente a las Administraciones, afirmando el carácter de actos de gestión pública de las actuaciones sanitarias por considerar que

(93) D. FREITAS DO AMARAL, «Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde», *op. cit.*

(94) J. FIGUEIREDO DIAS y J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de lege ferenda*, «Scientia Iurídica», tomo XXXIII, 1984, págs. 100 y ss.

(95) J. SINDE MONTEIRO, «Aspectos particulares da responsabilidade médica», *Direito da saúde y bioética*, Lex, 1991.

(96) «Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo», núm. 223, 1980.

éstas se practican en el ejercicio de funciones públicas y se llevan a cabo en centros públicos, siendo aplicable en estos supuestos el Decreto-Ley 48051 y el régimen de responsabilidad allí establecido; sin embargo, entiende que al tratarse de una demanda conjunta frente a un particular y frente al Estado la competencia de la jurisdicción administrativa no puede ser mantenida respecto al médico, sino tan sólo frente al Estado (97). A idéntica solución llega la decisión del Tribunal de Conflictos de 5 noviembre de 1991 (98), que reviste una especial importancia en la materia que nos ocupa, pues establece de forma clara el carácter de actos de gestión pública de la actividad médica llevada a cabo en centros sanitarios públicos negando su calificación como actos de gestión privada, tanto cuando se imputan a la propia Administración como cuando éstos se realizan por sus funcionarios y agentes. Esta decisión considera como actos de gestión pública aquellos que se integran en el ejercicio de una función del mismo carácter, independientemente que impliquen o no actos de autoridad o de coerción o de que en su ejecución tengan que ser observadas reglas técnicas o de otra naturaleza, y, por lo tanto, los actos llevados a cabo por los facultativos al servicio de un hospital público serán también actos de gestión pública. Al igual que en el caso anterior, el Estado es demandado junto a dos médicos, por lo que se plantea de nuevo el problema de la competencia jurisdiccional, considerando el Tribunal de Conflictos que de igual modo que no se puede negar la competencia de los tribunales administrativos para conocer las demandas por actos de gestión pública, tampoco se puede negar la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de las demandas frente a los funcionarios y los agentes de la Administración, por lo que sostiene que la responsabilidad del Estado, por un lado, y la responsabilidad de los médicos, por otro, deben sustanciarse en sedes jurisdiccionales distintas.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de julio de 1985 se confirma la sentencia del Tribunal de Relación de Coimbra (Civil) de 20 de noviembre de 1984 (99), calificando como actos de gestión pública la actividad realizada por los hospitales públicos y considerando que la demanda de reclamación de responsabilidad de la esposa de un enfermo mental que murió en la huida del hospital debió haber sido rechazada de oficio por falta de competencia del tribunal civil para conocer de la misma al estar dirigida ésta contra el hospital que lo tenía a su cuidado. No habiendo sido rechazada la demanda por incompetencia del tribunal en primera instancia, bien de oficio, bien por denuncia de las partes, el tribunal

(97) El problema de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad, cuando junto a la Administración es demandado un particular, ha quedado definitivamente resuelto a partir de la Ley 129/84, que aprobó el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales, ya que en su artículo 51.1.h) establece la competencia de los Tribunales administrativos para conocer de las acciones sobre responsabilidad civil del Estado y de los demás entes públicos y de los titulares de sus órganos y agentes, por los perjuicios derivados de actos de gestión pública, incluyendo incluso las acciones de regreso del Estado frente a sus funcionarios.

(98) «Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo», núm. 243, 1982.

(99) «Revista da Ordem dos Advogados», año 48, 1988, págs. 511 y ss.

civil entra a conocer y condena al hospital por culpa *in vigilando* de acuerdo con la normativa civil.

En sentencia de 4 de octubre de 1990, el STA condena a un hospital por carecer de médicos de una determinada especialidad y no poder prestar así los cuidados debidos a un enfermo, a quien tuvo que ser amputado su brazo izquierdo. Como señala la sentencia, no estamos en un supuesto de responsabilidad de los propios facultativos, sino que la responsabilidad es imputable al funcionamiento del servicio sanitario, que no fue el adecuado. El Tribunal condena al hospital en virtud del artículo 2.1 del Decreto 48051 por entender que actuó negligentemente en la organización del servicio, considerando que no se prestó el servicio de acuerdo con las normas legales y técnicas sanitarias, ni de acuerdo con la prudencia común que debió ser observada.

La sentencia de 19 de marzo de 1992 del STA niega la indemnización por falta del nexo causal entre los daños sufridos por el paciente y la actuación del hospital. En la argumentación de la sentencia se vuelve una y otra vez a la ausencia de culpa, olvidándose el Tribunal de que también cabría la responsabilidad por riesgo, a pesar de que, como ya hemos señalado, el artículo 8 del Decreto 48051 sí la reconoce. El Tribunal considera que en estos supuestos es necesario que exista una actuación culposa por parte de los servicios médicos, entendida conforme al artículo 6 del Decreto 48051 (100). Este artículo es el único de este Decreto al que se hace alusión en la sentencia, acudiendo en todo lo demás, inexplicablemente, a la normativa del Código Civil. De igual modo, también se deniega la responsabilidad de la Administración en la sentencia del STA de 10 de diciembre de 1992 por falta de culpa de los servicios médicos, si bien en este caso se aplica el Decreto 48051, pero ignorando cualquier alusión a la responsabilidad por riesgo; en el mismo sentido, los pronunciamientos del mismo Tribunal de 13 de julio de 1993 y 9 de marzo de 1995.

La sentencia de 8 de noviembre de 1994 del STA reviste una importancia especial ya que incorpora por primera vez a la jurisprudencia portuguesa sobre esta materia el concepto de falta de servicio (siguiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés) y condena al hospital demandado por entender que se ha producido una ausencia e irregular funcionamiento del servicio, aunque no exista un comportamiento individual censurable por parte del personal sanitario.

A la luz de estas decisiones judiciales cabe concluir que los pronunciamientos, si bien tienen presente el régimen de responsabilidad contenido en el Decreto 48041 de 1967, lo aplican de forma restrictiva, ignorando totalmente la posibilidad que brinda el artículo 8 de reconocer la responsabilidad objetiva de la Administración y rechazando todas aquellas demandas en las que los usuarios no han podido probar la existencia de culpa por

---

(100) Este precepto señala que: «A efectos de esta Ley se consideran ilícitos los actos jurídicos que violan las normas legales y reglamentarias o los principios generales aplicables y los actos materiales que infrinjan estas normas y principios o incluso las reglas de carácter técnico y de prudencia común que deban ser tenidas en cuenta.»

parte de los servicios médicos. A la vez cabe señalar que algunos pronunciamientos aplican la normativa civil sobre responsabilidad, cerrando de este modo cualquier posible intento de aplicar la responsabilidad objetiva en la materia.

#### 4.2. *Responsabilidad por la transmisión del VIH en actuaciones sanitarias en centros públicos*

En Portugal, con fecha de 31 de enero de 1986 fue autorizada la adquisición de lotes de un derivado de sangre utilizado en el tratamiento de hemofilia procedente de un laboratorio austríaco. Desde el año 1985 las autoridades administrativas fueron advertidas de la necesidad de tomar medidas para evitar que las transfusiones de sangre se convirtiesen en un vehículo difusor del VIH. Para ello la importación de los lotes de hemoderivados fue sometida a ciertos controles por una comisión técnica formada por especialistas de inmunohemoterapia. Esta comisión, a pesar de los rumores que existían sobre la posible contaminación de los productos provenientes de Austria, mantuvo la adjudicación del suministro al laboratorio austríaco sometiendo a los pacientes a un riesgo innecesario. El 18 de abril de 1986, el Ministerio de Sanidad hizo públicas una serie de medidas destinadas a garantizar la comprobación y la subsiguiente eliminación de los componentes del VIH que pudieran aparecer en los lotes de sangre, en sus componentes o en los productos fraccionados. En estas medidas se señalaba un plazo de noventa días para su puesta en práctica por todos los servicios sanitarios públicos. A finales de 1986, el Ministerio de Sanidad fue informado de que como resultado de unos análisis de los productos sanguíneos efectuados en Austria se procediese a la no administración de los mismos. Sin embargo, las autoridades esperan al 10 de febrero de 1987 para ordenar la retirada de todos los hospitales de los lotes de productos sanguíneos importados de Austria, fecha en la que éstos ya habían sido utilizados en su totalidad. Como consecuencia de todas estas arbitrariedades han sido numerosos los supuestos pacientes contaminados con los anticuerpos del SIDA, especialmente entre el grupo de población hemofílico.

El Gobierno ha optado, al igual que en España, Francia o Gran Bretaña, por la adopción de un sistema de reparación de los afectados alternativo a la vía judicial, extremadamente lenta en Portugal, que consiste en la celebración de convenios arbitrales con el Estado, estableciendo un plazo de tres meses para que cualquier pretensión de indemnización pueda ser resuelta. El Decreto-Ley 237/93, de 3 de julio, establece un modelo arbitral de reparación limitando su aplicación a los hemofílicos o a sus herederos legales, cuando hayan sido contaminados con el VIH mediante la administración en centros de la sanidad pública de medicamentos derivados del plasma humano que hayan sido importados (art. 1). Por lo tanto, no son amparados el resto de personas que hayan podido ser contaminadas en un centro público y que no sean hemofílicas, o que siéndolo no hayan sido

contaminadas a través de los productos importados. La norma es evidente que está pensada tan sólo para resarcir a las personas contaminadas con los productos importados de Austria, dejando a muchos afectados sin ningún tipo de cobertura. La resolución del procedimiento arbitral corresponderá a un tribunal arbitral constituido en el Centro de Arbitraje Voluntario de la Asociación de Abogados y de acuerdo con las reglas establecidas en el Reglamento del mismo (art. 2) (101). Los árbitros concederán la indemnización de acuerdo con los principios de equidad siempre que sean autorizados a ello, teniendo en cuenta la edad y la responsabilidad familiar del afectado. Los procedimientos se resolverán en un plazo de tres meses, y aquellas personas que tengan un proceso en curso ante un tribunal judicial deberán desistir de su pretensión si quieren someterse al proceso arbitral (art. 3). Los Ministros de Hacienda, Justicia y Sanidad serán los encargados de hacer la propuesta de convención por parte del Estado y se entenderá aceptada esta propuesta mediante la simple declaración de adhesión de los interesados a la misma (art. 4). Con fecha de 14 de septiembre de 1993 fue publicado un despacho conjunto de los tres Ministerios implicados (Hacienda, Sanidad y Justicia), A-30/93-XII, de 27 de agosto, en el que se establecía la propuesta de arbitraje, con un plazo de tres meses para que se adhiriesen todas aquellas personas interesadas. En el anexo de este despacho se establece el máximo de la indemnización, que nunca podrá exceder de 12 millones de escudos (art. 5), y también se designa al árbitro que actuará en representación del Estado (art. 7).

Las críticas vertidas sobre esta norma no se hicieron esperar. La asociación de hemofílicos no se ha sentido nada satisfecha con la solución adoptada por el Gobierno ante un problema tan grave. El primer reproche que se ha hecho a esta norma es la limitación de la protección al grupo de hemofílicos, olvidando al resto de personas que sin ser hemofílicas han podido ser contaminadas como consecuencia de la administración de sangre empleada en transfusiones. Y no todos los hemofílicos entran dentro del ámbito de aplicación de la misma, sino que aquellos que no hayan sido tratados con productos importados tampoco podrán acudir a este modelo arbitral. El Proveedor de Justicia, en su Informe del año 93, considera que el Estado no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado a los que estaba obligado, señalando cómo en agosto de 1986, cuando comenzaron a ser administrados los productos importados, ya estaban en vigor las medidas dictadas el 18 de abril del mismo año y, por lo tanto, los productos sanguíneos debieron ser analizados para asegurarse de que no contenían anticuerpos del VIH. Sólo a partir de principios de 1987 toda la sangre y sus derivados que fuesen destinados a fines terapéuticos fueron analizados para detectar los anticuerpos del SIDA en el Instituto Portugués de Sangre. Para el Proveedor de Justicia, la Administración incurrió en responsabilidad de acuerdo con los artículos 6 y 8 del Decreto-Ley 48051, de 21 de noviembre de 1967, pues al Estado corresponde la obligación de velar porque

---

(101) La Ley de arbitraje voluntario fue dictada el 29 de agosto de 1986, Ley 31/86.

la sangre administrada en sus centros públicos reúna las garantías de calidad e idoneidad necesarias para satisfacer los fines terapéuticos a los que se destina. En cuanto al Decreto-Ley 337/93, señala en primer lugar el retraso con el que se ha dictado esta norma y lo limitado del ámbito de su aplicación. En segundo lugar, se critica la necesidad de autorización para que los árbitros puedan decidir de acuerdo con los principios de equidad, considerando inaceptable que una de las partes que interviene en el arbitraje pueda por vía legislativa limitar la cuantía de la indemnización y calificando la situación de exceso de poder legislativo y de inconstitucional. El Proveedor de Justicia hace una serie de recomendaciones al Estado en este informe, entre las que destaca la asunción por parte del mismo de la responsabilidad por la administración de los productos contaminados a todo tipo de pacientes, estableciendo un sistema de reparación eficaz basado en el principio de solidaridad nacional y de respeto a la dignidad humana. En cuanto a las indemnizaciones se recomienda tener en cuenta la fase en la que se encuentre la enfermedad y deberían ser concedidas por un Fondo creado para este fin con autonomía jurídica, administrativa y financiera (siguiendo el modelo francés). Por último, se sugiere que, junto con los enfermos afectados, tengan derecho a indemnización aquellas personas que como consecuencia de las relaciones familiares con el enfermo hayan sido a su vez afectadas.

A la luz de la distinta realidad que presenta en cada país la responsabilidad de los poderes públicos derivada de la asistencia sanitaria, podemos señalar a modo de conclusión una serie de notas. En Francia los pacientes cuentan con una amplia garantía patrimonial por los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada en centros públicos; a pesar de que no existe un reconocimiento expreso de la responsabilidad de la Administración, el esfuerzo aperturista de los tribunales y del Consejo de Estado ha dado lugar a unos resultados satisfactorios. La eliminación de la exigencia de una falta grave en las actuaciones del personal sanitario, así como la presunción de falta en numerosos casos y la admisión de la indemnizabilidad del riesgo terapéutico, han permitido que la cobertura con la que cuentan los pacientes corresponda con la que se derivaría de un sistema de responsabilidad objetiva. En relación con España creemos que esa cobertura es mayor, pues aunque en nuestro sistema la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos se enuncia con carácter objetivo tanto en la Constitución como en la regulación legal, las decisiones jurisprudenciales, que son las que en último término muestran el amparo real con el que cuentan los ciudadanos, son muy poco proclives a conceder indemnizaciones cuando el funcionamiento de los servicios sanitarios es normal. En Gran Bretaña el sistema jurídico anglosajón ofrece una menor cobertura en cuanto a la responsabilidad de los poderes públicos, responsabilidad que ha de fundarse en una actuación culpable de los entes públicos, salvo raras excepciones. Sin embargo, en el ámbito sanitario, ante el gran impacto social de los casos y un poco por reflejo de lo que está ocurriendo en EE.UU. con la proliferación de las indemnizaciones por mala praxis, los tribunales parecen iniciar una tendencia jurisprudencial más garantista

presumiendo en ocasiones la existencia de culpa para indemnizar los daños derivados de las actuaciones llevadas a cabo en hospitales públicos. Por último, en Portugal, a pesar de que la legislación reconoce la posibilidad de que la responsabilidad patrimonial del Estado tenga carácter objetivo o cuasi-objetivo, los tribunales en muy pocas ocasiones aplican la legalidad vigente en toda su extensión y lo normal es que sólo reconozcan la responsabilidad de la Administración en aquellos supuestos en los que ha mediado una actuación negligente. En el ámbito sanitario los supuestos que han llegado a los tribunales han sido muy escasos, y los que han dado lugar a la responsabilidad de la Administración sanitaria lo son aún más, exigiéndose en todo caso que medie culpa en la actuación médica o en el funcionamiento de los servicios sanitarios. La distinción entre actos de gestión pública y actos de gestión privada en orden a establecer la legislación aplicable y la competencia de los tribunales ha dado lugar a conflictos sobre la competencia jurisdiccional, si bien en la actualidad el Supremo Tribunal Administrativo ha admitido claramente que las actuaciones sanitarias en centros públicos son actos de gestión pública.

