

## Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 31 May. 1999, Rec. 2132/1995

Ponente: González Navarro, Francisco.

LA LEY 11668/1999

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. Exoneración. Fuerza mayor y caso fortuito. Diferenciación jurídica. Necesidad de evitar un mal mayor. Ausencia de antijuricidad en la lesión: inapreciación. Nueva redacción del artículo 141 de la Ley 30/1992. Existencia de «circunstancias no evitables en atención al estado de los conocimientos científicos» en la fecha de la transfusión. Daño efectivo. Asistencia sanitaria. Indemnización obligada al lesionado. PRESCRIPCIÓN. Acciones y derechos. Reclamaciones de daños y perjuicios. Lesiones. Inicio del cómputo del plazo: doctrina jurisprudencial. Momento de determinación de alcance de las secuelas.

### En Contra: ADMINISTRADO.

Madrid, 31 May. 1999.

Visto por la Sala 3.ª del TS el presente recurso de casación que con el núm. 2132/1995, ante la misma pende de resolución. Interpuesto por la representación procesal de D. Miguel Angel L. L., contra la sentencia dictada por la Sala de esta Jurisdicción del TSJ Cantabria, con fecha 24 Ene. 1995, dictada en el Rec. 441/1995. Sobre indemnización por acto sanitario. Siendo parte recurrida el INSALUD.

### Antecedentes de hecho

**Primero:** La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente: «Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo promovido por D. Miguel Angel L. L., contra la resolución desestimatoria por silencio administrativo del INSALUD, de la reclamación patrimonial, sin que proceda hacer mención expresa en materia de costas».

**Segundo:** Notificada la anterior sentencia la representación procesal de D. Miguel Angel L. L., presentó ante la Sala de esta Jurisdicción del TSJ Cantabria, preparando recurso de casación contra la misma. Por propuesta de providencia de 16 Feb. 1995, la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma recurso de casación, admitiéndolo y emplazando a las partes para que comparezcan ante el TS.

**Tercero:** Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la parte recurrente, D. Miguel Angel L. L., formuló escrito de interposición del recurso de casación, en el que expresaron los motivos en que se ampara.

**Cuarto:** Teniendo por interpuesto recurso de casación por esta Sala se da traslado del mismo a la parte recurrida para que en el plazo de 30 días, formalice escrito de oposición.

**Quinto:** Por la parte recurrida, se presenta el escrito de oposición al recurso interpuesto, en el que tras impugnar los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, todo ello con

expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

**Sexto:** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 20 May. 1999, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

### Fundamentos de Derecho

**Primero:** A) En el presente recurso de casación D. Miguel Angel L. L., debidamente representado por Procurador, pide que se anule y deje sin valor ni efecto alguno la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ Cantabria 24 Ene. 1995, dictada en el recurso núm. 441/1995, seguido ante dicha Sala.

B) Dicho recurso había sido interpuesto contra la denegación por acto ficticio (silencio administrativo) de la reclamación que el interesado había dirigido al INSALUD en 15 Nov. 1993 para que éste le indemnizara por lesión causada por acto sanitario.

La sentencia impugnada desestima el recurso por entender que la acción había prescrito.

En el fundamento quinto, la sentencia impugnada dice -en lo que ahora interesa- lo siguiente: «Sin necesidad de mayores pruebas hemos de considerar que el derecho del recurrente se encuentra prescrito. Para ello basta acudir al contenido de la sentencia dictada por la Sala de lo Social de este TSJ, dictada en fecha de 16 Oct. 1990».

**Segundo:** El recurso interpuesto se articula sobre dos motivos, al amparo, uno y otro, del art. 95.1.4.º LJCA:

1.º Infracción del art. 142.5 LRJAP;

2.º Inaplicación de los arts. 106.2 CE, y 139.1 y 144 LRJAP.

**Tercero:** A) La cuestión que se somete al enjuiciamiento de este TS actuando como Sala de casación es estrictamente jurídica: determinar si, como ha decidido la Sala de instancia, se ha producido la prescripción de la acción de responsabilidad ejercitada, o si, por el contrario, y como pretende el recurrente, la acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro de plazo.

Ello no quiere decir, ni dice, que los hechos carezcan en absoluto de interés. Antes al contrario lo tienen necesariamente. Por un lado, porque la apreciación de si se ha producido o no la prescripción obliga a computar un plazo, y ello implica la necesidad de conocer el día inicial dies a quo, el día final dies ad quem, y el valor legal de la medida de tiempo (año, mes, día) en que el plazo viene dado. Y por otro lado porque, caso de que nuestra Sala entienda que la acción ha prescrito será necesario entrar a conocer de la cuestión de fondo en sus distintos aspectos: existencia de daño antijurídico (que es lo que en lenguaje técnico se designa como lesión), imputabilidad de ese daño a la Administración pública (la sanitaria, en el caso que nos ocupa), existencia de nexo causal, y ausencia de causas determinantes de la exclusión de responsabilidad; por último, para el caso de que se demostrase que, efectivamente, la Administración debe indemnizar, es necesario precisar el monto de esa indemnización.

B) Ocurre que la sentencia impugnada no ha considerado necesario dejar establecidos los hechos que considera probados, siquiera hace una remisión a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cantabria que declaró la invalidez del recurrente: la de 16 Oct. 1990, recaída en el Rec. 521/1990, seguido ante dicha Sala, y que aparece a los folios 22 a 23 del expediente administrativo, la cual, de este modo, queda integrada -a los solos efectos de prueba de los hechos- en la que se impugna ante nosotros. Por otra parte, y si fuere necesario para apreciar la existencia o no de prescripción, nuestra Sala podrá acudir al expediente administrativo para averiguar los datos fácticos que a tal efecto necesite conocer.

**Cuarto:** Entrando ya a analizar el primer motivo invocado, conviene empezar por transcribir el art.

142.5 LRJAP que es el que, concretamente, considera infringido el recurrente. Dice así este artículo: «El derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motiva la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

A) Pues bien, como ha quedado ya anticipado más arriba, la sentencia impugnada entiende que el plazo del año para el ejercicio de la acción de responsabilidad debe computarse a partir de la S 16 Oct. 1990 que declaró al recurrente en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual.

Conviene empezar por reproducir la fundamentación de esta sentencia y los hechos que declara probados, pues el recurrente sostiene que no es esa fecha la que debe tomarse como dies a quo para computar dicho plazo, sino la de 9 Mar. 1993 en la que, mediante informe clínico del Servicio de Digestivo, queda precisado de manera definitiva el tipo de hepatitis que padece y la relación causal entre la transfusión sanguínea, que recibió durante la operación a la que tuvo que ser sometido por accidente de trabajo, y la constatación de que había contraído una hepatitis.

Pues bien la mentada sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cantabria declara probados los siguientes hechos: «Primero: El actor, D. Manuel Angel L. L., nacido el 26 Ene. 1942, es ajustador oficial de 1.<sup>a</sup> de la empresa A. de Santander. Segundo: Por R 6 Abr. 1978 es declarado afecto de incapacidad permanente parcial para su profesión de ajustador oficial de 1.<sup>a</sup>, derivada de accidente laboral el 25 Dic. 1975, con la prestación correspondiente a cargo de la Mutualidad Laboral de Siderometalúrgica. Tercero: El cuadro que sirvió de base a la anterior declaración fue: sigue en control de hepatitis que padeció. Dolores de columna con rigidez lumbar, debida a la fractura de la 12 dorsal y la 1.<sup>a</sup> lumbar. Cuarto: Por resolución del INSS de 16 Jun. 1989, se le deniega la revisión por agravación. Quinto: La base reguladora de la Incapacidad Permanente Total es la de 113.783 ptas. Sexto. El actor padece el siguiente cuadro clínico: sufrió accidente de trabajo con fecha 26 Dic. 1975, padeciendo fractura de clavícula izquierda, de omóplato izquierdo, de 5,6 y 7 costillas izquierdas, y fractura aplastamiento de D12 y L1. Fue asistido en Valdecilla y requirió muchos meses de tratamiento. Con fecha 5 Jul. 1978, las Comisiones Técnicas Calificadoras lo declararon inválido permanente parcial, incorporándose a trabajar en un pañol hasta ahora. Además desde entonces esta siendo asistido de una hepatitis crónica. Manifiesta dolores lumbares y de hombro o hemotórax izquierdo además, astenia, hinchazón de vientre, estreñimiento. Se le sigue periódicamente en Digestivo de Hospital Valdecilla. Exploratoriamente: codos y hombros libres. C. Cervical normal. A. cardíaca segundo nudo reforzado. A. Pulmonar: normal. Abdomen sin visceromegalias. Lassegue (-). Flexión lumbar normal. Revisando la historia clínica encontramos, que empezó con un cuadro clínico de hepatitis a finales de Ene. 1976 o principios de Feb. 1976, desde entonces continuó con cifras persistentemente elevadas de transaminasas por lo que se planteó la realización de una biopsia hepática que se hizo en 1978 poniendo de manifiesto una hepatitis crónica persistente HBsAg negativa. En el año 1980 se practicó nueva biopsia con laparoscopia siendo el resultado el mismo. Ha seguido en revisiones hasta la actualidad persistiendo las pruebas de función hepática alteradas. En 1984 en estudio radiológico gastroduodenal se encontró una hernia de hiato por deslizamiento. En informe que aporta el enfermo de un traumatólogo privado se descubre el cuadro radiológico óseo como secuelas de fractura por aplastamiento de D12 y L1. Juicio clínico: hepatitis crónica persistente, probablemente no B. Aplastamiento D12 y L1. Hernia de hiato. Se requirió a la Inspección de Area sanitaria la ficha P.14 de control de ILT del asegurado encontrándose desde 1978 (el 1 Feb. 1978) al menos 10 procesos de ILT por enfermedad común con el diagnóstico "Hepatopatía". Dado que el art. 84.2 LSS considera como accidente de trabajo "las enfermedades intercurrentes IV. que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado al paciente para su curación" y teniendo en cuenta que la hepatitis tipo no A no B se trasmite generalmente por vía parenteral y que en este caso apareció al menos 1 mes después de su ingreso en el hospital por el

accidente trabajo. Considerados que es también consecuencia del accidente de trabajo y por tanto su tratamiento, ILT tec..., (sic) debe ser a cargo de la Mutua correspondiente. Juicio clínico laboral: en este caso el enfermo mismo considera como la más invalidante su patología digestiva. La hepatitis crónica persistente generalmente es de buen pronóstico y sintomatología que puede dar fundamentalmente en astenia. Esto junto con las secuelas de columna vertebral puede limitar de moderado a gran esfuerzo físico. En relación con el momento en que lo declararon inválido permanente parcial no creemos que haya cambiado nada, tenía una hepatitis crónica entonces y la tiene a hora».

La misma sentencia, en el fundamento único dice esto: «Según el dictamen de la unidad médica de Valoración de Incapacidades, transcrito en el relato de los hechos probados, el actor recurrente padece, además de la deficiencia vertebral derivada de accidente de trabajo ocurrido en Dic. 1975 y determinante de invalidez parcial, una hepatitis crónica persistente iniciada al mes de su internamiento hospitalario con motivo del accidente, de probable origen parenteral, que ha dado lugar a numerosos períodos de incapacidad laboral transitoria (diez, al menos, desde 1978), aunque por enfermedad común, y que produce un efecto de astenia. Las secuelas del accidente laboral, por fractura de 12.ª dorsal y 1.ª lumbar, son causas de rigidez dolorosa de la columna. Padece, además, hernia de hiato. Sin que se controvierta la relación de la dolencia hepática con el accidente de trabajo, por su origen presumible en la hospitalización para el tratamiento de las lesiones padecidas en el mismo y consiguiente operatividad de la presunción contenida en el art. 84.2 g) LSS, la cuestión se plantea, pues, como una revisión del grado de invalidez parcial anteriormente reconocido por las secuelas del accidente. La evidente agravación, exigida al efecto por el art. 145, revela un estado físico conjunto que, con superior trascendencia funcional de la dolencia hepática, debe ser incluido en el concepto de la invalidez permanente total del art. 135.4 de la misma Ley, ya que así resulta de la astenia y numerosas bajas laborales que ocasiona la hepatitis, sin que deba omitirse la adicional influencia de la hernia de hiato ni, obviamente, la limitación vertebral de origen directamente traumático, dado que tal patología es incompatible con los esfuerzos físicos, incluso moderados, que comporta la profesión de oficial de 1.ª ajustador en un astillero, como así viene informado médicamente en el propio dictamen acogido en los hechos probados».

A los folios 25 y 24 figuran dos informes clínicos: uno (folio 25) es de 29 Jul. 1993 en el que consta, en lo que ahora importa, lo siguiente: «Miguel Angel L. L. (...) paciente de 52 años, visto en nuestro servicio desde 1976 por hepatopatía crónica (...) Diagnóstico: hepatitis crónica activa VHC positiva (...) Tratamiento. Se inició tratamiento con Interferón 3.000.000, tres veces por semana que hubo que suspender por mala tolerancia del paciente. Seguirá en control en la consulta de Digestivo tal como se le ha indicado». El otro informe clínico es de 7 Mar. 1993 (folio 259) dice, en lo que aquí importa esto: «Miguel Angel L. L. (...) paciente de 52 años, sin hábitos tóxicos, con antecedentes de (...) politraumatismo secundario a accidente laboral en 1975, que precisó transfusión sanguínea, con hipertransaminasa desde entonces. En 1978 y 1980, biopsia hepática que mostró hepatitis crónica persistente. Actualmente anti VHC positivo. Ingresa para biopsia hepática (...) Diagnóstico: hepatitis crónica persistente anti VHC positiva».

Cuatro años antes se le había hecho otro estudio y en el informe clínico correspondiente, que figura al folio 21 se puede leer, en lo que aquí interesa, lo siguiente: «El enfermo fue controlado en consulta y dado que las pruebas de función hepática no se normalizaron a lo largo de un año, manteniendo transaminasas de Got 200, se planteó la realización de una biopsia hepática la cual se llevó a cabo en el año 1978 poniendo de manifiesto una hepatitis crónica persistente HBsAg negativo. En el año 1980 ante la persistencia de la alteración de las pruebas de función hepática hipergammaglobulinemia se realizó nueva biopsia hepática en esta ocasión con laparoscopia, confirmándose el diagnóstico de hepatitis crónica persistente. Desde esa fecha hasta la actualidad ha sido revisado anualmente persistiendo las pruebas de función hepática alterada».

La historia clínica completa figura en autos en el ramo de prueba correspondiente.

Por último, es la propia Administración la que reconoce de manera indubitada la relación de causa a efecto entre la transfusión de sangre administrada durante la intervención quirúrgica y el haber contraído la hepatitis. Así, al folio 2 del expediente administrativo, en el informe que emite el Subdirector provincial de Asistencia sanitaria: «... del último informe clínico del Servicio de Digestivo del que puede desprenderse la relación causal entre transfusión sanguínea y hepatitis, y su estado actual...». Y luego, para justificar la improcedencia de declarar responsable al personal sanitario que intervino en los hechos advierte que, teniendo en cuenta «que aproximadamente el 80% de las hepatitis postransfusionales son producidas por el virus C, cuyo test diagnóstico no apareció hasta el año 1988, ello no constituye ninguna negligencia médica, ni siquiera a título de culpa, pues dicho hospital ha puesto todos los procedimientos de profilaxis de utilización de sangre y hemoderivados existentes en aquel momento, acreditados y con una práctica médica, por parte del personal sanitario, acorde con el buen proceder de aquel nivel de conocimiento de la ciencia».

Como se ve -y dejando para después el análisis del problema, al que también alude el párrafo, de la eventual imputabilidad de una responsabilidad objetiva que es aquí la exigible- es claro que la Administración admite la existencia del nexo causal.

B) De la exposición que antecede resulta claro que la hepatitis la contrajo como consecuencia de acto sanitario y que la verdadera naturaleza de las secuelas no se diagnostica de manera definitiva hasta 7 Mar. 1993.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la expresa referencia a las secuelas y determinación de su alcance que se hace en el art. 142.5 LRJAP cuya infracción invoca el recurrente, es patente que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción no puede ser la de la declaración de invalidez total, sino la del diagnóstico citado: 7 Mar. 1993. Al respecto importa tener presente la doctrina jurisprudencial aplicable que queda razonablemente sintetizada en lo que sigue:

TS S 8 Jul. 1983: «a) La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del dies a quo del plazo de un año a los efectos del núm. 2.º art. 1968 CC y del art. 1969, hay que atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido».

b) TS S 9 Abr. 1985: «... sin que sea apreciable la alegación de caducidad de la acción por transcurso de más de un año desde el hecho que motivó la reclamación -art. 122.2 LEF-, pues se estima que la actuación causante del daño es de carácter continuado e ininterrumpido, y ha durado hasta el momento del planteamiento del pleito; por lo que en realidad no había transcurrido plazo alguno desde la producción hasta la reclamación».

c) TS S 28 Abr. 1987: «... hay que considerar que el precepto citado (art. 40 LRJAE) se refiere a un caso de prescripción, tal como establecía ya el art. 122 LEF, y no de caducidad, por lo que ese plazo puede interrumpirse; y consecuentemente con ese criterio no cabe atender sin más al hecho motivador como punto inicial del plazo, sino que éste empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos (...), que es cuando hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance, lo que es coincidente con el principio de la actio nata recogido en el art. 1969 CC».

d) TS S 1 Jun. 1988: «... no puede confundirse el hecho-origen con sus simples consecuencias, por ser éstas el objeto de la indemnización a que aquél da origen».

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

f) TS S 26 May. 1994: «... y al inicio del cómputo ha de fijarlo el juzgador con arreglo a las normas

de la sana crítica, e indicando la de 17 Jun. 1989, que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo dies a quo la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo del quebranto padecido».

C) A la vista de cuanto queda expuesto, es claro que el motivo primero debe prosperar. Y como ello determina, sin más, la necesidad de anular la sentencia que no entró en el fondo del asunto pues estimó que la acción había prescrito, resulta innecesario analizar el segundo motivo invocado y hay que entrar a examinar ya la cuestión de fondo: procedencia o no de dar la indemnización solicitada.

**Quinto:** En esta tesitura lo primero que hay que determinar es si concurre causa de fuerza mayor determinante de exclusión de la responsabilidad.

A) Al respecto debe decirse que la prueba de la existencia de causa de fuerza mayor corresponde a la Administración, la cual, sin embargo, al contestar la demanda no solicitó recibimiento a prueba, y luego, en el trámite de prueba abierto a solicitud del demandante, se limitó a solicitar (folio 88 de los autos) que se tenga por reproducido el expediente administrativo aportado a las actuaciones.

Es cierto que, como ha alegado el INSALUD, los conocimientos médicos sobre hematología y hemoterapia eran en 1975 muy distintos de los de hoy. Pero ello no permite sostener que en el caso que nos ocupa que hay fuerza mayor cuyo concepto el informe citado hace un momento parece que identifica (Cfr. folio 3) con el caso fortuito y uno y otro con la imposibilidad de prever el resultado.

Por eso -y sin perjuicio de lo que luego se dirá también acerca del estado de los conocimientos científicos en la materia en la fecha de la transfusión de que se trata- importa recordar -y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia- que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la TS S 11 Dic. 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la TS S 23 May. 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: TS S 19 Abr. 1997 (apelación 1075/1992).

B) Establecido que en el caso de autos no puede hablarse de fuerza mayor en la producción del resultado, debe ahora determinarse la trascendencia de la alegación del INSALUD sobre los conocimientos médicos en la fecha en que tuvieron lugar los actos médicos a los que se anuda la responsabilidad patrimonial que se demanda. Y esto no sólo por agotar el razonamiento, sino también por la conveniencia de examinar el problema con la nueva luz que aporta la nueva redacción dada al art. 141.1 LRJAP por la reciente L 4/1999 de 13 Ene., que ha modificado la L 30/1992. No es que pretendamos que este nuevo texto deba aplicarse con efecto retroactivo -esto debe quedar claro- sino simplemente constatar que lo que hace es positivizar (esto es: convertir en derecho positivo, o sea, en derecho «puesto», en derecho escrito) un principio que estaba ya latente (es decir oculto, escondido; que latente -contra lo que a veces se cree- no deriva de latir, sino del vocablo latino «latere», que significa esconderse) en la regulación anterior. Pues bien, lo que ahora puede leerse en

el nuevo art. 141.1 inciso 2.º LRJAP, es esto: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos...».

a) Pues bien, lo primero que hay que decir es que no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración, la cual no la ha intentado siquiera según queda dicho. Porque, como nuestra Sala tiene dicho en S 15 Dic. 1997, «el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia».

b) Pero puesto que el INSALUD invoca como argumento una Orden de 4 Dic. 1985 subrayando, además, que esa Orden es posterior al hecho de la transfusión en diez años, resulta necesario recordar que tendría que haber citado también, y con preferencia, el D 26 Jun. 1975 que regula la hemodonación y los Bancos de sangre, el cual derogó otro anterior de 1965, y ha sido derogado, a su vez, por el RD 1945/1985 de 9 Oct. Porque lo que hay que demostrar aquí -demostración que no ha hecho la Administración que era quien tenía que hacerlo- no es sólo la evolución de los conocimientos científicos sobre la hepatitis sino también el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha en que la transfusión se practicó: 25 Dic. 1975. Y tanto si es el Decreto de 1965 como si lo es el de 1975 el que debemos tener en cuenta, lo cierto es que los Bancos de sangre existían y estaban regulados de manera muy precisa en esa fecha. Y lo que se necesitaría saber también es de dónde procedía la sangre que se empleó en la transfusión, si esa sangre reunía las condiciones de calidad que esas dos normas y, por supuesto, también la posterior de 1985, exigen, en qué condiciones se llevó a cabo la extracción de la sangre que luego pasó al correspondiente Banco de sangre que posteriormente lo serviría al Centro quirúrgico, etc. Es abundante la información que, a quienes somos profanos en la materia, proporciona la lectura de esas disposiciones de 1965 y 1975.

c) En todo caso, no puede aceptarse que se utilicen afirmaciones como ésta (folio 68 de los autos, contestación a la demanda): «La Orden de 4 Dic. 1985 (10 años posterior a la fecha de la pretendida transfusión) regula la hemodonación y Bancos de sangre...» Esto es verdad, pero la regulación de la hemodonación y Bancos de sangre viene de bastante más atrás como lo prueban esos dos Decretos que acabamos de citar. Y es el caso que ese Decreto de 1965 (o sea: veinte años antes de la fecha en que la Administración pretende situar la aparición de la regulación de los Bancos de sangre) decía ya en su Preámbulo que, entre otras finalidades pretendía «adoptar, sin demora, las medidas conducentes a garantizar la salud del dador de la sangre y del receptor de ésta y de sus derivados...» . Y en ese mismo Preámbulo se proclama el carácter de «sistema» (esto es, de totalidad organizada, en definitiva, de unidad de una pluralidad) que tiene la red de Bancos que se crea. He aquí las palabras que emplea el Decreto citado: «El derecho hasta hoy vigente, en materia de hemoterapia, está formado por una diversidad de disposiciones inconexas, dictadas para resolver problemas de cada momento, en las que no llega a encontrarse el eje o idea fundamental que vertebrar un sistema. La legislación actual, por ello, impide organizar el servicio con ese sentido de totalidad integradora que exige la satisfacción de las necesidades nacionales, ya que las actividades que al amparo de tal normativa se han venido desarrollando han surgido y crecido anárquicamente. Es, pues, de toda precisión integrarlas, de manera que a ellas se unan las que en el futuro se creen, en un conjunto

solidario en cuanto a la función a desarrollar, idea a la que responde la creación de una red nacional de Bancos de sangre, sean o no oficiales». Y a continuación añade que la regulación que contiene se limita «a las directrices ordenadoras fundamentales, dejando el lado estrictamente técnico de la cuestión al criterio del M.<sup>o</sup> Gobernación, a fin de que pueda establecer como imperativas las normas que la ciencia señale en cada momento para la realización de esta clase de actividades». En el art. 1.1, describe las operaciones sanitarias que constituyen la materia regulada: «Las operaciones de extracción de sangre humana -con las excepciones que a continuación se indican-, las de obtención de fracciones y subfracciones, las de transformación de una y otras, así como las de conservación, almacenamiento, distribución y suministro de todas ellas, sólo podrán realizarse por los Bancos de sangre autorizados. La totalidad de ellos integrará la red nacional que se crea por el presente Decreto, simplemente como agrupación de esos servicios sometidos al régimen que se establece en esta disposición». Y en el art. 2, hablando ya de la red nacional de Bancos de sangre, dice que «los Bancos integrados en la misma -previa la correspondiente autorización- quedan solidariamente ligados en el cumplimiento de su función, coordinándose y completándose recíprocamente». El art. 10.2 ordena que «cada una de las extracciones se inscribirá por el Banco que la realice, tanto en el carné de hemodador -anotando en él: fecha, resultado de las determinaciones de hematíes y hemoglobina, que queda obligado a practicarle previamente a las mismas, y volumen de sangre extraída- como en un Registro que destinará a tal fin, en el que habrá de reseñar el nombre y apellidos del hemodador y número de su carné, además de los mismos datos que ha de anotar en este último». Y, por último, merece recordar también lo que ya en aquella fecha decía el art. 13.1: «El suministro de sangre y productos derivados deberá realizarse con sujeción a las normas técnicas dictadas por el M.<sup>o</sup> Gobernación, tanto en lo que se refiere a su calidad, conservación y transporte como a las garantías que han de cumplirse para impedir la adulteración o sustitución del contenido de los envases».

Toda esta regulación -repetimos- estaba en vigor veinte años antes de la fecha que cita la Administración. Por lo demás no consta -ni alegado ni probado- que se haya hecho el menor esfuerzo por traer a los autos datos convincentes acerca de los extremos que -sin propósito de exhaustividad- hemos consignado más arriba.

d) Y debe advertirse, además, que «estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes» no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta -la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico [Cfr. por ejemplo, la Directiva 94/15/CE, de la Comisión, por la que se adapta al progreso técnico por primera vez (sic) la Directiva 90 /220/CE, del Consejo, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; una norma sumamente previsor, como se ve, pues da por supuesto que el progreso técnico obligará a hacer nuevas «adaptaciones»]. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso. Y conviene tomar nota de que el art. 141 LRJAP, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas.

La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia (cuando ésta ha sido ya hecha) o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido -conviene advertirlo- de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse, por ejemplo, cuando el hombre conoce sólo los

efectos de un fenómeno pero no sus causas; pese a ello, el hombre tendrá que enfrentarse con esos hechos, aunque -precisamente porque no posee la ciencia- deberá hacerlo a través de meros tanteos y de intuiciones más o menos certeras; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico. La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese, también que el precepto habla de «estado» de esa ciencia y de «estado» de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable -imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de «adelanto» de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una «ganancia», aunque los hechos, en ocasiones, vengan a desmentir esa creencia. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su «avance» constante, pasan por diversos «estados» cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica -analizando la serie completa de esos distintos «estados»- o sincrónica -estudiando un «estado» determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado-. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico -que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica- hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen -y engendran- otras teorías. Una teoría de teorías es lo que, utilizando un lenguaje filosófico, se llama «paradigma», que es tanto como decir teoría matriz, teoría capaz de generar otras teorías. Y tan cierto es esto que el descubrimiento de un nuevo paradigma -el «código genético», en biología-, o la sustitución de un paradigma por otro -abandono de la teoría geocéntrica y subsiguiente conversión a la teoría heliocéntrica, en astronomía- produce una verdadera revolución «científica», obligando a reescribir los manuales al uso.

Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los Tribunales de Justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el número art. 141.1 inciso 2.º LRJAP, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido.

e) Pero los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas derivada de acto médico no se agotan con lo dicho. Porque hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor. En tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva. Lo cual no quiere decir que estemos ante una ampliación del concepto de caso fortuito, sino que la razón hay que buscarla en la no ilicitud del resultado, es decir en la ausencia de antijuridicidad de la lesión, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, estableciendo que en tales casos, y sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación.

C) Conectando al supuesto que se debate en este pleito todo lo que se acaba de decir -en particular sobre esas unidades jurídicas diferenciadas que son la fuerza mayor y el caso fortuito así como sobre esos conceptos jurídicos indeterminados introducidos por el nuevo art. 141 LRJAP- es obligado concluir que ni ha habido fuerza mayor ni cabe hablar de ausencia de antijuridicidad de la lesión ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo -la Administración- la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo; y el caso fortuito, aun admitiendo que exista, no es bastante para enervar la responsabilidad

demandada a la Administración.

En consecuencia estando probado que el acto médico o sanitario de la transfusión ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración. Y como ese daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio, o sea lo que la ley llama lesión, por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado.

Todo lo cual se halla en perfecta coherencia con la teoría directriz, matriz disciplinar o paradigma (tomando esta palabra en su sentido filosófico: teoría de teorías) de la responsabilidad objetiva, que inspira nuestro vigente derecho administrativo desde hace casi 50 años, conforme a la cual la antijuridicidad se predica del efecto o resultado dañoso, y no del sujeto que causa ese daño. Y lo objetivo aquí es que el enfermo ingresó en el centro médico con un politraumatismo y salió con las secuelas propias del accidente y, además, con una hepatitis derivada de la transfusión. El hecho puede ser fortuito, pero del caso fortuito responde la Administración, aunque obviamente no quepa imputar aquí, por lo que nos consta, culpa alguna al personal sanitario. Y es sabido que para exigir responsabilidad extracontractual a la Administración pública no hace falta que medie culpa. Precisamente porque el ordenamiento la configura como responsabilidad objetiva.

D) Hay entonces que fijar el quantum de la indemnización a pagar. A cuyo efecto, hay que empezar por decir que el recurrente, en el suplico de su recurso, centra este aspecto de su reclamación en los siguientes términos: «... declare el derecho de mi mandante, D. Miguel L. L., a ser indemnizado por el INSALUD, dependiente del M.º Sanidad y Consumo, en la cantidad de 25.000.000 ptas. por los daños causados, condenando a dicha entidad a estar y pasar por dicha declaración y a que abone a mi mandante la expresada cantidad o la que se fije, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa y las costas». Una fórmula que reiteró luego en el recurso de casación con la única variación de insertar la siguiente frase después de precisar la cuantía en 25.000.000 ptas.: «... u otra inferior que el Tribunal establezca...».

La prueba del quantum patrimonial de la lesión resarcible corresponde hacerla al lesionado. En el caso que nos ocupa, el reclamante se limitó a decir en la demanda contencioso-administrativa lo siguiente: «cuando contrajo la hepatitis, mi mandante tenía 34 años; cuando cesó en la empresa en 1990, tenía 48 años; en la actualidad tiene 52. A su cargo tiene a su esposa (inválida) y tres hijas. Se acompaña copia del Libro de Familia como documento núm. 1; del informe del accidente de la esposa de mi mandante D.ª Olegaria G. G., como documento núm. 2; y resolución del INSERSO sobre minusvalía, como documento núm. 3».

Esto aparece dicho en el antecedente de hecho núm. 6.º de la demanda y los documentos que cita han sido, efectivamente, aportados a los autos. Pero nada más se nos dice, ni nada más aclara la prueba. Consta que las hijas nacieron en 1968, 1970 y 1971, pero nada sabemos sobre la situación laboral de estas hijas en el momento de la reclamación, en que las tres eran ya mayores de edad (recuérdese que la reclamación se formula en 1993). Sólo nos consta la afirmación del actor que en aquella fecha las tenía a su cargo.

El INSALUD se opuso a la cifra pedida alegando que, puesto que al contagio por SIDA se asigna una ayuda de 10.000.000 ptas. ( RDL 9/1993 de 28 Mar.), a una hepatitis de la que aquí se trata debe darse una indemnización menor.

Así las cosas, y valorando los datos que, sin mayor razonamiento ha aportado el recurrente, así como la objeción que formuló el INSALUD y que acaba de reproducirse aquí, nuestra Sala entiende que procede fijar el monto de la indemnización a pagar por el INSALUD en 5.000.000 ptas.

El lesionado no ha solicitado el abono de intereses ni en la vía administrativa ni en la contencioso-administrativa. Lo cual no quiere decir que no tenga derecho a percibirlos. Porque, efectivamente, ese derecho lo reconoce la ley en todo caso de condena al pago de cantidad líquida, ley que, en este momento y a estos efectos, lo es la nueva L 29/1998 de 13 Jul., reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya disp. trans. 4.<sup>a</sup> establece lo siguiente: «La ejecución de la sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma».

En consecuencia, hay que estar a lo que dispone el art. 106 L 28/1988, cuyos tres primeros números que, son los que ahora interesan, dicen así: «1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los 3 meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial. 2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia. 3. No obstante lo dispuesto en el art. 104.2, transcurridos 3 meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento».

Así pues, la Administración demandada deberá abonar el interés legal del dinero de la cantidad dicha de cinco millones de pesetas, desde la fecha de la notificación de esta sentencia hasta su completo pago, y sin perjuicio de lo dispuesto en el núm. 3 art. 106 L 29/1998.

**Sexto:** Por lo que hace a las costas hay que decir que en cuanto al recurso contencioso-administrativo, no apreciándose mala fe en ninguna de las partes (art. 131 LJCA), cada parte abonará las suyas; y en cuanto a las del recurso de casación, en este caso por prescripción legal expresa (art. 102.1.3.º LJCA), cada parte abonará también las suyas.

En virtud de lo expuesto,

### Fallamos

Primero: Hay lugar al recurso de casación interpuesto por D. Miguel Angel L. L. contra la sentencia que ha quedado identificada en el fundamento primero de esta nuestra sentencia.

Segundo: En consecuencia, casamos, anulamos y dejamos sin valor ni efecto alguno la sentencia impugnada, la cual debe entenderse sustituida por otra, con base en los fundamentos que anteceden cuya parte dispositiva es la siguiente: «Debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Miguel Angel L. L. contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación de indemnización por daños antijurídicos causados por acto sanitario, y condenamos al INSALUD a pagar al lesionado la cantidad de 5.000.000 ptas. más los intereses legales, que en aplicación de lo dispuesto en el art. 106 L 29/1998 de 13 Jul., reguladora de esta jurisdicción, correspondan desde la fecha de la notificación de esta sentencia hasta su completo pago. No hay lugar a hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Tercero: En cuanto a las costas de este recurso de casación, cada parte abonará las suyas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. Hernando Santiago.-Sr. Mateos García.-Sr. Xiol Ríos.-Sr.

Peces Morate.-Sr. González Navarro.-Sr. Sieira Míguez.-Sr. Lecumberri Martí.

### **VOTO PARTICULAR**

QUE, CONFORME A LO DISPUESTO POR EL ART. 260.1 LOPJ, FORMULA EL MAGISTRADO SR. PECES MORATE, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO SR. SIEIRA MIGUEZ, POR DISENTIR DEL CRITERIO DE LA MAYORIA EN LA SENTENCIA PRONUNCIADA, CON FECHA 31 MAY. 1999, EN EL RECURSO DE CASACION NUM. 2132/1995:

Primero: Compartimos íntegramente la decisión mayoritaria en cuanto estima el motivo de casación aducido y declara haber lugar al recurso interpuesto por ser rechazable la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, apreciada por la Sala de instancia, pero discrepamos de la misma en cuanto estima el recurso contencioso-administrativo y declara la responsabilidad patrimonial del INSALUD por las razones que seguidamente exponemos.

Segundo: Es nuestro parecer que en el supuesto enjuiciado la cuestión a dirimir no está en si hubo caso fortuito, por el que la Administración debe responder, o fuerza mayor, de la que aquella no es responsable, pues no cabe duda que, al inocularse un virus al solicitante de la indemnización en la transfusión de sangre que se le hizo durante una intervención quirúrgica por los servicios del INSALUD, falta el elemento de ajenidad que caracteriza la segunda.

La redacción dada por L 4/1999 de 13 Ene., al art. 141.1 LRJAP, inaplicable al caso enjuiciado dada la fecha de acaecimiento de los hechos, no modifica los criterios jurisprudenciales acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya naturaleza de objetiva venía configurada legalmente y definida jurisprudencialmente, sino que ha incorporado la doctrina jurisprudencial relativa a la antijuridicidad del daño, que no existe cuando el perjudicado tiene el deber de soportarlo, por lo que el mencionado texto legal ha introducido la nueva precisión al determinar los perjuicios indemnizables.

Tercero: Del precepto contenido en el citado art. 141.1, tanto en su redacción anterior como en la actual, y de los arts. 121 LEF y 40 LRJAE, se desprende que las Administraciones Públicas no están obligadas a indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar (sentencias de esta Sala de 22 Abr. y 26 Sep. 1994, 1 Jul. y 21 Nov. 1995, 5 Feb. 1996, 18 Oct. 1997 y 13 Jun. 1998 -recurso de casación 768/1994, FJ 5.º-, entre otras), y nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su S 7 Feb. 1998 (recurso de casación 6282/1993, FJ 3.º).

Cuarto: Se afirma en la sentencia que sobre la Administración pesa la carga de probar cuál sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y en ello coincidimos salvo cuando tal situación sea notoria o se deduzca de los propios hechos admitidos por quien pretende la declaración de la responsabilidad patrimonial de aquella, y esto es lo que consideramos que sucede en este caso.

Quinto: El propio demandante de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración reconoce que, después de haberle sido practicada la transfusión de sangre en el curso de la intervención quirúrgica a la que hubo de ser sometido, se le diagnosticó que padecía una hepatitis no A no B, la que después se relacionó con aquella transfusión sanguínea.

Pues bien, si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aun no se había aislado el virus de la hepatitis C (como lo demuestra el aludido diagnóstico), resultaba imposible, según el estado de la

ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquella y ésta se efectuasen para atender al restablecimiento de la salud de aquél, razón por la que no debe imponérsele a la Administración demandada, como se hace en la sentencia que respetuosamente no compartimos, la carga de probar un hecho evidente, en el que el propio perjudicado basa su pretensión.

Sexto: En definitiva, consideramos que, si bien procede declarar que ha lugar al recurso de casación y anular la sentencia recurrida, sin embargo, se debe desestimar el recurso contencioso-administrativo por ser ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado, por el que se denegó la indemnización pedida, al no existir responsabilidad patrimonial alguna para la Administración demandada por no ser antijurídico el daño sufrido por el perjudicado.