

# PRESUNCION DE FALTA Y RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACION DE SERVICIOS SANITARIOS: LA APLICABILIDAD EN ESPAÑA DE LA EXPERIENCIA FRANCESA (\*)

Por

GERARDO GARCÍA ALVAREZ  
Seminario de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ¿EXISTEN LAS PRESUNCIONES DE FALTA? PROBLEMAS DE PRUEBA Y PRESUNCIONES EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: 1. *La importancia del tema: Derecho francés, Derecho comunitario y Derecho español.* 2. *Problemas de prueba y presunciones en el Derecho francés de la responsabilidad administrativa.*—II. PRESUNCIONES DE FALTA Y PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: MANIFESTACIONES CONCRETAS: 1. *El contexto: las soluciones de la jurisprudencia civil y del legislador:* a) *Faltas virtuales y obligaciones de resultado en la jurisprudencia civil sobre accidentes terapéuticos.* b) *Presunciones de falta de origen legal: los experimentos terapéuticos.* 2. *Presunciones de falta y responsabilidad objetiva en materia de vacunaciones obligatorias.* 3. *El surgimiento de las actuales presunciones de falta: las consecuencias inesperadas de intervenciones quirúrgicas simples y las consecuencias anormalmente dañosas de tratamientos banales.* 4. *Crecimiento y crisis de las presunciones de falta en materia de infecciones hospitalarias: la jurisprudencia Sainte Marthe d'Avignon y su evolución posterior.* 5. *Las presunciones de causalidad: la jurisprudencia sobre la «pérdida de una posibilidad».*—III. LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE FALTA MEDIANTE LA INTRODUCCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO Y SU APLICABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *¿Es posible la exigencia de obligaciones de resultado en la responsabilidad extracontractual de la Administración pública?* 2. *El régimen del caso fortuito y las presunciones de falta.*

## I. INTRODUCCIÓN: ¿EXISTEN LAS PRESUNCIONES DE FALTA? PROBLEMAS DE PRUEBA Y PRESUNCIONES EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Las presunciones de falta están llamadas a ocupar un papel pequeño pero significativo y susceptible de crecimiento en los sistemas de responsabilidad. Desde luego, en el Derecho francés, y sobre todo en el ámbito del servicio público de la sanidad, tienen una gran importancia cualitativa, aunque sus aplicaciones no sean demasiado numerosas, lo que ha motiva-

(\*) Principales abreviaturas utilizadas:

CAA: Cour administrative d'appel. CE: Consejo de Estado francés. Dalloz: Recueil Dalloz de doctrine, législation et jurisprudence. JCP: La Semaine juridique (Jurisclasseur périodique). Lebon: Recueil Lebon (Recopilación oficiosa de las decisiones del Consejo de Estado francés). LGDJ: Librairie générale de droit et jurisprudence. RDP: Revue du droit public. RDSS (RTDSS hasta 1981): Revue de droit sanitaire et social. RTC: Revue trimestrelle de droit civil. TA: Tribunal administratif.

do una tentativa de adopción por la Comunidad Europea y hace pertinente el examen de su posible traslación al Derecho español.

La Ley 30/1992 y su reglamento de desarrollo en materia de responsabilidad establecen la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa también en materia de responsabilidad de los entes gestores de la Seguridad Social por la prestación de servicios sanitarios. Pese a que en los distintos encuentros y coloquios que han tenido lugar los jueces de lo social han anunciado una resistencia numantina, parece claro que los Tribunales de lo contencioso van a tener que resolver muchos más casos de responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios de lo que venían haciendo hasta ahora. La responsabilidad en este campo será casi siempre responsabilidad por funcionamiento anormal: es difícil que en caso de funcionamiento normal haya relación de causalidad, sino que los daños serán más bien secuelas de la propia enfermedad, e incluso si existe nexo causal, las más de las veces el daño se deberá a secuelas previsibles del tratamiento y, por tanto, a un álea que debe soportar el paciente como consecuencia de su «consentimiento informado». En estas condiciones, el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y de las posibilidades de adaptarla al ordenamiento español tiene un gran interés.

Se ha escogido un aspecto de esa jurisprudencia: las llamadas presunciones de falta. En este trabajo se defiende que su verdadera naturaleza no es la de presunción, sino la de constatación de que se ha infringido una obligación de resultado por parte de la Administración prestadora del servicio sanitario. Es decir, que se traslada la actuación del juez administrativo del campo de los hechos al normativo, poniendo así de manifiesto la auténtica función que le compete en materia de responsabilidad: la determinación del límite entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración. El juez debe tener presente que no sólo está resolviendo un caso concreto, sino estableciendo o modificando una regla de Derecho, lo que puede ser especialmente difícil en una materia como la sanitaria, en que la gravedad de los daños y lo patético de muchas situaciones dificulta enormemente la objetividad del juzgador.

### 1. *La importancia del tema: Derecho francés, Derecho comunitario y Derecho español*

La doctrina francesa ha dedicado una considerable atención a la presunción de falta, a menudo utilizada por el juez administrativo de ese país, especialmente en materia sanitaria (1). Las presunciones no son un fenómeno aislado: se trata de un expediente técnico más en el proceso que ha llevado a la responsabilidad administrativa de los servicios sanitarios hacia una progresiva objetivación, sin por ello abandonar la falta como principio

---

(1) Véase, en la doctrina reciente, F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, París, 1985, y L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, París, 1991.

rector. En el Derecho francés, la responsabilidad objetiva o «sin falta» sigue siendo excepcional en el dominio sanitario, al contrario de lo que ocurre en otros campos de la actividad administrativa, sobre todo en el de las obras públicas; por la propia naturaleza de las cosas, es especialmente difícil la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia sanitaria.

En el Derecho comunitario, la elaboración por la Comisión de una Directiva sobre la responsabilidad de los prestatarios de servicios (2), que habría estado destinada a afectar también a los prestatarios de servicios públicos, incluidos los sanitarios, habría dado a las presunciones de falta un indiscutible protagonismo en los últimos tiempos (3).

Los objetivos iniciales contemplados en los trabajos preparatorios de la directiva fueron considerablemente limitados. La Comisión de las Comunidades europeas había elaborado en 1989 un anteproyecto de proposición de directiva instaurando un mecanismo objetivo de indemnización, al margen de cualquier falta del prestatario, a favor de las personas afectadas en sus bienes, en su salud o en su integridad física. En contrapartida, en el artículo 2 del anteproyecto se decía que «los Estados miembros pueden excluir de la aplicación de la directiva los cuidados de salud con la condición de que pongan en funcionamiento un fondo de compensación para las víctimas de esos cuidados sobre la base de una responsabilidad sin falta por la prestación de cuidados» (4). Este propósito inicial fue desechado debido a la oposición de Francia, Alemania y Gran Bretaña, pero incluso en el cuadro de una responsabilidad por falta, el proyecto posterior pretendía imponer cuando menos *la inversión de la carga de la prueba de la falta del prestatario de servicios*: al perjudicado le bastaría con probar la existencia del daño y su relación de causa a efecto con la prestación del servicio (5).

La jurisprudencia española se encuentra en estos momentos en una difícil encrucijada: siendo en la actualidad inequívocamente competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se aplicará un régimen de

(2) La proposición de la Comisión fue publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de 18 de enero de 1991, núm. C 12/9. Véase L. DUBOIS, «L'indemnisation de l'aléa thérapeutique et le droit européen», en el vol. col. *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Sirey, París, 1995, págs. 25-33.

(3) La Comisión Europea ha hecho saber en 1994 que retiraba el proyecto de directiva. Una de las razones fundamentales para ello habrían sido las serias dudas suscitadas por la competencia de la Comunidad Europea para modificar el Derecho civil de los Estados miembros, más si se tiene en cuenta que la directiva malograda no pretendía la imposición de unos «mínimos», sino la introducción de un régimen unitario (L. DUBOIS, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique et le droit européen*, op. cit., págs. 26, 27 en nota y 29).

(4) Cito por la transcripción hecha por el informe realizado por la Cellule de législation comparé du Service des affaires européennes du Sénat francés sobre *La responsabilité médicale et l'indemnisation du risque thérapeutique*, edición policopiada, mayo de 1991.

(5) Ciertamente, inversión de la carga de la prueba y presunción de falta son conceptualmente distinguibles: una presunción supone simplemente el desplazamiento del objeto de la prueba, no la exoneración de probar. Sin embargo, su funcionamiento práctico, al menos en este supuesto concreto, es idéntico: difícilmente puede exonerarse al reclamante de probar cumplidamente la existencia del daño y, como mínimo, aportar un principio de prueba que haga plausible la existencia de una relación de causalidad con un servicio sanitario, aunque sólo sea la realización de un acto médico o paramédico que pueda haber estado en el origen del daño.

responsabilidad objetiva al servicio público sanitario, lo cual no será especialmente cómodo si se tiene en cuenta que el hombre es mortal por esencia. En el Derecho español, el sistema de responsabilidad administrativa es objetivo, pero la prueba de la falta no es un elemento puramente accesorio: tiene influencia sobre la cuantificación de la indemnización, sobre la aplicación de una concepción más o menos restringida de la causalidad y, finalmente, contribuye a establecer la antijuridicidad del perjuicio (6). En consecuencia, la determinación de los funcionamientos normal o anormal de los servicios sanitarios es de la máxima importancia para el desarrollo de una jurisprudencia coherente. En consecuencia, la presunción de falta o de «anormalidad de funcionamiento» puede tener un lugar en el desarrollo futuro de la jurisprudencia.

Pero, aparte de la utilidad que para nosotros pueda tener su estudio, ¿existen realmente las presunciones de falta en Derecho francés? Puede parecer sorprendente, pero mientras que el sector doctrinal mayoritario cuenta por decenas los ejemplos jurisprudenciales de aplicación de las presunciones de falta, no falta un sector minoritario que niega incluso su existencia, basándose para ello en el examen de las mismas decisiones jurisprudenciales. La parquedad extrema a la hora de motivar sus decisiones, que es una de las características más sobresalientes del juez administrativo francés, no nos proporciona casi ayuda. Es preciso, por ello, comenzar por exponer la génesis que en el Derecho francés ha tenido el concepto de presunción de falta en el campo de la responsabilidad administrativa y las interpretaciones enfrentadas.

---

(6) Como he intentado mostrar, con apoyo en la jurisprudencia, en «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», que constituye mi aportación al libro, dirigido por J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 915 a 1022.

En nuestro Derecho y en presencia de un funcionamiento «normal» de la Administración sanitaria, el perjuicio deberá tener el carácter de «anormal»; es decir, que no fuese objetivamente previsible o que se trate de una secuela evitable de un tratamiento médico o quirúrgico o cuyos inconvenientes superen sus ventajas. Además, la teoría de la causalidad que empleará el juez para determinar la existencia de nexo será restrictiva: bien la «teoría de la causa eficiente», entrando a determinar la parte concreta que la actividad de la Administración sanitaria ha tenido entre las causas de la lesión; o incluso la «teoría de la causalidad adecuada», entrando a verificar si las consecuencias dañosas eran una consecuencia objetivamente previsible de la concreta actuación desarrollada. Por último, la indemnización sólo abarcará el perjuicio objetivamente producido, sin que pueda estimarse indemnizable la mera «pérdida de una posibilidad» de curación.

Esta última es una construcción jurisprudencial de origen civil que vincula la comisión cierta de una falta con una hipotética pérdida de posibilidades por parte de la víctima. Una sucinta referencia al estado de la jurisprudencia en los distintos campos en los que ha sido examinada la indemnización de la *perte d'une chance*, en M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ, París, 1980. Un tratamiento en profundidad de las jurisprudencias del Consejo de Estado y de la Corte de casación, en A. CHARAF ELDINE, *La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat)*, en «RDSS», 1983, págs. 48-69. Como ha señalado AUBY, «el recurso a la noción de pérdida de oportunidades traduce en realidad la admisión por presunción de una relación de causalidad» (J. M. AUBY, nota sobre CE, 22 de diciembre de 1976, Derridj, en «JCP», ed. G, II, núm. 18792). Sobre la noción de *perte d'une chance* en Derecho civil, vid. Génévieve VINEY, *La responsabilité. Conditions*, LGDJ, París, 1982, págs. 341 y ss. y 436 y ss.

## 2. *Problemas de prueba y presunciones en el Derecho francés de la responsabilidad administrativa*

Gaston JÉZE fue el primero en sugerir, a principios de siglo, que la existencia de una lesión imputable al servicio público debería crear una presunción de falta, haciendo recaer la carga de la prueba sobre la Administración: «en ausencia de esta demostración hecha por la Administración, la presunción de falta debería subsistir y la responsabilidad pecuniaria del Estado debería ser admitida» (7). Sin embargo, es destacable que la propuesta del profesor de la Escuela de Toulouse fue hecha como comentario a una decisión del Consejo de Estado en la que se afirmaba rutinariamente que «es a la víctima a quien corresponde alegar, e incluso probar, que ha habido una falta caracterizada o una negligencia especial»; afirmación mantenida por la jurisprudencia posterior y apoyada por la doctrina mayoritaria (8).

Pese a todo, el Consejo de Estado francés moderaría paulatinamente su propio principio: de la exigencia de prueba del hecho constitutivo de la falta se ha pasado a exigir sólo su alegación corroborada por un principio de prueba (9); es una aplicación práctica de la distinción doctrinal entre «carga jurídica» y «carga efectiva» de la prueba (10). Esta «moderación» de las exigencias de prueba ha sido posible gracias al carácter inquisitorial de procedimiento administrativo contencioso en Derecho francés: una vez que el demandante haya conseguido suscitar en el juez la «duda» acerca de la rectitud del proceder de la Administración (11), el juez administrativo se implicará en la búsqueda de la prueba, exigiendo de la Administración in-

(7) G. JÉZE, note sous CE de 4 janvier 1918, Sinaïs, Duchesne («RDP», 1918, pág. 401).

(8) Por referirnos a un autor de principios de siglo, DUPEYROUX afirmaría que «si no se quiere que el servicio público, por un pretexto cualquiera, sea objeto de múltiples recursos, que dificultarían su funcionamiento, por parte de ciudadanos pleiteadores... conviene seguir en la teoría de la falta, y de la falta a probar» (H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute de service public*, tesis, París, 1922, pág. 225).

(9) En este sentido, las conclusiones del Comisario del Gobierno MÉRIC sobre CE de 14 juin 1963, Epoux Hébert (Lebon, págs. 364 y ss.), quien entiende que esta moderación se aplica «al menos en las materias en que esta prueba es difícil de realizar»; MÉRIC señala que «la iniciativa de la reunión de los elementos necesarios para la apertura de la instrucción corresponde al demandante. Le corresponde proporcionar los primeros eslabones de la prueba: si no lo hace, su demanda será inadmitida por falta de justificación. Pero esta afirmación contiene en sí misma su límite: si el demandante está obligado a proporcionar un comienzo de prueba, es porque no puede exigirse de él que reconstruya enteramente la cadena de los hechos por sí mismo. Las reglas relativas a la administración de la prueba deben combinarse con el carácter contradictorio del debate: si el demandante ha suministrado la prueba de un hecho positivo importante en el sentido de su tesis, esta prueba crea una presunción favorable de esta tesis, presunción que corresponde destruir al demandado».

(10) Vid. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, tesis, París, 1950, págs. 57 y ss.

(11) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrétien, París, 1994, tomo I, pág. 1098.

cluso la realización de las pruebas que considere pertinentes (12). Esta tendencia general ha tenido también su reflejo en materia sanitaria (13).

No obstante, esta capacidad de iniciativa del juez administrativo no debe ser sobrevalorada. Una parte de la doctrina francesa afirma la existencia de una importante diferencia entre la iniciativa que corresponde al juez en materia de prueba según se trate de resolver un recurso por exceso de poder —en los que su libertad de iniciativa sería mayor— o de recursos de plena jurisdicción, entre los que se sitúa el contencioso de responsabilidad y en los que las posibilidades reconocidas al juez serían más reducidas. No obstante, parece prevalecer en la actualidad la opinión de que tales diferencias deben ser matizadas y que, en todo caso, no se aplican al contencioso de responsabilidad (14).

La doctrina francesa ha ido más lejos de lo que resultaría del simple juego de un principio de prueba —un *fumus boni iuris*— y de los poderes de investigación del juez, auspiciando incluso que en determinadas circunstancias sea la Administración quien deba probar la falsedad de las alegaciones verosímiles del demandante; se trata de esta manera de atenuar

(12) Un breve examen de este aspecto de la instrucción puede encontrarse en mi trabajo *La solicitud por el juez de nuevos informes a la Administración*, publicado en el «Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón», año XXXII, núm. 126, 1992, págs. 38 a 41.

(13) Un ejemplo de esta generalización lo proporciona la decisión del Tribunal Administrativo de Clermont-Ferrand de 27 de febrero de 1990, Chapat (Lebon, 1990, tablas, pág. 972), precisamente en relación con la materia hospitalaria. El juez administrativo declaró en esta ocasión que el extravío por el hospital de la historia clínica, y específicamente del dossier radiológico del paciente, indispensable para establecer la existencia de responsabilidad, no puede ser válidamente alegado por el hospital; en esta circunstancia, le incumbe la prueba de toda ausencia de falta. Por otra parte, se trata de un fenómeno en absoluto reciente, ya señalado por HAURIUO en su comentario de los *arrêts Tomaso Grecco y Auxerre* (Sirey, 1905, III, 115).

(14) En este sentido, R. DENOIX DE SAINT MARC y D. LABETOUILLE, *Les pouvoirs d'instruction du juge administratif*, en «EDCE», 1970, pág. 88; más recientemente y más en extenso, M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, LGDJ, París, 1980, págs. 131 y ss.

Entre las pruebas a realizar, normalmente a iniciativa del juez, destacaría la prueba pericial, calificada en ocasiones de «mal necesario» (DENOIX DE SAINT MARC y LABETOUILLE, cit., pág. 86, quienes se muestran reticentes sobre su utilización, con referencia explícita a la materia médica), pero que resulta imprescindible en muchas ocasiones: «el juez administrativo duda, cuando no puede recurrir más que a sus propias luces, antes de censurar la falta cometida por el experto» (G. POULON, note sous CE de 14 novembre 1974, *Ministre de la Justice c. Dame Tanzi*; «JCP», 1975, II, 18008). Como es lógico, su importancia es decisiva en materia médica, en la que el juez frecuentemente se apoya expresamente en el parecer de los expertos, tanto para admitir la existencia de falta (*arrêt* CE 24 avril 1964, *Hôpital Hospice de Voiron*, Lebon, pág. 259; *arrêt* CE 15 décembre 1975, *Ministre de la Coopération c. Lerat*, «RDP», 1976, pág. 931; *arrêt* CE 6 octobre 1976, *Société clinique chirurgicale de la Maison Rose*, «RDP», 1977, pág. 512) como para negar la existencia de evidencias suficientes (*arrêt* CE 22 avril 1976, *Epoux Fourteau*, Lebon, pág. 222; *arrêt* CE 23 juillet 1976, *Dame Amres Marie*, «RDP», 1977, pág. 524; *arrêt* CE 1 octobre 1975, *Weiss*, «RDP», 1976, pág. 399; *arrêt* CE 6 octobre 1976, *Sieur Lorenzo*, «RDP», 1977, pág. 524).

Como ya se ha señalado, el valor de la prueba pericial ha sido puesto en duda por la doctrina. Además de la opinión citada, hay que destacar la de DUBOUIS, que atribuye a la prueba pericial un valor relativo a causa del «álea del análisis, de las discrepancias entre escuelas y de una solidaridad a veces excesiva entre los peritos y sus colegas» (L. DUBOUIS, «Le juge administratif, le malade et le médecin», en *Mélanges Waline*, 1974, tomo 2, pág. 400).

la «desigualdad fundamental» de las partes confrontadas, desigualdad agravada por sus respectivas posiciones procesales (15). Esta toma de postura parece haber sido acogida por el juez administrativo en varias decisiones (16).

En los supuestos anteriores, el juez administrativo simplemente interpretaba los hechos conforme al principio de libre valoración de la prueba; en ocasiones iba más allá. Aunque un juez no pueda, ni siquiera el Consejo de Estado, «sustraerse a su obligación normal que es la investigación de la verdad» sin razones imperiosas (17), las presunciones de «falta» o de «relación de causalidad» no pueden ser consideradas como algo excepcional. Estos dos tipos de presunciones han recibido una atención muy desigual de la doctrina francesa, algo muy lógico si se tiene en cuenta que la falta ocupa un lugar fundamental en el Derecho de responsabilidad francés, lo cual ha supuesto un fuerte estímulo para estudiar las presunciones que atañen a la falta, y que las cuestiones relativas a la relación de causalidad tienen un carácter vidrioso que ha actuado como repelente.

Un estudio de la presunción de falta en Derecho francés tropieza con dos dificultades iniciales. En primer lugar, una estructural: la reticencia del juez administrativo a la hora de hacer público el fundamento jurídico de su decisión —no sólo en materia de responsabilidad—, que es la causa de que sólo en muy contadas ocasiones puedan encontrarse las expresiones «presunción de falta» o «presunción de responsabilidad» en el texto de los *arrêts* (18). En segundo lugar, una dificultad específica: la presunción

---

(15) P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, cit., pág. 113. Como señaló el Comisario del Gobierno MÉRIC, es preciso tener en cuenta «la desproporción entre la prueba a aportar y los medios de que dispone el demandante» (conclusiones sobre CE, 13 de julio de 1962, Lastrajoli, en «RDP», 1962, pág. 975).

(16) *Arrêts* CE 9 mai 1962, Département des Basses-Pyrénées (Lebon, 1962, tablas, pág. 1104); TA Rennes 1 décembre 1958, Epoux Guéguen (Lebon, 1958, pág. 781); TA París 5 octobre 1960, Sieur Joulieu (Lebon, 1960, pág. 822); TA Marseille 27 mai 1970, Sieurs Roberty et Pinet (Lebon, 1970, pág. 839); CE 1 décembre 1978, Artéon (Lebon, 1978, pág. 485); a las anteriores se podrían añadir las decisiones de CE 9 janvier 1957, Assistance Publique de Marseille (Lebon, 1957, pág. 22); CE 28 novembre 1952, Ville de Bayonne (Lebon, 1952, pág. 544); CE 3 juillet 1974, Centre hospitalier de Lagny (Lebon, 1974, tablas, pág. 1153). Un grupo aparte lo constituirían los *arrêts* CE 14 juin 1963, Epoux Hébert, Lebon, pág. 364; CE 8 février 1950, Département de la Savoie, Lebon, pág. 89. La doctrina señala a propósito de este último grupo de decisiones que la duda no esclarecida e interpretada por el Consejo de Estado no se refería a la existencia en sí de la falta, sino a la existencia de nexo de causalidad (M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, op. cit., pág. 133).

(17) J. RIVERO, «Fictions et présomptions en droit public français», en Ch. PERELMAN (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruselas, 1974, pág. 107.

(18) La única línea jurisprudencial importante en la que se hacía uso expresamente de semejante tipo de presunciones ya no está vigente: se trataba de los accidentes provocados por vehículos automóviles propiedad de la Administración, materia atribuida desde la Ley de 31 de diciembre de 1957 a la jurisdicción civil. En este campo, la referencia a la «presunción de falta» aparece por primera vez en el *arrêt* CE 22 décembre 1924, Société d'Assurances Mutuelles Les Travailleurs français (Daloz periodique, 1925.III, 9, nota de APPLETON; Sirey, 1926, III, 1, nota de HAURIUO). La fórmula sería sustituida por la más genérica de «presunción de responsabilidad» a consecuencia de la exclusión del caso fortuito y del hecho de tercero como causas de exoneración de responsabilidad [*arrêts* CE 9 juillet 1948, Capot et Denis (Lebon, 1948, pág. 326), y 19 novembre 1952, Dame veuve Dréano (Lebon, 1952, pág. 520)].

de falta no siempre es fácil de distinguir de la responsabilidad objetiva, sobre todo tratándose de presunciones *iuris et de iure* (19). Pese a estas dificultades, el estudio de las presunciones de falta es insoslayable cuando se trata de la responsabilidad de los servicios públicos de salud. En este campo las presunciones han encontrado un campo de aplicación privilegiado, debido probablemente a las dificultades de prueba que conlleva la materia y a la gravedad que a menudo revisten los daños, en una gran parte de los casos con merma de la integridad física (20).

Una advertencia previa. Para comprender el papel de las presunciones de falta en el régimen de responsabilidad de los servicios públicos de salud es preciso recordar la distinción que constituye el *a priori* no expresado de toda la jurisprudencia en la materia y que tiene también una notable influencia en lo que a las presunciones respecta: la clasificación que separa las faltas imputables a una persona en concreto —con independencia de que sean «personales» o «de servicio»— y el resto de las faltas del servicio público, incumplimiento de un estándar de funcionamiento o de otra norma perpetrado en el curso de la actividad administrativa y no imputable a ninguna persona física en concreto. Esta dicotomía tiene un reflejo en el tratamiento separado de las faltas cometidas en la realización de un acto médico o por el servicio público hospitalario genéricamente. Las faltas cometidas durante la realización de un «acto médico» son por esencia faltas de servicio plenamente individualizables e imputables a una persona concreta, que puede haber procedido o no de acuerdo con las reglas del arte, cumpliendo perfecta o imperfectamente una obligación estrictamente de medios; por otro lado, las faltas en la organización o el funcionamiento del servicio público hospitalario, susceptibles de una apreciación más abstracta y objetiva e, incluso, de la imposición de una obligación de resultado en determinados casos. La dominante «concreta» en la apreciación de la existencia de una falta del servicio público —la referencia a los medios disponibles y a las circunstancias de la prestación— es sustituida en ocasiones por un criterio abstracto que supondría la asunción de una cierta función

---

Por lo demás, la distinción entre la aplicación de una presunción de falta y la responsabilidad por falta probada cuando el juez administrativo considere suficiente un inicio de prueba dista mucho de estar clara. LLORENS ha intentado mostrar la diferencia argumentando que en el caso de la presunción de falta el hecho probado no sería una actuación o comportamiento de la Administración, sino la existencia de anomalías relativas a la víctima, al daño o a la cosa de la que la Administración debe responder, pero consideradas desde un punto de vista ajeno a la Administración; en cambio, estaríamos ante una declaración de responsabilidad por falta probada cuando los hechos objeto de la prueba se refirieran a circunstancias que impliquen directamente a la Administración, sea por referirse a acciones precisas realizadas por la Administración o por referirse a los instrumentos materiales de la acción administrativa (Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 205 y ss.).

(19) Refiriéndose a la jurisprudencia aludida en la nota anterior y pese a la utilización expresa del término «presunción» en el texto de las decisiones, CHAPUS afirmó en su momento que «la Administración es responsable por el solo hecho de que es su vehículo la causa del daño»; por tanto, por responsabilidad objetiva (R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1957, pág. 316).

(20) M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, op. cit., pág. 148.



«normativa» por la jurisprudencia. Estos criterios «abstractos» serían en el caso de la responsabilidad hospitalaria la adopción como referencia de los derechos de los pacientes —es decir, de las «garantías médicas», algo muy próximo en algunos casos a una obligación de resultado— o bien de una organización ideal del servicio, respecto a la cual la «mala» organización sería la causa de la lesión (21). En estas circunstancias, el establecimiento de una presunción de falta cuando se produzcan daños como consecuencia de determinados tratamientos veniales era un paso fácil de franquear y puede equivaler a la imposición a la Administración sanitaria de una obligación de resultado en supuestos concretos.

No todas las presunciones tienen la misma entidad ni la misma función; en consecuencia, es preciso referirse brevemente a la clasificación de las presunciones que hace la doctrina administrativista francesa; clasificación de las presunciones que no es en absoluto neutral para determinar el alcance de la jurisprudencia. Además, junto a la doctrina mayoritaria existen opiniones disidentes a las que también habrá de hacerse referencia.

La primera clasificación que hace la doctrina mayoritaria, la más evidente, es la que distingue entre presunciones legales y presunciones jurisprudenciales (22). La diferencia de origen tiene como consecuencia la mayor libertad del legislador: en principio, las presunciones del juez sólo podrán estar fundadas en la «probabilidad». Sin embargo, el carácter «pretoriano» del Derecho administrativo francés es perceptible también en esta materia: junto a las presunciones legales y a las presunciones «de hecho del juez» o «presunciones de hombre», existen las presunciones «cuasi-legales», de naturaleza similar a las legales (23). Es más, entre las presunciones «cuasi-legales» hay incluso presunciones *iuris et de iure* difícilmente distinguibles —estructural y funcionalmente— de la responsabilidad objetiva. La distinción estructural parece la más fácil: las presunciones *iuris et de*

(21) M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, cit., págs. 1161 y ss.

(22) Esta sería la clasificación recogida por el Code civil, que consagra a las presunciones los artículos 1349 a 1353. Las presunciones son definidas en el artículo 1349 conforme a una fórmula, al parecer, tomada de DOMAT y, a través de él, del Derecho intermedio; se trataría de una mera trasposición de la definición canonista según la cual «praesumptio est argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius facti». Los artículos 1350 a 1352 están consagrados a las «presunciones establecidas por la ley» y el artículo 1353 a las «présomptions qui ne sont point établies par la loi»; al parecer, estos artículos se inspiran en POTHIER, quien, él también, se habría mantenido fiel a la doctrina del Derecho intermedio (L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, París, 1991, págs. 11 y ss.).

(23) Véase F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 10 y ss. El origen del término «presunciones cuasi-legales» se halla en la doctrina civil, concretamente en un trabajo publicado por P. MIMIN, magistrado de la «jurisdicción judicial», en 1946: se trata de presunciones que «se imponen al juez, al menos en tanto que éste no encuentra nada para invertirlas (...) La jurisprudencia las enuncia como principios, y a menudo la Corte de casación ha anulado sentencias que las trataban como simples presunciones de hecho y creían poder descartarlas sin prueba contraria. Nosotros las llamaremos presunciones cuasi-legales porque, no escritas en la ley, tienen sin embargo fuerza de ley» (P. MIMIN, *Les présomptions quasi-legales*, «JCP», 1946, ed. G, núm. 578).

*iure* o incontestables serían presunciones por su estructura, que permite tener por probado un hecho a partir de la prueba de otro diferente. Por otra parte, su influencia sobre la regla jurídica de fondo no sería cualitativamente diferente, sino simplemente más intensa que la de cualquier otra presunción legal o cuasi-legal (24).

Pero dar esta respuesta supone más desplazar el problema que resolverlo. Por otra parte, las justificaciones doctrinales de la distinción entre presunciones incontestables y responsabilidad objetiva en materia médica han demostrado su carácter contingente, han envejecido mal. En 1985, LLORENS-FRAYSSE señalaba taxativamente que toda responsabilidad médica se funda sobre la falta y que, en consecuencia, el juez no podría recurrir a la presunción de falta más que cuando ninguna razón permita explicar científicamente la gravedad del daño (25). Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad objetiva en materia sanitaria ha hecho perder todo su peso a este tipo de argumentos, especialmente la jurisprudencia *Bianchi*, que admite la existencia de responsabilidad pública en el caso de determinados procedimientos por efectos secundarios previsibles, pero estadísticamente muy improbables, y de extrema gravedad, incluso en ausencia de falta (26).

En consecuencia, siendo perfectamente concebible una responsabilidad objetiva de la Administración en materia sanitaria, creada por el Consejo de Estado sin oposición remarcable cuando lo ha considerado oportuno, ¿por qué recurrir a una presunción incontestable de falta? Aunque no lo formula en estos términos, LLORENS consagra a responder esta pregunta una parte extensa de su monografía sobre las presunciones de falta (27). Según esta autora, las presunciones de falta responderían a una «política jurisprudencial» y la consagración jurisprudencial de una presunción «cuasi-legal» supondría la fijación en abstracto de un nivel mínimo del servicio, de determinadas obligaciones de resultado, con mayor o menor atención a las circunstancias concurrentes en el caso, de lo que derivaría el carácter simple o incontestable de la presunción; dicho de otro modo, la presunción no estaría en relación con la «probabilidad» de un hecho —la existencia de una falta—, sino con la idea que de la «normalidad» de un determinado resultado se hace el juez administrativo. En otros términos,

(24) F. LLORENS, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 62.

(25) F. LLORENS, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 94.

(26) Decisión de la Asamblea del Consejo de Estado de 9 de abril de 1992, *Bianchi* (Lebon, 1992, pág. 127, conclusiones DÆEL; «RDP», 1993, pág. 1099, nota de M. PAILLET; «RFDA», 1993, pág. 573, conclusiones del Comisario del Gobierno, S. DÆEL; «AJDA», 1993, págs. 383 y 344, crónica de MAUGÉ y TOUVET; «JCP», 1993, II, pág. 22061, nota de J. MOREAU; *Les Petites affiches* de 19 de mayo de 1993, nota de THIRIEZ, y comentario de Hélène PAULIAT, en la misma revista, de 13 de junio de 1994, págs. 15 y ss.; Dalloz, 1993, SC, pág. 65, obs. de P. BON y Ph. TERNEYRE).

(27) Concretamente, la tercera parte de su monografía: «La politique juridictionnelle de la presumption de faute», págs. 259 y ss., especialmente págs. 272 y ss.

más próximos a los utilizados por la doctrina española, a la imposición a la Administración de un estándar o de un nivel mínimo del servicio.

Esta política jurisprudencial aún cumpliría una segunda función según la doctrina, que separa netamente los supuestos de aplicación de las presunciones de los supuestos de responsabilidad objetiva: con la aplicación de la presunción de falta se introduciría una censura, una «sanción moral» de la actuación de la Administración; no otro significado tendría la utilización por el Consejo de Estado de la fórmula usual de que un determinado daño sufrido por un paciente «revela una falta en la organización o en el funcionamiento del servicio público» (28). Esta «política jurisprudencial» del Consejo de Estado encajaría perfectamente con la inquietud manifestada por una parte de la doctrina civilista francesa, y notablemente por TUNC, ante la desvirtuación del instituto de la responsabilidad debida a la progresión de la responsabilidad objetiva, la pérdida de su función de «pena civil» plasmada en la pérdida de su eficacia como instrumento de represión de determinados comportamientos antisociales (29).

Las presunciones de falta tendrían aplicación en la responsabilidad sanitaria en varios supuestos diferentes. El más importante sería el de los daños derivados de cuidados corrientes, a los que el Consejo de Estado aplicaría una presunción cuasi-legal de falta, además con carácter de *iuris et de iure* (30). Los otros supuestos serían el de las infecciones hospitalarias, el de perturbaciones neurológicas derivadas de intervenciones quirúrgicas y el de defectos de vigilancia de los enfermos en los hospitales psiquiátricos (31).

Esto no obstante, es preciso señalar la existencia de un sector doctrinal minoritario que reduce el trío a un dúo y afirma una clara distinción de

---

(28) Sería precisamente la utilización de la disyuntiva «o» el índice formal más claro de la utilización de una presunción, lo que la distinguiría de la prueba indiciaria, como acertadamente señala M. PAILLET, *La faute du service en droit administratif français*, cit., pág. 149. Por lo demás, la fórmula es frecuentemente utilizada por la jurisprudencia; por citar sólo dos ejemplos bastante conocidos, puede encontrarse en los *arrêts* CE 23 février 1962, Meier, o CE 22 décembre 1976, Dame Derridj.

(29) Véase A. TUNC, «Fondements et fonctions de la responsabilité civile en droit français», en las actas del *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Basilea y Stuttgart, 1973, págs. 3 y ss.; y también, *Regards sur la jurisprudence en matière de responsabilité civile délictuelle*, «JCP», 1966, 1, 2010; *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 1967, págs. 757 y ss.; «Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux», en *Mélanges Ancel*, 1975, tomo primero, pág. 407. El planteamiento del profesor TUNC, formulado inicialmente a partir del estudio de las consecuencias jurídicas de los accidentes de tráfico, intenta conciliar la adhesión a la falta como fundamento de la responsabilidad civil, tradicional en la mayor parte de la doctrina francesa, con la necesidad de procurar medios de indemnización eficaces a las víctimas de accidentes fortuitos. No obstante, este planteamiento *de lege ferenda* ha encontrado una fuerte oposición en Francia.

(30) F. LLORENS, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 221 y ss. A la anterior se añadiría la jurisprudencia sobre vacunaciones obligatorias, sustituida en la actualidad por un régimen legal de responsabilidad objetiva (Françoise LLORENS-FRAYSSE, págs. 216 y ss.).

(31) F. LLORENS, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 238 y ss.

naturaleza entre los que serían los dos tipos básicos de presunciones. Mientras que en la presunción de Derecho nos encontraríamos normalmente ante una «presunción-afirmación», una regla de prueba consistente en tener por cierto un hecho mientras no se pruebe lo contrario y que respondería a puras motivaciones de política legislativa, en el caso de la presunción de hecho nos encontraríamos normalmente ante meros ejemplos de «presunción-inducción», consistentes en tener por establecido un hecho incierto pero probable, aunque no falten presunciones de Derecho que respondan a este esquema. En consecuencia, una valoración de los intereses sociales en presencia hecha por el legislador en el primer caso —su dominio previo serían los campos en que se unen la dificultad de prueba con la necesidad social de mantener un determinado orden—, y un juego sobre la probabilidad hecha por el juez en el segundo. Al estar ligadas a la dificultad de prueba, y dado el carácter acusativo del proceso civil y el carácter inquisitivo del proceso contencioso-administrativo, las presunciones tendrán una menor importancia en el segundo (32). Pero la diferencia entre uno y otro tipo de presunción irá más lejos: mientras que las presunciones legales son actos jurídicos o normativos, las presunciones del juez o presunciones del hombre no son sino meros actos materiales del juez —aplicaciones del principio de libre apreciación de la prueba— y, por tanto, de naturaleza sustancialmente diferente (33).

Respecto a las presunciones incontestables o *iuris et de iure*, DE GASTINES niega su carácter de auténticas presunciones: tenerlas por tales sería el producto de prejuicios doctrinales. El examen de varios ejemplos sacados del Derecho privado le lleva a afirmar que «la presunción incontestable no tiene ningún valor científico: es una afirmación gratuita, que puede ser conforme a la realidad o a la verdad igual que puede serles opuesta». Se trataría de una noción que «disfraza en reglas de prueba lo que son en realidad reglas jurídicas de fondo» (34).

## II. PRESUNCIONES DE FALTA Y PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: MANIFESTACIONES CONCRETAS

La posición que se sostendrá en este trabajo es que las presunciones cuasi-legales ciertamente existen, pero el intentar dotar de una naturaleza jurídica unitaria todas las presunciones de falta en materia sanitaria sería un esfuerzo no sólo inútil, sino perturbador. Será preciso realizar un rápido examen de las manifestaciones concretas de la «política jurisprudencial» del Consejo de Estado. Se intentarán examinar los pros y los contras de la aplicación del régimen jurídico de las obligaciones de resultado, en principio creadas para explicar efectos jurídicos dentro de relaciones con-

(32) L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, cit., págs. 38 y ss.

(33) L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, cit., págs. 53-56.

(34) L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, cit., págs. 50 y ss.

tractuales de Derecho privado; una explicación complementaria puede intentarse a partir del régimen y la evolución del caso fortuito en el Derecho administrativo francés.

Una excelente síntesis de las líneas jurisprudenciales que pueden considerarse que contienen una presunción de falta fue hecha hace ya algunos años por MODERNE (35). Con la salvedad del espectacular desarrollo posterior de las presunciones de falta en materia de infecciones hospitalarias, esta clasificación puede considerarse plenamente válida.

En primer lugar estarían las «verdaderas presunciones de falta», aquellas en las que la exigencia de la prueba de una falta ha sido atenuada debido a que la víctima o sus causahabientes se hallan ante la imposibilidad práctica de demostrar que un acto médico o quirúrgico ha sido realizado en condiciones defectuosas o que el servicio ha funcionado mal. Entre estos supuestos estaría en primer lugar el de las «consecuencias anormales de intervenciones quirúrgicas simples o de actos médicos corrientes». Pueden citarse como ejemplos las parálisis totales o parciales sufridas a consecuencia de las sujeciones o las posiciones forzadas sufridas durante la realización de una operación quirúrgica (36) o las lesiones causadas por inyecciones intravenosas (37). Sería sumamente significativo, dentro de este grupo de sentencias, la fórmula empleada en el *arrêt* Meier y repetida en el *arrêt* Dlle Bey:

«tratándose de una intervención corriente y de carácter benigno, las secuelas citadas no pueden contemplarse más que como reveladoras de una falta cometida en la organización o el funcionamiento del servicio».

Relacionados con los supuestos anteriores estarían los casos de los enfermos hospitalizados que contraen enfermedades diferentes de las que habían provocado su hospitalización. El *arrêt de principe* es el de 18 de noviembre de 1960, Savelli (38): un niño aquejado de rubéola muere de viruela plausiblemente contraída en el hospital. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no ha dejado de tener altibajos. Notablemente, el *arrêt* de la Asamblea del Consejo de 25 de enero de 1974, Centre Hospitalier Sainte

---

(35) F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière (note sous Conseil d'État, Assemblée, 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon)*, «RDSS», 1975, págs. 213-220, especialmente págs. 216 y ss.

(36) Paresia cubital del brazo izquierdo (CE, 15 de julio de 1959, Dlle Segrettin, Lebon, 1959, pág. 474; «AJDA», 1960, II, pág. 41, observaciones de F. COULET); pérdida de movilidad de un brazo como consecuencia de la forma supuestamente defectuosa en que había sido sujetado durante una intervención (CE, 2 de febrero de 1962, Vicensini, Lebon, 1962, tablas, pág. 1104).

(37) Parálisis de un brazo (CE, 23 de febrero de 1962, Meier, Lebon, 1962, pág. 122), paresia del nervio mediano (CE, 18 de noviembre de 1966, Hôpital hospice de Poissy, Lebon, 1966, tablas, pág. 1098), esclerotización y posterior amputación de una pierna (CE, 19 de marzo de 1969, Administration Générale de l'Assistance publique à Paris c. Dlle Bey, Lebon, 1969, pág. 165; «RDP», 1970, pág. 151, nota de M. WALINE).

(38) Lebon, 1960, pág. 640; «RDP», 1961, pág. 1068, nota de M. WALINE.

Marthe d'Avignon, hizo que la misma existencia de presunciones de falta en este campo concreto de las infecciones hospitalarias fuese puesta en duda: un niño herido durante un accidente de tráfico contrae durante su estancia en el hospital una poliomelitis que le deja graves secuelas. El Consejo de Estado, contra la opinión del Comisario del Gobierno, iba a entender que el hospital había acreditado una diligencia suficiente a la hora de aislar el contagio —una niña aquejada de poliomelitis estaba internada en el mismo servicio— y rechaza las pretensiones de indemnización (39). Sin embargo, la presunción de falta en materia de contagios en medio hospitalario ha conocido un considerable desarrollo en los años ochenta (40).

La última de las grandes líneas incluíble dentro del género de las presunciones de falta corresponde a una jurisprudencia que ha perdido su vigencia, sustituida por una regulación legal *ad hoc*: se trata de los accidentes producidos inmediatamente después de una vacunación obligatoria. La peculiaridad de este supuesto reside en que las vacunaciones son impuestas por los poderes públicos en interés de la salud pública y, en consecuencia, se reúnan todos los elementos para imponer al Estado una obligación por riesgo, lo que por otra parte constituyó la posición adoptada en su momento por los distintos Comisarios del Gobierno y posteriormente por el legislador (41). Sin embargo, el Consejo de Estado iba a aplicar una presunción de falta que habitualmente ha sido considerada como *iuris et de iure*; pueden señalarse especialmente las dos primeras decisiones, en las que se afirma taxativamente que las secuelas sufridas «revelan» por parte de la Administración sanitaria «un mal funcionamiento del servicio» (42).

Las presunciones de falta son presentadas habitualmente como supuestos de consecuencias anormales de dolencias benignas o de atenciones banales. Es difícil decir si en estos casos juega la distinción entre acto médico, caracterizado por su dificultad, y actos de cuidados corrientes, regidos por el sistema de falta y, cuando la técnica tenga carácter benigno o

(39) Vid. F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière (note sous Conseil d'État, Assemblée, 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon)*, cit.

(40) Supuesto contagio de meningitis complicada con lesión de la médula espinal (CE, 9 de diciembre de 1988, Cohen, Lebon, 1988, pág. 431), infección por estafilococos desarrollada con posterioridad a la intervención quirúrgica de una fractura cerrada de rodilla (CE, 1 de marzo de 1989, Bailly, Lebon, 1989, tablas, pág. 908), quemaduras sufridas por un recién nacido (CE, 1 de marzo de 1989, Epoux Peyres, Lebon, 1989, pág. 65), ceguera de un paciente como secuela de una intervención quirúrgica, resultado inesperado al que nada parecía predisponerle (CE, 31 de octubre de 1990, Epoux Pelletier, Lebon, 1990, tablas, pág. 975), o infección del hueso frontal con ocasión de una intervención quirúrgica, sin que nada permita suponer que el paciente fuese portador de una cepa infecciosa (CE, 14 de junio de 1991, Maalem, Lebon, 1991, tablas, pág. 1184).

(41) Sobre este tema, véase F. MODERNE, *Le régime juridique des vaccinations obligatoires*, en «AJDA», 1965, I, págs. 195-211.

(42) CE, Asamblea, 7 de marzo de 1958, Dejous (Lebon, 1958, pág. 153; «RDP», 1958, pág. 1087, conclusiones L. JOUVIN; Sirey, 1958, pág. 182, nota de F. GOLLÉTY), y 13 de julio de 1962, Ministre de la Santé publique et de la population c. Lastrajoli (Lebon, 1962, pág. 507; «AJDA», 1962, II, pág. 580, I, pág. 553, crónica de GALABERT y GENTOT; Dalloz, 1962, J., págs. 726 y ss., nota de Jeanne LEMASURIER; «RDP», 1962, pág. 775, conclusiones de J. MÉRIC).

banal, por la presunción de falta. El problema se plantea notablemente en el caso de las infecciones ocasionadas por intervenciones quirúrgicas, en las que AUBY ha creído ver una obligación de resultado del hospital en relación con los defectos de asepsia. En todo caso es preciso hacer una importante matización. Las presunciones de falta parecen aplicarse sólo en el campo del defecto en la organización o el funcionamiento del servicio sanitario y no en el caso de la responsabilidad por acto médico, caso en el que el juez sólo reconoce la responsabilidad en caso de falta cualificada (43).

1. *El contexto: las soluciones de la jurisprudencia civil y del legislador*

Será preciso hacer un examen pormenorizado de la jurisprudencia administrativa (44). Pero también hará falta referirse a la jurisprudencia civil en esta materia, susceptible de proporcionarnos un término adecuado de comparación, útil tanto para estudiar si las presunciones de falta tienen todavía posibilidades de desarrollo o han llegado a su límite, como para examinar el grado de originalidad del Derecho administrativo en este campo. Además, habrá de estudiarse el único régimen legal que consagra la presunción de falta en materia sanitaria en una materia concreta como es la experimentación de terapéuticas nuevas.

a) *Faltas virtuales y obligaciones de resultado en la jurisprudencia civil sobre accidentes terapéuticos.*

A partir de 1930 las reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes terapéuticos se multiplican. Las causas pueden buscarse en la evolución de

(43) Este punto se desarrolla más adelante, en el epígrafe dedicado a las obligaciones de resultado.

(44) Se realiza a continuación la cita de algunas de las decisiones jurisprudenciales recaídas sobre este tema, todavía no citadas: *arrêt* del Consejo de Estado de 2 de febrero de 1962, Vincensini (*Recueil Lebon*, pág. 1104); *arrêt* del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1962, Meier (*Recueil Lebon*, pág. 122); inyección intravenosa; *arrêt* del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1977, Rémy Neiris (*Recueil Lebon*, pág. 955); reconoce la responsabilidad por falta simple, pero no aplica la presunción de falta; *arrêt* del Consejo de Estado de 9 de enero de 1980, Dame Martins (*Recueil Lebon*, pág. 4; «JCP», 1981, II, 19651, nota de C. DEVÈS); transfusión de sangre; *arrêt* del Consejo de Estado de 10 de octubre de 1987, Centre hospitalier de Roanne c. Bochar; *arrêt* del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1989, Peyrés; quemadura; *arrêt* del Consejo de Estado de 8 de diciembre de 1989, Mme Hainon-Lescure (*Recueil Lebon*, pág. 251; «RDSS», 1991, pág. 65, conclusiones Marc FORNACCIARI; *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, sc, pág. 298, observaciones de Pierre BON y Philippe TERNEYRE); contaminación bacteriana durante una operación quirúrgica; *arrêt* del Tribunal administrativo de París de 11 de enero de 1991, M. («AJDA», 1992, pág. 85, nota de J. L. DUVILLARD); transfusión de sangre contaminada por VIH; *arrêt* de la Corte de apelación de París de 20 de octubre de 1992, Administration Générale de l'Assistance publique à Paris c. X («JCP», 1993, II, núm. 22034, nota de DEBOUY); transfusión de sangre contaminada por VIH; *arrêt* del Tribunal administrativo de París de 20 de diciembre de 1991, Mme D., B. et G. contre Etat («RFDA», 1992, pág. 552, conclusiones de STAHLBERGER); presunción de la relación de causalidad en relación con la transfusión de sangre contaminada por VIH.

la medicina, cada vez más eficaz pero también cada vez más agresiva, y en la menor resignación de los pacientes, debido a una mayor fe en la medicina y también a la deshumanización de las relaciones entre médico y enfermo (45). Debido a esta afluencia de situaciones dolorosas y de víctimas, los jueces civiles iban a encontrarse en una situación similar a la provocada unas decenas de años antes por el crecimiento brusco de los accidentes de trabajo que produjo el maquinismo. Los accidentes de trabajo produjeron la teoría del riesgo, notablemente a partir de un famoso trabajo de SALEILLES poniendo en cuestión todo el sistema de la responsabilidad civil basado en la falta (46), hasta que un régimen legislativo especial vino a corregir el desequilibrio (47). Los accidentes terapéuticos iban a producir unos efectos más modestos, pero notablemente importantes para nuestro trabajo (48). Esta evolución se iba a producir en un cuadro normativo distinto: en el célebre *arrêt* de 20 de mayo de 1936, Dr. Nicolas c. époux Mercier, la Sala de lo civil de la Cour de cassation calificó la relación entre médico y paciente como «contractual», apartándose así de la jurisprudencia anterior, y adoptando una distinción recientemente propuesta por la doctrina, la definió como obligación «de medios» (49).

La primera vía de solución abierta por la jurisprudencia civil fue la de la «falta virtual»: la presencia de una falta es señalada apoyándose en presunciones que la doctrina ha calificado como «del hombre» o «presunciones de hecho del juez» (50). El razonamiento empleado por las sentencias que hacen uso de esta técnica consiste en afirmar no que se haya cometido una falta precisa, sino que ha de haberse cometido una forzosamente, habida cuenta de las circunstancias (51).

---

(45) El profesor HAMBURGER señalaba recientemente cómo «muy pocos tratamientos eficaces son inofensivos» y que «el aparataje terapéutico que se interpone en la actualidad entre el enfermo y su médico pone en peligro la relación afectiva que debe unirles»; por ello, «el enfermo debe absolutamente compartir con el médico el peso de la decisión» (J. HAMBURGER, *La révolution thérapeutique*, en el diario «Le Monde» del 16 de abril de 1992; publicado también en F. EWALD, *Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions*, Ministère de la santé et de l'action humanitaire, 1992, págs. 249-251, por el cual se cita).

(46) *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897.

(47) Sobre este tema, véase Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, París, 1964.

(48) El paralelismo entre estos dos fenómenos es señalado por J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière médicale*, LGDJ, París, 1973, págs. 101 y ss., al cual se sigue en la siguiente exposición.

(49) Dalloz périodique, première partie, págs. 88-96, rapport de JOSSEMAND, conclusiones de P. MATTER.

(50) En este sentido, R. SAVATIER, nota sobre la sentencia de la Sala primera de la Cour de cassation de 28 de junio de 1960 («JCP», 1960, II, 1187). Desde un punto de vista crítico, PENNEAU (*op. y loc. cit.*) señala que el argumento empleado consistiría en afirmar que una determinada actuación médica no habría dejado de tener éxito si se hubiese realizado correctamente; ahora bien, continúa este autor, quizá podríamos preguntarnos dónde está la falta precisa que debía de haberse probado, y en qué consiste desde la perspectiva del deber de diligencia que es el del médico.

(51) En la sentencia de 28 de junio de 1960, la Sala de lo civil de la Corte de Casación afirmaba que el juez de instancia había concluido válidamente que, siendo que la causa más probable del accidente —según la prueba pericial— era el aflojamiento del cierre del



El recurso a la falta virtual parece haber servido también para encauzar por esta vía una eventual responsabilidad de los médicos por la «utilización de objetos peligrosos». Sin embargo, la aplicación del principio de responsabilidad por las cosas enunciada por el artículo 1384, párrafo primero, del *Code Napoléon* no era posible en este caso, como afirmaría la *Cour de cassation* en sus sentencias de 30 de octubre de 1962 y de 16 de noviembre de 1965, corrigiendo la decisión de tribunales inferiores (52). La naturaleza contractual de la relación que une al médico con su paciente excluiría la responsabilidad por las cosas, que sólo puede aplicarse cuando la responsabilidad en causa es extracontractual.

Por último, la tercera vía para hacer frente a este tipo de resultados dañosos en los que la falta del médico no es claramente individualizable fue la imposición a éste de una «obligación de seguridad-resultado» en determinados ámbitos (53). Resulta especialmente expresiva de esta tendencia jurisprudencial la sentencia de la Corte de Ruán de 4 de julio de 1966, en un caso de parálisis posoperatoria por compresión nerviosa en el que, tras haber constatado que la fijación del brazo del paciente se había hecho conforme a las reglas del arte, sin que pudiese ser individualizada ninguna falta en la actuación del médico, se declara que

«la facultad del médico de disponer de la persona de su paciente comporta como contrapartida su toma a cargo, conllevando la obligación de conducirlo a la finalización de su estancia en el establecimiento hospitalario sano y salvo de todo daño diferente del que pudiesen acarrear los áleas propios de la intervención quirúrgica propiamente tal» (54).

La Corte de casación anularía esta sentencia apoyándose en que «poniendo así a cargo del médico una obligación de resultado, la sentencia recurrida ha violado el texto citado» (el art. 1147 del Código civil, relativo a la responsabilidad contractual) (55). La doctrina ha señalado la existencia

---

panel de obturación de unos rayos X, producido a consecuencia de la vibración del aparato, el radiólogo debía haber cometido una falta, sea no apretando suficientemente el cierre, sea no teniendo cuidado del margen de movimiento que quedaba al panel.

(52) «JCP», 1962, 2, 1294, nota SAVATIER y D. 1963, 57, nota ESMEIN; D. 1966, 61.

(53) El campo privilegiado de aplicación de esta jurisprudencia fue las complicaciones de operaciones quirúrgicas consistentes en casos de parálisis ocasionadas por compresión de centros nerviosos sufridas sobre la mesa de operaciones. Es preciso señalar que la jurisprudencia no ha utilizado los términos «obligación de resultado» sino raramente, aunque no deje de ser visible claramente en el trasfondo de las argumentaciones. PENNEAU ha visto en esta jurisprudencia, imponiendo al médico o cirujano una obligación de seguridad para con el paciente a su cuidado, un sucedáneo de la responsabilidad por la guarda de las cosas inanimadas; sucedáneo que estaría destinado a sortear la jurisprudencia de la Corte de casación ya expuesta.

(54) «JCP», 1967, II, 15272, nota SAVATIER.

(55) «JCP», 1969, II, 15799, nota SAVATIER. En el mismo sentido la sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de junio de 1989, en que corrige la decisión de la *Cour d'appel*, que había argumentado el carácter «banal» de una arteriografía, lo que conllevaría una obligación de resultado (Dalloz, 1990, pág. 413).

de algunos supuestos específicos de ruptura de la estricta obligación de medios; supuestos cuya importancia y cuya significación han de relativizarse, sin embargo (56).

La más importante de las innovaciones operadas por la jurisprudencia judicial en los últimos decenios en materia de responsabilidad médica radica en la introducción, en 1951, de un derecho del paciente a la información (57). El principio jurisprudencial no puede ser más claro —«el médico debe dar al paciente una información suficiente sobre los riesgos del acto médico previsto a fin de obtener su consentimiento libre y consciente, sin estar sin embargo obligado a poner en su conocimiento los riesgos de carácter excepcional»— (58), pero su aplicación no puede ser más vidriosa, especialmente en lo que respecta a los riesgos que, por tener carácter excepcional, no hay obligación de poner en conocimiento del paciente. En todo caso, un médico no puede hacer correr un riesgo —al menos un riesgo «no excepcional»— a su paciente sin su consentimiento, debiendo responder de las consecuencias dañosas de su intervención en caso contrario (59).

b) *Presunciones de falta de origen legal: los experimentos terapéuticos.*

La investigación médica es definida por el Derecho francés como los ensayos o experimentos organizados sobre seres humanos con el fin del desarrollo de conocimientos biológicos o médicos (60). El interés concreto en el ámbito de este trabajo es que esta norma establece una presunción de falta para determinados supuestos concretos; es más, se trata del único ré-

---

(56) En este sentido, Michelle GOBERT, «L'aléa thérapeutique en droit civil», en el vol. col. *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Sirey, París, 1995, págs. 11 y ss. Esta autora identifica y critica tres supuestos de supuesta ruptura de la obligación estrictamente de medios: la obligación del cirujano-dentista de proveer de una prótesis que dé satisfacción al cliente, pero la *Cour de cassation* ha precisado que «si el cirujano-dentista está constreñido a una obligación de medios en cuanto a los cuidados que prodiga, está constreñido a una obligación de resultado como proveedor de una prótesis debiendo proporcionar un aparato sin defecto» (Sala primera, 15 de noviembre de 1988); la obligación de resultado de los centros de transfusión sanguínea, pero ello en virtud de un contrato de suministro de sangre para la ejecución de una prescripción médica y no de un contrato de cuidados médicos (*Cour d'appel de Paris*, 28 de noviembre de 1991); finalmente, la obligación de resultado de los laboratorios de análisis, pero ésta no es sino una posición doctrinal a partir de la interpretación de la sentencia de la Sala primera de la *Cour de cassation* de 4 de enero de 1974, de la que parece desprenderse que si la realización de un determinado análisis es de pura rutina, la obligación será proporcionar un resultado correcto.

(57) Sentencia de 29 de mayo de 1951 («JCP», 1951.II.6421; Dalloz, 1952, pág. 53, nota de R. SAVATIER).

(58) Sentencia de 15 de diciembre de 1993.

(59) Michelle GOBERT, *L'aléa thérapeutique en droit civil*, cit., págs. 12-14.

(60) Artículo L. 209-1 del Code de la santé publique. La materia está regulada en este cuerpo legal, en los artículos L. 209-1 y ss. (preceptos introducidos por la Ley de 23 de enero de 1990) y R. 2047 y ss. Sobre este tema, véase J. PENNEAU, «Le cas particulier de la recherche médicale», en el vol. col. *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Sirey, París, 1995, págs. 45-49, y M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, París, 1994, págs. 431 y ss., y la bibliografía por ellos citada.

gimen legal de responsabilidad sanitaria basado en la presunción de falta, salvo error por mi parte (61).

La regulación actual distingue entre investigaciones «sin beneficio individual directo», realizadas sobre individuos sanos, en cuyo caso la responsabilidad civil del promotor tiene carácter objetivo, e investigaciones «con beneficio individual directo» —por muy problemático que sea ese beneficio si se sigue el procedimiento habitual de experimentación conforme al método doble ciego—, en cuyo caso la responsabilidad civil del promotor está sujeta a un régimen de presunción de falta. En todo caso, el promotor del experimento está obligado a la suscripción de una póliza de seguro que, aunque con determinados límites reconocidos por la ley, cubra su responsabilidad.

El problema es que el motivo que ha podido llevar al legislador a la introducción de un sistema de presunción de falta es de lo más enigmático. En primer lugar, porque será sumamente difícil para el promotor del experimento probar que no se ha cometido ninguna «falta» y que el contenido de lo que pueda ser considerado falta en una situación en la que se está poniendo objetivamente en peligro al paciente será muy difícil de determinar; la exoneración por esta vía será extremadamente difícil. En segundo lugar, porque no se ve fácilmente cuál es la razón misma de la discriminación: en la experimentación de un nuevo medicamento conforme al sistema «doble ciego», la mitad de los enfermos recibe efectivamente la sustancia testada, pero a la otra mitad no se le suministra sino un placebo, sin que ni los pacientes ni los médicos que les atienden sepan en cuál de los dos grupos se halla un concreto enfermo; en consecuencia, la situación de riesgo es objetivamente mayor que la de las personas sanas sometidas a una investigación sin beneficio personal directo.

Según la doctrina, parece ser que, como tantas veces ocurre, durante los trabajos parlamentarios «un análisis jurídico aproximativo haya hecho deslizarse sobre el terreno del hecho generador (falta presunta) lo que pertenece a la causalidad (imputabilidad del daño a la experimentación) y a la evaluación del perjuicio (estado anterior del enfermo)» (62). Esta presunción legal de falta no respondería sino a un deficiente manejo de los conceptos jurídicos y ha de ser objeto de una interpretación correctora para su aplicación, so pena de privarla por completo de cualquier virtualidad práctica o jurídica. De esta forma, la presunción de falta en materia sanitaria permanece como un instrumento específicamente jurisprudencial pese a la introducción de un régimen legal de falta presunta en 1990.

---

(61) Un punto de vista médico anterior a la regulación legal, en J. BERNARD, *Responsabilité scientifique et recherche thérapeutique*, en «EDCE», núm. 32, 1980-1981, págs. 19-23.

(62) Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel*, Dalloz, 1993, pág. 522. Citado por J. PENNEAU, *Le cas particulier de la recherche médicale*, pág. 47.

## 2. Presunciones de falta y responsabilidad objetiva en materia de vacunaciones obligatorias

El campo de las vacunaciones obligatorias es especialmente significativo. Es el primero en el que la doctrina reconoció de forma clara y muy mayoritaria la existencia de presunciones cuasi-legales y, además, *iuris et de iure*, ya que aunque existían manifestaciones del fenómeno de las presunciones en otros campos de la responsabilidad hospitalaria, su naturaleza jurídica era mucho más problemática. Además, en este dominio el Consejo de Estado optó clara y deliberadamente por las presunciones de falta en perjuicio de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Finalmente, porque el legislador iba a transformar el régimen jurisprudencial de presunción de falta en un régimen legal de responsabilidad objetiva. Se trata, en consecuencia, del ámbito más adecuado para examinar la relación entre presunción de falta y responsabilidad objetiva.

Las vacunaciones obligatorias fueron introducidas en el Derecho francés por la Ley de protección de la salud pública de 15 de febrero de 1902, sin perjuicio de algunos precedentes para categorías concretas de población. Pero su desarrollo más rápido se produjo entre 1938 y 1950, años en que cinco nuevas formas de vacunación obligatoria fueron introducidas. Y esto, sin perjuicio de una fuerte oposición basada tanto en motivos filosófico-jurídicos, como los derechos del hombre sobre su propio cuerpo y la libertad personal, como en motivos prácticos, que van desde la puesta en duda de su eficacia a la denuncia de su supuesta inocuidad; resistencia reforzada por varios accidentes graves en 1943, 1947 y, sobre todo, en la Gironda en 1947, asunto que daría lugar al célebre *arrêt* Meunier del Tribunal administrativo de Burdeos.

En estas circunstancias, parece que se daban todas las condiciones para el reconocimiento de una responsabilidad objetiva basada en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas: riesgo impuesto a determinados particulares, incluso con amenaza de sanción penal, con una finalidad de defensa de la salud pública (63). Sin embargo, el Consejo de Estado se iba a mantener firme en un sistema de responsabilidad basado en la falta, aunque todo le empujaba a la admisión de una responsabilidad «por riesgo»: la existencia de varias decisiones de tribunales administrativos inferiores (64);

(63) F. MODERNE, *Le régime juridique des vaccinations obligatoires*, cit., pág. 209.

(64) En una de las cuales la Administración es condenada a indemnizar se habían producido a consecuencia del contagio de una tuberculosis a varios niños durante una vacunación obligatoria, lo que no podía ser evitado con los medios técnicos de los que se disponía en la época. Se trata de la más conocida, la muy motivada sentencia del Tribunal Administrativo de Burdeos de 29 de febrero de 1956, Meunier et Dejous (Daloz, 1956.J.462; Sirey, 1956, pág. 38). Este asunto volvería al Tribunal Administrativo de Burdeos, tras haber conocido el Consejo de Estado por el *arrêt* de 7 de marzo de 1958, Dejous, para la determinación de la cuantía de la indemnización. Esta cuestión fue resuelta por el *arrêt* del Tribunal Administrativo de Burdeos de 15 de febrero de 1961, Meunier et Caisse primaire de sécurité sociale c. Ministre de la Santé publique et de la population («AJDA», 1961, II, págs. 361 y ss., conclusiones LUCE).

las conclusiones de los comisarios del Gobierno JOUVIN y MÉRIC (65); y, por último, la opinión de alguna de las formaciones administrativas, concretamente de la sección social (66). Desde un punto de vista extrajurídico, el coste para las finanzas públicas habría sido mínimo (67).

De cualquier manera, la posición de «fidelidad» del Consejo de Estado al sistema de la falta ha de ser matizada. Si en un primer momento se mantiene en la posición tradicional de exigir una falta grave para los actos médicos o una mala organización del servicio (68), la jurisprudencia iba a evolucionar muy rápidamente en el sentido de apreciar de una forma extremadamente liberal la concurrencia de una mala organización del servicio, hasta el extremo de considerar que el mero accidente revela por sí mismo el funcionamiento defectuoso del servicio público:

«en estas circunstancias la infección de la que el joven Dejours ha sido la víctima, así como otros seis niños vacunados durante la misma sesión de vacunación revela un funcionamiento defectuoso del servicio público, en la medida necesaria para acarrear la responsabilidad de la Administración» (69).

Una Ley de 1 de julio de 1964 (70) sustituyó el régimen jurisprudencial por la asunción por el Estado de los daños causados por una vacunación

---

(65) JOUVIN, conclusiones sobre CE, 7 de marzo de 1958, *Secrétaire d'Etat à la Santé publique c. Dejours* («RDP», 1958, págs. 1087 y ss.); MÉRIC, conclusiones sobre CE, 13 de julio de 1962, *Ministre de la Santé publique c. Lastrajoli* («RDP», 1962, págs. 975 y ss.)

(66) Informe de la Sección social del Consejo de Estado de 7 de mayo de 1952, citada por el Comisario del Gobierno MÉRIC, *op. cit.* en la nota anterior, y por Jeanne LEMASURIER, nota sobre Lastrajoli, *cit.*, págs. 727 y ss., por el cual se cita: «... convirtiendo las citadas vacunaciones en obligatorias, por razones de higiene y de salubridad pública, y especialmente para evitar las epidemias, la ley ha creado en interés general un riesgo especial para las víctimas de dichos accidentes, se deduce de ahí, tenido en cuenta el origen y el carácter de ese riesgo, y sometido a la aprobación soberana del juez de la responsabilidad, que el poder público puede, en esas hipótesis, estar obligado a la reparación de las consecuencias dañosas de esos accidentes».

(67) Según el Ministro de la *Santé publique et de la Sécurité sociale*, sólo cuarenta demandas de indemnización de daños consecuencia de una vacunación se habrían interpuesto en Francia entre 1964 y 1971, sobre un total aproximado de cuatro millones de vacunaciones efectuadas (cito por F. MODERNE, *La responsabilité administrative au cas d'accidents de vaccination: mise au point d'une jurisprudence controversée*, en «RTDSS», 1974, pág. 653).

(68) CE, 20 de mayo de 1949, *Daret (Lebon, 1949, pág. 234)*, en el que la Administración fue condenada a indemnizar, y 7 de mayo de 1952, *Dame veuve Chassagnac (Lebon, 1952, pág. 230; «RDP», 1953, pág. 1089)*, calificado por Jeanne LEMASURIER (*op. cit.*, pág. 727) como *arrêt de principe*, y en el que se rechaza la pretensión de indemnización ante la ausencia de prueba de una falta.

(69) *Arrêt* de la Asamblea del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1958, *Secrétaire d'Etat à la santé publique c. Dejours (Lebon, 1958, pág. 153; «RDP», 1958, pág. 1087)*, conclusiones JOUVIN; «AJDA», 1958.II.220, crónica de J. FOURNIER y J. COMBARNOUS; Sirey, 1956, pág. 182, nota de J. G.).

(70) JO de 2 de julio de 1964, pág. 5762. Sobre el desarrollo de la línea jurisprudencial basada en la presunción de falta, una decena de sentencias, y sobre su posterior sustitución por el sistema de responsabilidad objetiva, vid. F. MODERNE, *La responsabilité administrative au cas d'accidents de vaccination: mise au point d'une jurisprudence controversée*,

obligatoria realizada en un «centro agregado» al servicio público de salud, exigencia esta última que sería suprimida unos años más tarde (71), dando al artículo 10-1 del Código de la salud pública su redacción actual (72).

Las cuestiones que se nos plantean son dos: en primer lugar, ¿estamos ante «verdaderas» presunciones de falta?; es decir, presunciones cuasi-legales con influencia sobre la regulación de fondo, o de meras presunciones «de hombre» realizadas para el caso concreto a partir de la libre valoración de la prueba, supuestos en los que el juez administrativo, basándose en la experiencia y en el buen sentido, ha considerado probada la existencia de una falta a partir de los datos que le proporcionaba la instrucción. La segunda: en caso de que se trate de presunciones «cuasi-legales» de falta, ¿por qué no optó el Consejo de Estado por la responsabilidad objetiva?

En el *arrêt* Dejous, el Consejo de Estado afirmaba taxativamente que el contagio de tuberculosis de los niños vacunados revelaba por sí mismo un mal funcionamiento del servicio; claro que, si de la instrucción no se deducía la comisión de una falta, al menos la existencia de relación de causalidad no dejaba ninguna duda: siete de los primeros trece niños vacunados fueron contagiados. Sin embargo, en el *arrêt* Lastrajoli, el Consejo de Estado iba a utilizar una fórmula mucho más ambigua: «resulta de la instrucción, y especialmente del informe pericial, que el fallecimiento de los dos niños revela un funcionamiento defectuoso del servicio público de naturaleza a conllevar la responsabilidad de la Administración» (73). Esta peculiaridad fue advertida por Jeanne LEMASURIER, que señalaba que las circunstancias concretas permitían al Consejo de Estado individualizar las faltas que habían causado los daños, lo que podía provocar algunas dudas sobre el razonamiento del juez administrativo (74).

En todo caso, DE GASTINES ha afirmado que tanto en el caso Dejous como en el caso Lastrajoli nos encontramos ante meras presunciones de hecho —lo que este autor denomina proceso lógico de «presunción-inducción»—, sin que el juez administrativo haya pretendido introducir una «auténtica presunción de falta», es decir, «una regla de prueba afirmando la

---

en «RTDSS», 1974, págs. 650-659. Se trata de un comentario de los *arrêts* del Consejo de Estado de 24 de octubre de 1973, Ruelle, y de 3 de mayo de 1974, Epoux Berrebi; por tanto, posteriores a la reforma legal de 1964.

(71) Ley núm. 75-401, de 26 de mayo de 1975. El texto de esta ley, muy breve, está publicado en «AJDA», 1975, III, pág. 320, crónica de A. DE LAUBADÈRE, en I, págs. 308 y ss. Sobre esta ley, vid. F. MODERNE, *La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires (brefs propos sur une loi d'équité)*, en Dalloz-Sirey 1975, crónicas, pág. 161.

(72) Fuera del campo de aplicación de la ley, el Consejo de Estado utilizó la presunción de falta en su decisión de 28 de enero de 1983, Mlle Amblard (Lebon, 1983, pág. 32).

(73) En su informe, el Comisario del Gobierno MÉRIC había sido todavía más contundente: «Lo que se deduce de las piezas de los autos es, en consecuencia, un conjunto de negligencias, una falta de precauciones y de medios que revelan con toda seguridad un funcionamiento defectuoso del servicio público.» Efectivamente, el relato del Comisario del Gobierno no puede ser más desolador: vacunación simultánea e inconveniente con dos vacunas diferentes, falta de análisis previos, locales inadecuados, probable mal estado de la vacuna y médico de ochenta y dos años de edad.

(74) Nota sobre el *arrêt* Dejous, cit., pág. 729.

existencia de la falta de los agentes bajo reserva de la prueba en contrario». El término «revelar», que normalmente ha sido utilizado por la doctrina como indicio de la utilización de una presunción de falta, no sería sino el reflejo de la responsabilidad de una persona jurídico-pública por la actuación de sus agentes (75).

Se trata, sin embargo, de una opinión aislada dentro de la doctrina. En su comentario sobre el *arrêt* Lastrajoli (pág. 729), LEMASURIER admitía que podían caber dudas en el caso concreto, pero, según esta autora, el Consejo de Estado ignora en la fórmula de su decisión las circunstancias concretas para limitarse a la misma fórmula general empleada en el *arrêt* Dejous: ni enumera las faltas cometidas ni precisa cuál de ellas daría lugar a la responsabilidad del Estado. Es más, se trataría de una presunción *iuris et de iure* puesto que el caso fortuito cae dentro de la responsabilidad de la Administración —claramente en el caso Dejous, en que la Administración fue condenada por omitir precauciones que no se consideraban necesarias en la época de los hechos— (76), y la Administración sólo podrá exonerarse probando la ruptura del nexo de causalidad, sea por hecho de tercero, falta de la víctima o fuerza mayor. En consecuencia, LEMASURIER propone la terminología de «presunción de responsabilidad» como más adecuada que la de presunción de falta (77).

La argumentación empleada por los partidarios de ver en esta jurisprudencia el reconocimiento de una presunción de falta o de responsabilidad parece la más convincente, especialmente por lo que se refiere al *arrêt* Dejous: demostrada suficientemente la existencia de una relación de causalidad, el Consejo de Estado hace recaer sobre la Administración el caso fortuito, y lo hace mediante la afirmación de que la mera existencia del accidente «revela» un mal funcionamiento de la Administración. Pero ¿por qué presumir —más bien, afirmar— el mal funcionamiento del servicio público en vez de utilizar el expediente de la responsabilidad por riesgo?

Las razones que se pueden dar responden a dos tipos de argumentos: los basados en el deseo de no dar una extensión desmesurada a la responsabilidad administrativa y el deseo del Consejo de Estado de censurar de alguna manera los accidentes derivados de las vacunaciones obligatorias, contribuyendo así a su prevención.

En primer lugar, el desarrollo lógico del reconocimiento de una res-

---

(75) L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, cit., págs. 110-112.

(76) En este sentido, las conclusiones de L. JOUVIN sobre el *arrêt* CE, Asamblea, 7 de marzo de 1958, Dejous («RDP», 1958, págs. 1087 y ss., ya citado, especialmente pág. 1092).

(77) En el mismo sentido, más recientemente, LLORENS-FRAYSSE. Esta autora utiliza dos argumentos: que, en su opinión, los hechos relatados por el Comisario del Gobierno en el caso Lastrajoli no son suficientes para constituir por sí mismos una falta y, sobre todo, que el Consejo de Estado no se toma la molestia de recogerlos pormenorizadamente, sino que reproduce la fórmula del *arrêt* Dejous; se trataría, en consecuencia, de una presunción cuasi-legal (Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 218). PAILLET viene a coincidir con el análisis anterior, utilizando el término de «presunción regla» (M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, cit., pág. 148).

ponsabilidad objetiva basada en el mero carácter obligatorio de la vacunación podría llevar a la indemnización de las vacunaciones hechas por médicos privados, sin relación directa ninguna con el servicio público en sentido subjetivo —de hecho, ha llevado, aunque en virtud de una decisión del legislador, no del Consejo de Estado—. Pero, sobre todo, podría temerse que la responsabilidad se extendiese a todos los casos en los que un daño derivase de la realización de una actividad obligatoria, incluida la educación primaria. Sin embargo, como ya se señaló en la época, el mantenimiento del nexo orgánico con el servicio público en sentido institucional no ofrece mayores dificultades organizativas, sobre todo si se tiene en cuenta que las vacunaciones colectivas, con inyecciones realizadas en serie, son considerablemente más peligrosas que las realizadas individualmente por un médico privado.

Habría sido, en consecuencia, fundamentalmente el deseo de no crear una situación de irresponsabilidad de hecho que podría redundar en perjuicio de la seguridad de los administrados lo que habría motivado la decisión del Consejo de Estado. Se trataría, en consecuencia, de mantener una cierta idea de sanción aparejada al reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial (78). Una opinión similar sería la que hace basarse las presunciones de falta en general en una determinada concepción de la «normalidad» sostenida por el *Conseil d'Etat* y, en consecuencia, sanciona moralmente las excepciones a esa normalidad en el funcionamiento del servicio público (79).

### 3. *El surgimiento de las actuales presunciones de falta: las consecuencias inesperadas de intervenciones quirúrgicas simples y las consecuencias anormalmente dañosas de tratamientos banales*

Aunque agrupadas en el mismo epígrafe, se trata en realidad de dos líneas jurisprudenciales diferentes, aunque el Consejo de Estado emplee la misma fórmula en ambos casos. La primera en surgir fue la indemnización de las secuelas neurológicas derivadas de la compresión de determinados centros nerviosos, no causada por la intervención en sí, sino debida a la postura en la que el paciente ha sido dispuesto durante determinadas operaciones quirúrgicas prolongadas (80). La otra deriva de los daños anormal-

(78) Jeanne LEMASURIER, nota sobre el *arrêt* Lastrajoli, cit., pág. 731.

(79) Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 290 y ss.

(80) En el *arrêt de principe* de 15 de julio de 1959, Dlle Segrettin (Lebon, 1959, pág. 474; «AJDA», 1960, II, págs. 41 y ss., nota de COULET), el Consejo de Estado utilizaba una fórmula ambigua: «resulta de la instrucción y especialmente de la opinión unánime de los expertos que la parálisis cubital del miembro superior derecho por la que la Dlle Segrettin (...) está afectada está en relación directa de causa a efecto con una compresión excesiva sufrida por ese miembro durante el curso de una operación quirúrgica» y, en consecuencia, «la enfermedad mencionada es de tal naturaleza que implica la responsabilidad de la Administración». Otra aplicación de esta jurisprudencia serían los *arrêts* de 23 de julio de 1974, dame Champion et CPAM d'Indre et Loire (Lebon, 1974, pág. 459; observaciones de



mente graves provocados por inyecciones, normalmente intravenosas (81); una fórmula de la que el *arrêt* del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1976, Assistance publique de Paris c. dame Derridj et autre (82), constituye un excelente ejemplo: se afirma que el tratamiento seguido, a base de antibióticos, «no ha constituido, por parte del médico que lo ha ordenado, una falta médica grave»; para añadir «que resulta del informe del experto (...) que la paraplejía de los miembros inferiores (...) está en relación directa de causa a efecto con la inyección intramuscular practicada el 21 de abril de 1969»; en consecuencia, «que tratándose de una acto de cuidados corriente y de carácter benigno, las secuelas mencionadas no pueden ser contempladas sino como reveladoras de una falta cometida en la organización o el funcionamiento del servicio». Y esto incluso teniendo en cuenta que, como relata el profesor AUBY en la nota citada, el experto había concluido que no se había cometido ninguna falta al proceder a la inyección intramuscular: ni en el producto inyectado ni en la administración de la inyección.

En todo caso, la utilización de una misma fórmula tiene una importancia cierta, siendo éste uno de los elementos característicos de las presunciones cuasi-legales, destinado por el juez administrativo a dar a conocer la posición que adoptará en casos similares (83) y aceptando, en consecuencia, autovincularse para el futuro (84).

En uno y otro caso, la doctrina ha sido casi unánime al considerar que el Consejo de Estado utiliza en estos supuestos una presunción de falta (85).

---

F. MODERNE, en «RDSS», 1975, pág. 207), en el que se afirma que el hecho causante de las secuelas «haya sido posible revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio», o 5 de enero de 1977, Prades (Lebon, 1977, tablas, pág. 956; observaciones de F. MODERNE, en «RDSS», 1977, pág. 529). Puede señalarse como precedente, discutible, del *arrêt* Segrettin la decisión de 9 de enero de 1957, Hôpital civil de Blois (Lebon, 1957, pág. 23).

La singularidad de esta línea jurisprudencial es subrayada por LLORENS-FRAYSSE, que la contraponen a las secuelas de cuidados corrientes, que serían presunciones cuasi-legales, mientras que las secuelas neurológicas de operaciones sólo serían objeto de una presunción de hecho o del juez (Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 240-242). La conclusión es discutible, pero la posición que se adopte sobre este punto no tiene en realidad una gran importancia, si se tiene en cuenta el escaso número de decisiones implicadas.

(81) El *arrêt de principe* sería la decisión del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1962, Meier (Lebon, 1962, pág. 122).

(82) «Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)», ed. G, II, núm. 18792, nota de J. M. AUBY.

(83) J. M. AUBY, nota sobre CE, 22 de diciembre de 1976, Derridj, cit. Las otras dos características señaladas por este autor son la atención del Consejo de Estado a mantenerse estrictamente en el ámbito de la presunción anunciada y un enunciado claro de las condiciones para la aplicación de la presunción, en este caso la existencia de relación de causalidad.

(84) Sería precisamente el que el Consejo de Estado acepte vincularse para el futuro la diferencia fundamental entre las presunciones del juez y las presunciones cuasi-legales (Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 268 y 273).

(85) Puede citarse, entre otros muchos, a J. MONTADOR, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Berger-Levrault, París, 1973 (hay edición posterior), págs. 522 y ss., se pronuncia en este sentido, haciendo un tratamiento unitario de estos supuestos y de los de vacunaciones obligatorias; F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière (note sous Conseil d'État, Assemblée, 25 janvier 1974, Centre*

Sin embargo, dos cuestiones deben ser examinadas: el ámbito de aplicación de la presunción y su eficacia de presunción simple o *iuris et de iure*. Cuestiones profundamente relacionadas.

Los autores que recientemente se han ocupado de este tema suelen afirmar que estamos ante presunciones *iuris et de iure*, aunque a menudo lo hagan de forma un tanto tónica y de manera general para los casos de daños derivados de vacunaciones obligatorias y para los supuestos de daños anormales derivados de cuidados corrientes (86). La aproximación más convincente al tema de la prueba es, en mi opinión, la del profesor AUBY. Este autor admite que la aplicación de una presunción pasa por la prueba de su supuesto de hecho, que no sería directamente la falta de la Administración en este caso, lo que permite aproximarla al «principio de prueba» al que ya se hizo referencia. Pero, sin embargo, «en el caso de las presunciones de falta, de ninguna manera se pide al demandante que aporte un principio de prueba de esta falta. Lo que se espera de él se refiere más bien al nexo de causalidad». En consecuencia, la Administración puede impedir la aplicación de la presunción demostrando la ausencia de relación de causalidad, pero esta prueba «no debe ser confundida con lo que habitualmente se denomina “prueba contraria”. La prueba contraria es la de la ausencia de falta».

El aspecto que se presta más a la polémica es sin embargo cuando, continuando su razonamiento, AUBY afirma que la prueba de la ausencia de falta debe ser admitida para contestar la aplicación de una presunción de falta en materia hospitalaria; se trata de presunciones simples o *iuris tantum*. El motivo es la posición de este autor, que ve en las presunciones

---

*hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon*), op. cit., pág. 216; DEWOST y DENOIX DE SAINT MARC (ellos mismos miembros del Consejo de Estado), crónica en «AJDA», 1969, I, pág. 556. Como señala AUBY, «se trata de reglas particulares correspondientes a dominios determinados y no de la aplicación de poderes generales del juez administrativo en materia de prueba», posición que concuerda con su consideración de que presunciones legales y cuasi-legales son reglas de fondo más que normas de administración de la prueba (J. M. AUBY, nota sobre Lastrajoli, cit.)

No obstante, pueden señalarse algunas voces discrepantes. En primer lugar, la de DE GASTINES, quien considera que en materia sanitaria el juez administrativo francés no emplea en ningún caso sino presunciones de hecho o del hombre, como ya se ha reseñado. Una posición más matizada es la del Comisario del Gobierno Serge DAEL, quien admite la existencia de una auténtica «obligación de resultado» —y, por tanto, de una presunción cuasi-legal— en lo que se refiere a los defectos de asepsia, pero considera que en lo que se refiere a los «cuidados corrientes» no existe sino una deducción por un conjunto de circunstancias de la certidumbre de que una falta ha sido cometida, en un razonamiento próximo a la presunción del hombre de los civilistas: «el error no está totalmente identificado, pero es seguro. La presunción no es casi más que una cláusula de estilo». Por otra parte, continúa DAEL su razonamiento, cuando la convicción del juez administrativo no en el sentido de la existencia de una falta, se descarta la responsabilidad y sería un ejemplo de esto último el *arrêt* del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1977, Rémy-Neris (S. DAEL, «Responsabilité hospitalière et risques thérapeutiques. De la présomption de faute à la responsabilité sans faute», conclusiones sobre CE. Ass., 9 abril 1993, Bianchi, en «RFDA», 3-1993, págs. 573-582, concretamente pág. 575).

(86) M. PAILLET, *La faute du service publique en droit administratif français*, cit., pág. 150, y Françoise LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 223-226.

cuasi-legales una regla de fondo y no de administración de la prueba: las presunciones *iuris et de iure* sólo son admisibles en materias en las que la responsabilidad es objetiva, como los accidentes provocados por vehículos de titularidad pública, pero no en una materia como la responsabilidad hospitalaria, sólidamente anclada en la responsabilidad por falta. Ciertamente, continúa este autor, esta prueba negativa es casi imposible; la única posibilidad para la Administración será demostrar la existencia de un caso fortuito, que tendría en este caso valor exoneratorio (87).

La discrepancia sobre el carácter simple o *iuris tantum* de las presunciones está relacionada con el ámbito que cabe otorgarle; o, más concretamente, con la explicación que cabe dar a determinadas negativas del Consejo de Estado a admitir la responsabilidad de la Administración en supuestos similares a los referidos: admisión de la prueba contraria supuestamente suministrada por la Administración o aplicación estricta e incluso restrictiva del supuesto de hecho de la presunción.

Uno de los supuestos que puede ser más significativo es el de un niño aquejado de una tromboflebitis en el brazo derecho a continuación de dos inyecciones intravenosas practicadas como preparación para una urografía (88). Esta decisión no fue bien acogida por la doctrina; a propósito de ella, F. MODERNE se planteaba la justificación de aplicar en este supuesto un régimen de falta simple y no de presunción de falta, una dualidad de soluciones no siempre justificada, si no «hay lugar a pensar que una tromboflebitis es una consecuencia relativamente aceptable de una inyección intravenosa, que impide el recurso a la teoría de la presunción».

Como ha señalado LLORENS-FRAYSSE, una primera explicación de estas decisiones sería entender que la presunción de falta instituida en materia

---

(87) J. M. AUBY, nota sobre Derridj, cit., «JCP», 1978, II, núm. 18792. La misma posición respecto a la prueba contraria, con un carácter más general, es sostenida por CHAPUS, quien admite que la posibilidad de una exoneración por ausencia de falta no ha sido explícitamente admitida por el juez administrativo, pero «el simple silencio de la jurisprudencia no es susceptible de excluir esta posibilidad. Si, por otra parte, esta posibilidad fuese excluida, la responsabilidad en cuestión sería una responsabilidad sin falta y no se comprendería porque, en cada caso, el juez se vincula a expresarse en términos de responsabilidad por falta». No obstante, admite este autor, «de hecho, [el juez administrativo] no parece dispuesto prácticamente a reconocer que la prueba contraria, que por otra parte no es nada fácil, ha sido aportada» (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., tomo I, págs. 1100 y 1103). El régimen concreto del caso fortuito se analiza en un epígrafe aparte.

(88) CE, 13 de mayo de 1977, Rémy-Néris (Lebon, 1977, tablas, pág. 977; observaciones de F. MODERNE, en «RTDSS», 1978, pág. 363). Otro ejemplo sería la pérdida por un niño de cinco dedos de una mano como consecuencia de la formación de un coágulo y posterior gangrena producidos por una transfusión sanguínea (CE, 5 de enero de 1966, Moreno; Lebon, 1966, tablas, pág. 1100).

Puede citarse también el rechazo de las pretensiones de indemnización por las secuelas neurológicas sufridas en un brazo por una mujer como consecuencia de inyecciones y transfusiones sufridas con ocasión de una operación (CE, 29 de octubre de 1975, dame Montavon, en «RDP», 1976, pág. 400). Una explicación plausible de esta decisión es que «el juez administrativo duda en declarar la responsabilidad de la Administración hospitalaria en razón de accidentes quirúrgicos o postquirúrgicos, teniendo en cuenta las dificultades técnicas operatorias y las reacciones imprevisibles de determinados organismos» (observaciones de F. MODERNE, en «RTDSS», 1977, pág. 72). En el mismo sentido, Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La presumption de faute en droit administratif français*, cit., pág. 224.

de cuidados corrientes es susceptible de ser combatida mediante la prueba contraria. Efectivamente, el Consejo de Estado afirma en estos casos la ausencia de falta. Pero otra explicación posible, por la que se pronuncia la autora citada, sería que los supuestos reseñados no entran dentro del ámbito de las presunciones de falta (89).

Por otra parte, parece que esta interpretación restrictiva de la presunción de falta en materia de cuidados corrientes ya no estaría vigente. Es lo que parece indicar una decisión de 1980 en la que el Consejo de Estado aceptó aplicar la presunción de falta en un caso de paresia del brazo izquierdo provocada, al parecer, por una transfusión producida durante los cuidados postoperatorios, aunque la relación de causalidad no dejaba de ser dudosa, según el informe del experto (90). Jurisprudencia aparentemente confirmada por el desarrollo de la jurisprudencia sobre infecciones hospitalarias, como se expondrá a continuación.

Por último, puede señalarse que el Consejo de Estado ha rechazado extender la presunción de falta al mal funcionamiento de los aparatos utilizados para la prestación de los servicios sanitarios. En estos supuestos, no puede aplicarse ni una responsabilidad por las cosas próxima a la establecida por el artículo 1384 del *Code civil*, ni una presunción de falta (91).

#### 4. *Crecimiento y crisis de las presunciones de falta en materia de infecciones hospitalarias: la jurisprudencia Sainte Marthe d'Avignon y su evolución posterior*

Es difícil sobreestimar la importancia que tiene la admisión de las presunciones de falta en materia de contaminaciones hospitalarias, uno de los

---

(89) F. LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute en droit administratif français*, cit., págs. 223 y ss. La autora justifica la decisión adoptada en el *arrêt* Moreno por el estado grave en el que se encontraba el paciente antes de la intervención, lo que hacía difícil de determinar en qué medida las secuelas se debían a la enfermedad sufrida y en qué medida al tratamiento, aparte de que esta circunstancia dificultaba considerablemente un tratamiento normalmente corriente, que debido a ello dejaba de serlo. El *arrêt* Rémy-Neris es más difícil de justificar; la hipótesis un poco forzada de la autora es que el Consejo de Estado considera que una tromboflebitis no es una consecuencia inaceptable de una inyección intravenosa.

(90) CE, 9 de enero de 1980, Madame Martins (Lebon, 1980, pág. 4; Dalloz-Sirey, 1980, información rápida, pág. 318, observaciones F. MODERNE y P. BON; «JCP», 1981, II, núm. 19651, nota de C. DEVES, y observaciones de J. M. DE FORGES, en «RDSS», 1980, págs. 491 y ss.).

(91) Como señaló el Comisario del Gobierno, B. STIRN, en sus conclusiones, «una construcción apoyada sobre la presunción de falta, que se comprende perfectamente para actos de cuidados, sería más sorprendente para los daños resultantes de bienes mobiliarios. Esto extendería a esta hipótesis un régimen que recordaría curiosamente, para los objetos mobiliarios, a la de los daños de los trabajos públicos, incluso sin que la persona pública pueda exonerarse de su responsabilidad acreditando un mantenimiento normal. Semejante construcción faltaría notablemente de coherencia» (*arrêt* del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1984, Centre hospitalier de Meulan, en «RDSS», 1985, págs. 346-349, conclusiones B. STIRN).

males crónicos de los hospitales modernos (92). Se trata, en consecuencia, de uno de los campos clave de desarrollo de las presunciones de falta.

Suele considerarse como *arrêt de principe* el de 18 de noviembre de 1960, Savelli: un niño aquejado de rubéola muere de viruela plausiblemente contraída en el hospital, contagiando además a otros miembros de su familia (93). En efecto, ante la ausencia de camas, el niño había sido ingresado en una sala de adultos en la que había un enfermo de viruela, siendo además que en la época de los hechos no había ninguna epidemia de viruela. Sin embargo, la inclusión de este asunto en el campo de las presunciones de falta es dudosa; podría pensarse más bien en una presunción de causalidad: existe una lesión cierta, la muerte del niño y de otro miembro de su familia, y un mal funcionamiento cierto, al haber sido ingresado el niño en una sala de adultos en la que, además, había un enfermo infeccioso. En estas circunstancias, la existencia de un nexo de causalidad entre mal funcionamiento del servicio y la lesión era plausible y, más que eso, presumible (94).

Para colmo, el *arrêt* de la Asamblea plenaria del Consejo de Estado de 25 de enero de 1974, Centre hospitalier Sainte Marthe d'Avignon, iba a tener la virtud de poner en cuestión la balbuciente jurisprudencia anterior. El niño Patrick Herrouard fue hospitalizado como consecuencia de un accidente de la circulación; durante su estancia en el hospital contrajo una poliomielitis. Pese a que había una niña enferma de poliomielitis internada en el mismo servicio, según el Consejo de Estado, «no está establecido ni se desprende de la instrucción que las precauciones de aislamiento tomadas por el personal del hospital durante los cuidados dispensados a esos dos enfermos hayan sido insuficientes». En consecuencia, el Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal administrativo de Marsella que había condenado al hospital.

Como señala MODERNE, hay dos interpretaciones posibles de este asunto. La primera, la voluntad de ruptura del Consejo de Estado con un sistema de presunciones de falta en materia hospitalaria que se había ido desarrollando paulatinamente durante los años sesenta y que se habría

(92) Según una investigación llevada a cabo por la Asistencia pública de París y publicada en marzo de 1993, cerca del diez por ciento de los enfermos hospitalizados son víctimas de una infección contraída durante su estancia (citado por J.-C. LAMOUREUX, *La santé, malade de l'argent*, en «Le monde diplomatique», febrero de 1995, pág. 21).

(93) Lebon, 1960, pág. 640; «RDP», 1961, pág. 1068, nota de M. WALINE. Esta decisión parece considerarse unánimemente como el punto de partida de las presunciones de falta; en este sentido, F. MODERNE (*La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, «RDSS», 1975, pág. 217) o Françoise LLORENS-FRAYSSÉ (*La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 238), etc.

(94) Los otros ejemplos que se pueden citar no son casi más concluyentes. Por ejemplo, las lesiones sufridas por un recién nacido y que, según el Consejo de Estado, «no pueden ser atribuidas a otras causas que a una quemadura accidental sufrida en la maternidad» (CE, 13 de julio de 1961, Centre hospitalier régional de Blois, Lebon, 1961, tablas, pág. 1175). Pero ¿realmente puede considerarse como una presunción? O la infección por estafilococos sufrida por una madre que acaba de dar a luz y por el recién nacido, pero varios casos similares habían sido constatados en la misma época en el mismo servicio (Tribunal administrativo de Nantes, 30 de julio de 1971, Epoux Debuissou et constorts Maximé c. Hôpital Jeanne-Delanoue à Saumur, «AJDA», 1972, II, pág. 179).

ido convirtiendo en una carga demasiado pesada para los hospitales. La segunda interpretación sería la vuelta del Consejo de Estado a una concepción más rigurosa de las presunciones de falta, que se habían deslizado casi insensiblemente hacia las presunciones de responsabilidad, en las que es suficiente establecer la relación de causalidad y que dejan el caso fortuito a cargo de la Administración. En consecuencia, a partir de la jurisprudencia *Sainte Marthe d'Avignon*, el caso fortuito no debería ser soportado por el hospital, que podría liberarse probando que no se ha cometido ninguna falta ni en la organización ni en el funcionamiento del servicio (95).

Existen otras interpretaciones. Sobre el *arrêt* *Sainte Marthe d'Avignon*, AUBY señalaría como explicación más probable la falta de un nexo de causalidad suficientemente establecido, posibilidad que por otra parte ya había sido apuntada por MODERNE. Como señala este autor, aunque la Comisario del Gobierno QUESTIAUX (96) había propuesto extender la presunción también a los casos en los que no es posible identificar un acto preciso en el origen del daño, la reparación derivando solamente de la presencia en el hospital de la persona víctima del accidente, esta posición no fue aceptada (97). En consecuencia y como, al contrario de lo que ocurría en otros asuntos anteriores, el aislamiento de la víctima había sido hecho diligentemente, cabían dudas más que razonables sobre si la víctima no habría contraído la enfermedad antes de su ingreso en el hospital (98).

Una cuarta explicación avanzada rechaza la tesis del abandono de una presunción cuasi-legal preexistente, o la ausencia de las condiciones de aplicación de esa presunción, creyendo ver, por el contrario, el rechazo de transformar una presunción de hecho en una presunción cuasi-legal. Efectivamente, cada vez que el Consejo de Estado se había enfrentado al problema, habría procedido a la búsqueda concreta de los indicios que le habrían permitido aplicar una presunción «de hecho» o «del juez» (99).

---

(95) F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, cit., págs. 219-220. Por su parte, AUBY se pronunció por la primera de las explicaciones avanzadas por MODERNE, hablando incluso de una decadencia de la presunción de falta en materia médica [J. M. AUBY, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, en la «Revue internationale de droit comparé», 1978, pág. 518 en nota]; sin embargo, parece haber variado posteriormente su valoración, como se expone en el texto.

(96) Las conclusiones de la Comisario del Gobierno son también citadas en la crónica de FRANC y BOYON, en «AJDA», 1974, pág. 202, donde se incluye un resumen.

(97) En esta posición de la Comisario del Gobierno Mme QUESTIAUX, que es un miembro del Consejo de Estado, cabe ver un reflejo de las «obligaciones de seguridad», obligaciones accesorias que la jurisprudencia civil francesa considera por regla general como de resultado, y entre las que cabe citar a modo de ejemplo la obligación de un transportista respecto del viajero o de un hostelero respecto de la persona del cliente. Sobre este tipo de obligaciones vid. G. VINEY, *La responsabilité. Conditions*, cit., págs. 655 y ss. y 829 y ss. Aunque la sugerencia de la Comisario del Gobierno no fuese aceptada, este supuesto es un indicio claro de que la imposición de obligaciones de resultado en concreto y la atención a la jurisprudencia civil en general no son extrañas a la mentalidad del *Conseil d'Etat*.

(98) J. M. AUBY, nota sobre Derridj, cit., «JCP», 1978, II, núm. 18792.

(99) F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., págs. 238-240. Esta solución ya había sido apuntada por PAILLET, que se refería a la existencia en estos supuestos de una «presunción-probabilidad», pero no de

Hay una última interpretación posible, en mi opinión. Si consideramos el *arrêt* Savelli como una presunción de causalidad y no como una presunción de falta o de responsabilidad, el *arrêt* Sainte Marthe d'Avignon se convierte en perfectamente coherente con el anterior: de las tres condiciones para aplicar una presunción de causalidad —lesión cierta, falta probada y relación de causalidad posible—, en el segundo asunto faltaba la segunda.

Sin embargo, en la actualidad caben pocas dudas sobre la existencia real de una presunción cuasi-legal en el campo de las infecciones hospitalarias, presunción que habría surgido durante el curso de los años ochenta. Un caso especialmente significativo es el resuelto por el Consejo de Estado en su decisión de 9 de diciembre de 1988, Cohen, que constituiría un auténtico *arrêt de principe*: un supuesto de meningitis complicada con lesión de la médula espinal, plausiblemente producida durante una exploración radiológica o la intervención que la siguió, sin que se haga referencia a la comisión de ninguna falta en concreto; sin embargo, el contagio «revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio hospitalario» (100).

La confirmación de esta jurisprudencia se encuentra en el *arrêt* del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1989, Bailly (101), y en otro de la misma fecha, Epoux Peyres, muy similar (102). Pero probablemente el supues-

---

una «presunción-regla» (M. PAILLET, *La faute du service public en Droit administratif français*, cit., pág. 151).

(100) «Considerando que resulta de la instrucción y especialmente de la prueba pericial, que la infección meníngea complicada por una lesión de la médula espinal de la que el Sr. Cohen ha sido víctima tuvo por causa la introducción accidental en el organismo del paciente de un germen microbiano en el momento de la "sacroradiculografía" que sufrió el 18 de agosto de 1976 en el grupo hospitalario de la Pitié-Salpêtrière en París, o de la intervención quirúrgica de la hernia de disco confirmada por el examen anterior que sufrió el 19 de agosto de 1976 en el mismo establecimiento, siendo que resulta de la constatación de los expertos que *ninguna falta grave, especialmente en materia de asepsia, puede ser reprochada* a los agentes que han ejecutado este examen y esta intervención; *que el hecho de que tal infección haya podido producirse, sin embargo, revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio hospitalario, al que incumbe el proporcionar al personal médico un material y unos productos estériles.*»

(101) Según el resumen que nos proporciona el Recueil Lebon (Tablas, pág. 908), pueden señalarse los siguientes puntos: el paciente fue internado aquejado de una fractura cerrada de rodilla, concretamente de la cabeza del peroné derecho; le fue realizada una operación quirúrgica de reducción de la fractura, a continuación de la cual se declaró una infección por estafilococos que dejó secuelas en la articulación; nada hace suponer que el paciente fuese portador antes de la operación de una cepa infecciosa que pudiese ser el origen de la complicación; ninguna falta grave, específicamente en materia de asepsia, puede ser reprochada a los facultativos. Sin embargo, el Consejo de Estado concluye que la introducción accidental en el organismo de un paciente de un germen microbiano durante una intervención quirúrgica revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio hospitalario, incluso si ningún otro caso de contaminación de esta naturaleza ha sido contrastado en este servicio en la época de los hechos.

(102) El supuesto enjuiciado eran las quemaduras sufridas por un recién nacido. El Consejo de Estado iba a señalar que «considerando que resulta de la argumentación precedente que las quemaduras que han sido constatadas cuando el niño ha sido examinado después de la operación no han podido ser ocasionadas más que por el material del centro hospitalario regional de Toulouse [y no de la clínica de Pau en la que el niño había sido atendido antes], sea en el momento del examen previo a la operación, sea durante la realización de esta última; que *la existencia de esas quemaduras revela por sí sola una falta en el*

to más significativo sea el resuelto por el Consejo de Estado por decisión de 31 de octubre de 1990, Epoux Pelletier. Se trata de la ceguera de un paciente como secuela de una intervención quirúrgica, resultado inesperado al que nada parecía predisponerle; en estas circunstancias, el juez administrativo aventura la hipótesis de que un desinfectante podría haberse deslizado por debajo de los vendajes destinados a proteger los ojos; en consecuencia, «ese accidente revela, incluso si es imposible determinar las circunstancias exactas en las que los ojos han entrado en contacto con un producto tóxico, una falta en el funcionamiento del servicio» (103).

En estos supuestos parece que la presunción va más allá de la presunción de falta, podría hablarse de presunción de responsabilidad o, quizás, de imposición de una obligación de resultado. En este sentido es especialmente significativo el *arrêt* Cohen, en el que el Consejo de Estado se toma el trabajo de precisar que ninguna falta ha sido cometida, específicamente en materia de asepsia, pero condena a la Administración a indemnizar utilizando para ello la fórmula consagrada de las presunciones de falta.

Otro supuesto próximo al de las presunciones de falta, aunque en este caso difícilmente puede hablarse de la imposición de una obligación de resultado, es el resuelto por la Corte administrativa de apelación de Lyon el 29 de mayo de 1990, Consorts Guermonprez. Se trataba en este caso de un esquiador accidentado, al parecer con fractura abierta, operado por un interno en presencia del jefe del servicio; fue necesaria la posterior amputación de la pierna como consecuencia de una infección. El discutible argumento empleado por el juez administrativo para fundamentar su decisión fue que «no puede considerarse que el paciente haya sido beneficiario de todas las garantías que los enfermos tienen derecho a esperar de un servicio público hospitalario». Se trata, inequívocamente, de una obligación de medios, pero también inequívocamente el juez administrativo está actuando como «legislador», imponiendo *ex novo* un determinado nivel de diligencia al servicio hospitalario; nivel por encima de lo establecido en la reglamentación de los servicios, específicamente sobre la participación de los internos en la asistencia sanitaria, y por los usos médicos.

Pese a un aparente afianzamiento de la jurisprudencia, los límites de su ámbito de aplicación siguen siendo tenues. En este sentido es muy significativa la decisión de la Asamblea plenaria de la Corte administrativa de apelación de París de 20 de octubre de 1992, Administration générale de l'Assistance publique à Paris c. X, denegando la aplicación de la presunción de falta en un caso de contaminación por VIH acontecido en 1987, al

---

*funcionamiento del servicio hospitalario de naturaleza adecuada para hacer surgir la responsabilidad de este centro hospitalario regional».*

(103) Por lo demás, los ejemplos del mismo tenor son, desgraciadamente, numerosos: *arrêt* de la CAA de Burdeos de 6 de marzo de 1990, Centre hospitalier de Brive (parada cardíaca sufrida por un niño durante una broncoscopia, accidente que revela un mal funcionamiento del servicio); *arrêt* del Consejo de Estado de 14 de junio de 1991, Maalem (infección del hueso frontal con ocasión de una intervención quirúrgica, sin que nada permita suponer que el paciente fuese portador de una cepa infecciosa; la introducción accidental de un germen en el organismo durante una operación quirúrgica revela un mal funcionamiento del servicio hospitalario), etc.



entender que la relación de causalidad no estaba lo suficientemente establecida». En esta decisión, la CAA de París hace una apelación al «estado de la ciencia» y una interpretación muy restrictiva de las presunciones de falta (104), aparte de rechazar terminantemente la posible concurrencia de una responsabilidad por riesgo. En la argumentación se afirma que ni la Administración estaba obligada a recurrir a métodos de trabajo más seguros, dada la pequeña probabilidad de contagio (evaluada en un 0,003%), ni, por la misma razón, estaba obligada a advertir del riesgo al paciente. En consecuencia, ante la ausencia total de falta, ni probada ni presumida, la Administración no puede ser condenada (105).

5. *Las presunciones de causalidad: la jurisprudencia sobre la «pérdida de una posibilidad»*

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la *perte d'une chance* tiene dos consecuencias fundamentales: facilitar la prueba de una relación de causalidad problemática, incluso llegando a establecer una presunción, entre un daño acaecido y una falta probada; y disminuir proporcionalmente el porcentaje de la indemnización del daño que deberá soportar el infractor. Se trata de una jurisprudencia que no es exclusiva del sector hospitalario, pero que ha encontrado en este ámbito un campo de aplicación privilegiado. Con la exposición sucinta que se hace a continuación se busca completar el cuadro de las presunciones en el sector de la responsabilidad hospitalaria francesa y distinguir netamente este útil creado por el juez administrativo de las presunciones de falta a las que se ha hecho referencia hasta ahora.

La presunción de causalidad se aplica en el campo de la mala organización o del mal funcionamiento de los servicios sanitarios. El Consejo de Estado ha condenado a la Administración a indemnizar cuando la abstención de un servicio hospitalario ha comprometido seriamente las posibilidades de un enfermo de evitar la amputación de una pierna (106). Pero abarca también el campo de los actos médicos propiamente tales. Por ejemplo, la falta grave de un médico que ha emitido un diagnóstico erró-

---

(104) «... el daño sufrido por el usuario de un establecimiento hospitalario público revela, por el solo hecho de haberse producido, la existencia de una falta cometida con ocasión del tratamiento que le es prodigado sólo en el caso de que, aunque la prueba de ello no haya podido ser aportada, [el daño] haya sido necesariamente provocado por una mala organización o un funcionamiento defectuoso del servicio, habida cuenta de los conocimientos científicos y de las reglas médicas obligatorias para todo práctico en la época de los hechos».

(105) Sin embargo, como señala CHAPUS al comentar la jurisprudencia sobre las infecciones hospitalarias, «en tales condiciones, no es inconcebible prever o preconizar la aplicación (o la extensión) de esta jurisprudencia a la reparación por los hospitales públicos de los perjuicios resultantes para sus pacientes de la contaminación por el virus del SIDA, con ocasión de transfusiones sanguíneas. En efecto, es anormal salir de un hospital con el SIDA, siendo que se había entrado para una operación de la cadera o de la rodilla, por ejemplo» (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., pág. 1102).

(106) CE, 2 de abril de 1964, Hospice de Voiron (Lebon, 1964, pág. 259).

neo y ha omitido posteriormente la vigilancia de la evolución del paciente a la que estaba obligado, lo que le ha impedido formular un diagnóstico correcto y ha provocado una disminución de las posibilidades del paciente de evitar la amputación de su antebrazo izquierdo (107). Lo mismo cuando el diagnóstico incompleto y tardío ha constituido una falta grave (108). Es especialmente significativo el *arrêt* Rivalland (109): omisión de un examen radiológico, siendo que los cirujanos debían conocer que el tratamiento —adecuado— sufrido por el enfermo para reducir una fractura provocaría violentas contracturas; de esta forma se había comprometido la posibilidad del enfermo de evitar la necesidad de la implantación de una prótesis total de cadera.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, la indemnización acordada por la *perte d'une chance* no tiene nada que ver con una indemnización-sanción, sino con la parte de perjuicio efectivamente imputable al hospital, aunque esta cuantificación sea siempre problemática (110). Del mismo modo, cuando de resultas de la enfermedad sufrida el paciente careciese de toda posibilidad de curación o de supervivencia, incluso la comisión de una falta grave no acarreará la responsabilidad de la Administración; incluso, como señala MODERNE, con independencia de la gravedad de la falta cometida (111).

Lo característico de esta línea jurisprudencial es que si la pérdida de una posibilidad de curación o de supervivencia está ligada por un nexo de causalidad cierto a la comisión de una falta, el daño finalmente producido no guarda con esa falta sino una relación aleatoria e insusceptible de prueba. La originalidad de esta presunción es que no tiene aplicación sino cuando la existencia de una falta ha sido establecida. De esta forma, el Consejo de Estado hace uso, de una forma «implícita pero necesaria», se-

(107) CE, 6 de febrero de 1974, Gómez («AJDA», 1974, pág. 456).

(108) CE, 9 de julio de 1975, Grandclement (Lebon, 1975, pág. 421).

(109) CE, 10 de noviembre de 1976, Rivalland c. CHR de Besançon. Cito por A. CHARAF ELDINE, *La théorie de la perte d'une chance sanitaire*, cit., pág. 53.

(110) La posición de la Sala penal de la Corte de casación parece ser diferente, al menos en algún pronunciamiento concreto: la «creación de un riesgo injustificado» acarrearía la indemnización de la totalidad del perjuicio. En este sentido, las sentencias de 9 de junio de 1977 («JCP», 1978, II, núm. 18839, nota de R. SAVATIER), de 30 de enero de 1978 («RDSS», 1979, pág. 349, nota de L. DUBOIS) y 9 de enero de 1979 («JCP», 1980, II, núm. 19.272, nota de F. CHABAS). En la jurisprudencia administrativa, el *arrêt* Leone proporciona un buen ejemplo (CE, 6 de mayo de 1988, Administration générale de l'assistance publique à Paris c. Consorts Leone et autre, «AJDA», 1988, págs. 555 y ss., observaciones de J. MOREAU).

(111) En este sentido, el *arrêt* Tronville (CE, 27 de abril de 1984, Tronville, «RDSS», 1985, págs. 165 y ss., nota de F. MODERNE). Un paciente, habiendo sufrido numerosos cortes en la cara como consecuencia de la rotura del parabrisas de su coche durante un accidente, es internado en el hospital, donde el interno de guardia ordena la realización de una radiografía craneana y procede a la limpieza de las heridas de la cara. No sería sino al día siguiente cuando el servicio de oftalmología descubriría una herida de un ojo; las operaciones subsiguientes no impiden su pérdida. El Consejo de Estado considera que si bien el interno de guardia «ha provocado un retraso cierto en el tratamiento quirúrgico que precisaba» el paciente, «esta lesión era de una gravedad tal que la herida hubiese evolucionado de la misma forma si la intervención de los oftalmólogos hubiese sido practicada antes», según había revelado el informe pericial.

gún fórmula de CHARAF ELDINE, de una presunción de causalidad: la falta de servicio es considerada como determinante de la lesión, incluso si no es posible determinar en qué proporción ha contribuido a disminuir las posibilidades del paciente. Parece deducirse, además, que la jurisdicción administrativa está empleando en estos supuestos la teoría de la causalidad adecuada.

No se trata, ni siquiera en el caso de la aplicación de esta técnica por la Corte de casación, de una obligación de resultado añadida al contrato de cuidados médicos, sino de la concurrencia de varias concausas que, en proporción imposible de determinar de forma cierta, han contribuido al resultado dañoso final. Del mismo modo, no puede considerarse que el Consejo de Estado aplique un deber de resultado, ya que esto supondría que la violación de ese deber comportaría una falta del servicio público, pero en ningún caso conllevaría la presunción de una relación de causalidad (112).

### III. LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE FALTA MEDIANTE LA INTRODUCCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO Y SU APLICABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

En este trabajo se preconiza la introducción de determinadas obligaciones de resultado para la determinación de la responsabilidad administrativa por la prestación de los servicios sanitarios. Esta introducción podría hacerse tomando como referencia el modelo francés, en el que han sido introducidas auténticas obligaciones de resultado. Pero una cuestión previa es la posibilidad de aplicar un concepto en principio perteneciente al Derecho de obligaciones a la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, además en el sector sanitario. Como adivinará quien haya tenido la paciencia de leer hasta aquí, la respuesta que se pretenderá argumentar es positiva. El régimen del caso fortuito nos proporcionará una suerte de prueba del nueve para la argumentación anterior.

#### 1. *¿Es posible la exigencia de obligaciones de resultado en la responsabilidad extracontractual de la Administración pública?*

El profesor LACRUZ caracteriza las obligaciones de medios como aquellas en las que «el deudor debe poner los medios para alcanzar ciertos fines, pero sólo eso. Aunque no se obtenga el resultado para el que se ponen los medios, el obligado no puede ser hecho responsable si no se prueba su negligencia, y aun entonces *la reparación se mide, no en relación al resultado perseguido sin fruto (y extraño a la obligación), sino a las consecuencias*

---

(112) A. CHARAF ELDINE, *La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat)*, en «RDSS», 1983, págs. 48-69, especialmente pág. 59. Vid. también YAILLE, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, en «RDP», 1974, págs. 1263 y ss.

*directas de la negligencia del deudor demostrada por el acreedor*». Por el contrario, en la obligación de resultado su obtención está garantizada y «*si el resultado no se produce, será el deudor quien deba demostrar el caso fortuito*. O sea: por el hecho de no haberse alcanzado el efecto práctico debido, queda patente, sin más, el incumplimiento, y, a partir de éste, es el deudor quien ha de probar que no ha sido culpable» (113). Por otra parte, se trata de un concepto doctrinal aplicable por igual a los Derechos francés o español.

La tentación de ver en las presunciones de falta la imposición por el juez de obligaciones de resultado en determinados ámbitos de la prestación de servicios sanitarios es grande. En Derecho francés, el juez administrativo puede no sólo apreciar la infracción del estándar mínimo de un servicio caso por caso, sino definir el nivel exigible a ese servicio con carácter general, y esto hacerlo no exigiendo una diligencia determinada que constituiría el umbral de la falta, sino imponiendo la consecución de determinados resultados en ámbitos concretos. En Derecho español, la determinación de la antijuridicidad de un perjuicio también ha sido encomendada por el legislador a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; y esa antijuridicidad puede venir determinada por el *carácter anormal de un perjuicio*, que lo convierta en intrínsecamente insoportable e incompatible con el principio de igualdad, o por la *calificación de anormal del funcionamiento del servicio público* en el origen de los daños, lo que convierte el daño en una lesión en sentido técnico. En este último ámbito el juez no tiene por qué limitarse a constatar un nivel de diligencia, dejando la carga de la prueba de su inobservancia al perjudicado o sus causahabientes, sino que puede muy bien considerar que determinados resultados de determinadas actividades revelan, por sí mismos, la existencia de funcionamiento anormal. Este tipo de «objetivación» de la falta está destinado a facilitar enormemente la administración de la prueba, lo que puede ser especialmente útil en el Derecho español, en el que el juez administrativo no está dotado de poderes de instrucción tan extensos como los del francés y, además, tiene mucho menos hábito de servirse de ellos.

No obstante, la aplicación de la teoría de las obligaciones de resultado a la responsabilidad administrativa por la prestación de servicios sanitarios choca con dos dificultades mayores. En primer lugar, el problema de aplicar una teoría concebida primordialmente para el ámbito contractual al campo de la responsabilidad extracontractual. En segundo lugar, la propia peculiaridad de la actividad médica, la obligación de medios por excelencia. En este punto, dado el origen privatístico de la teoría, es preciso hacer un rápido repaso de la cuestión en el Derecho civil.

---

(113) J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, tomo II, volumen primero, pág. 37. Las cursivas son mías. Sobre las obligaciones de resultado, vid. F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, en «Anuario de Derecho civil», tomo XLIV, fascículo I, 1991, págs. 6-96; J. M. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, en «Anuario de Derecho civil», tomo XLV, fascículo II, 1992, págs. 651-734, y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

El primer problema podría intentar sortearse recordando que la división de las obligaciones en las de medios y las de resultado fue concebida por DEMOGUE en 1925, precisamente, para relativizar las diferencias entre responsabilidad aquiliana y contractual (114). Sin embargo, la fundamental continuidad de la jurisprudencia civil antes y después de la sentencia de la Corte de casación que, en 1936, hizo evolucionar la naturaleza de la responsabilidad médica desde lo extracontractual (o cuasi-delictual, según la expresión más común en la doctrina francesa) a la contractual, puede haber sido uno de los motivos que han llevado a varios de los tratadistas de la responsabilidad médica a hablar de la unidad sustancial de la falta, o más bien la autonomía de la noción en relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad (115). En el Derecho francés, un sector doctrinal ha reconocido decididamente esta relativización, y notablemente los hermanos MAZEAUD, que hacen de este criterio el principio que vertebró su conocido tratado sobre la responsabilidad civil extracontractual. Puede afirmarse que la persona sometida al cumplimiento de un deber, sea un deber genérico de comportamiento prudente y avisado, sea un deber específico impuesto por una obligación contractual, sufre la imposición de una conducta determinada. En materia extracontractual, la transgresión hará nacer un poder de coacción en favor del perjudicado; en materia contractual, permite el ejercicio de un poder de coacción preexistente. En ambos casos, el compromiso pasa a primer plano, enmascarando el deber de cuya infracción constituye la sanción y, no obstante, es la infracción del deber lo que constituye la falta en ambos casos. Esta unidad es lo que permite extender al campo extracontractual la clasificación en obligaciones de medios y de resultados, propuesta inicialmente para la materia contractual (116).

En todo caso, este tipo de opiniones doctrinales se debe a la enorme influencia desplegada por TUNC, especialmente a raíz de un trabajo publicado en 1945 (117). Según este autor, la diferencia entre unas y otras obligaciones no es en absoluto de naturaleza. Simplemente, cuando aparece que un resultado debería ser normalmente conseguido, con excepción de las circunstancias de fuerza mayor, ese resultado constituirá el objeto del deber; en caso contrario, en presencia de un álea lo suficientemente importante, el deudor no ha podido comprometerse a lograr un resultado demasado incierto, ni la ley puede obligarle a lograrlo. La consecuencia es que «la diferencia entre las dos categorías de obligaciones resulta de las circunstancias y no, en principio, de una diferencia de grado o de intensidad de la obligación». Por tanto, esta diferencia conlleva solamente la inversión de la carga de la prueba, pero no cambia la naturaleza del hecho a

(114) J. M. LOBATO, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, cit., págs. 659 en nota y 663.

(115) En este sentido, J. ARRIGHI DE CASANOVA, *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité*, tesis, Aix, 1946, pág. 22; J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière médicale*, LGDJ, París, 1973, págs. 23 y ss.

(116) J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière médicale*, cit., pág. 27.

(117) A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, «JCP», 1945, I, 449.

probar; es decir, la existencia o ausencia de la falta. Claro está que, en el caso de deberes determinados, la prueba no podrá consistir sino en la concurrencia de fuerza mayor (118).

No obstante, hay que reconocer que la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado tropieza con notables dificultades en el campo de la responsabilidad aquiliana. Es un contrasentido que mientras que una obligación de no hacer sea siempre en buena lógica una obligación de resultado, el régimen de la responsabilidad extracontractual, en el que la obligación de indemnizar parece surgir de la infracción del deber de *alterum non laedere*, esté sometido a un régimen similar al de las obligaciones de medios.

En la doctrina se admite la existencia de similitudes entre los dos órdenes de responsabilidad. La responsabilidad general por culpa, recogida en el artículo 1902 del Código civil español, puede ser comparada en cuanto al régimen de prueba a una obligación contractual de medios, mientras que la responsabilidad *ex* artículo 1903 Cc, por las personas de las que se debe responder, sería comparable a la generada por una obligación contractual de resultado. La similitud es, sin embargo, más aparente que real, ya que el artículo 1903 permite la prueba contraria, mientras que en las obligaciones contractuales de resultado el deudor sólo puede exonerarse probando la concurrencia de un caso fortuito. A lo que se suman las dificultades técnicas de equiparar construcciones diferentes como son las de deber y de obligación, además de las interferencias derivadas de la teoría del riesgo (119).

Estas dificultades no parecen insuperables. Nada impide considerar el régimen general de la responsabilidad extracontractual en los mismos términos que una obligación de medios, pudiendo el legislador o la jurisprudencia imponer obligaciones de resultado en ámbitos concretos (120). Por otra parte, en alguna jurisprudencia reciente de la Sala primera del Tribunal Supremo parece acusarse una tendencia a utilizar la distinción entre obligaciones de medios y de resultados también en el campo extracontractual, y esto precisamente en asuntos de responsabilidad médica (121). Del mismo modo, en la jurisprudencia francesa la responsabilidad de los médicos fue considerada como sujeta a un régimen extracontractual hasta que

---

(118) Véase A. TUNC, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, «RTDC», 1945, págs. 235 y ss., y *Force majeure et absence de faute en matière délictuelle*, «RTDC», 1946, págs. 171 y ss.

(119) J. M. LOBATO, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, cit., pág. 693.

(120) De esta manera, «trasladando esta idea al campo extracontractual, cuando el legislador impone expresamente deberes a los particulares que consistan en la obtención de un resultado, la víctima podría exigir la responsabilidad probando únicamente un hecho material, sin necesidad de entrar a valorar la conducta generadora del daño y, consiguientemente, a determinar el carácter socialmente reprobable de la misma» (J. M. LOBATO, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, cit., pág. 692).

(121) STS de 7 de febrero de 1990 (Ar. 668). Vid. J. M. LOBATO, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, cit., págs. 693 y ss. y la jurisprudencia por él citada.

el desarrollo doctrinal de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado permitió a la *Cour de cassation* la modificación de su posición anterior (122). Lo que ocurre es que actualmente, tanto en la jurisprudencia civil española como en la francesa, la obligación contraída por el médico es considerada como la obligación de medios por antonomasia e insusceptible de cualquier evolución hacia la obligación de resultado.

Mal podrá hacerse responder a la Administración de una obligación de resultado si la obligación del médico, que es el prestador directo del servicio, es de medios. Sin embargo, las presunciones de falta en Derecho francés no afectan a los actos médicos propiamente tales, sino a la *organización o el funcionamiento de los servicios*. En apoyo de esta afirmación pueden citarse ejemplos de la jurisprudencia de los últimos años (123), además de varios pronunciamientos de la doctrina reciente (124). No obstante, es preciso reconocer que se trata de una interpretación que dista de ser la única posible y que está lejos de provocar la unanimidad en la doctrina francesa (125).

En todo caso, la redacción literal de las sentencias del Consejo de Estado que hacen aplicación de las presunciones de falta —cuya fórmula más repetida hace referencia a que el daño «revela un defecto en la organización o el funcionamiento del servicio»— parece limitar la presunción al campo de las faltas simples, aunque el mal funcionamiento pueda revelarse «con ocasión» de un acto médico o quirúrgico, notablemente en caso de infecciones hospitalarias; en estos casos, el Consejo de Estado se refiere en ocasiones a la obligación del servicio público de proporcionar a los facultativos un material estéril (126).

Es preciso señalar la existencia de una posible excepción: el problemático campo de las vacunaciones obligatorias. No obstante, es preciso recordar que se trata de una línea jurisprudencial que ha dejado de estar en vigor: en este ámbito, el Consejo de Estado aplicó un régimen de presunción de falta hasta la introducción de un régimen legislativo de responsabilidad objetiva. Sin embargo, algunos autores consideran que la vacunación es un acto médico (127), si bien alguno de ellos matiza su posición, afirmando

---

(122) Sentencia de 20 de mayo de 1936, Dr. Nicolas c. époux Mercier (Daloz, 1936, primera parte, págs. 88 y ss., informe de JOSSEAND, conclusiones de MATTER, observaciones de EP).

(123) Pueden citarse en este sentido las decisiones del Consejo de Estado de 13 de marzo de 1987, Mlle Lamour, y de 25 de marzo de 1987, Mme Bouchema, y de la Corte administrativa de apelación de Lyon de 21 de febrero de 1989, CHR Clermont-Ferrand c. Bellard, en las que se rechaza la aplicación de la presunción de falta a supuestos concretos de actos médicos.

(124) En este sentido se pronuncia M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en Droit administratif français*, LGDJ, París, 1994, pág. 433.

(125) Es más, autores tan cualificados como MODERNE o MOREAU parecen pronunciarse por la existencia de aplicaciones ocasionales de presunciones de falta grave. Vid. F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, cit., pág. 217; J. MOREAU, *Note sous CAA de Lyon 21 décembre 1990*, Cts Gomez, en «JCP», 1991, ed. G, II, 21698, pág. 239.

(126) CE, 1 de marzo de 1989, Bailly, ya citada.

(127) Y. GAUDEMET, *La responsabilité des services hospitaliers*, en «EDCE», núm. 32, 1980-1981, pág. 68 en nota. En el mismo sentido, F. LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 220 en nota.

que si en algunas ocasiones el Consejo de Estado ha admitido la presunción de falta grave, ello no ha dejado de ser excepcional, y el motivo de ello sería que admitir la presunción de falta equivaldría a arruinar la limitación de responsabilidad que se intenta imponer en estos campos mediante la exigencia de falta grave (128). Sin embargo, puede aducirse la diferencia fundamental que existe entre que la presunción de falta se aplique también en los dominios en que una falta grave puede ser exigida cuando se aplica un régimen de falta probada, por un lado, y que pudiese considerarse que existe una presunción de falta grave, por otro. En primer lugar, el Consejo de Estado no se refiere en la motivación de sus decisiones sino a que los accidentes acaecidos revelan un mal funcionamiento del servicio público. En segundo lugar, tanto el acto médico como la falta que pueda haberse cometido durante la realización tienen un carácter eminentemente personal que casa mal con el carácter de causa desconocida, de falta presunta pero no probada, que es el propio de las presunciones de falta. En consecuencia, parece preferible afirmar, como lo hace CHAPUS, que la presunción de falta afecta «si no a los actos médicos propiamente dichos, al menos a actos que se sitúan en su contexto inmediato y que se les parecen mucho» (129). En el mismo sentido puede citarse a los magistrados JOUGUELET y LALOUN, consejeros en las Cortes administrativas de apelación de Lyon y París, quienes afirman que «pese a las tentativas de determinados tribunales administrativos, especialmente el de Clermont-Ferrand, la jurisdicción administrativa ha rechazado siempre la extensión del mecanismo de la pretensión a la falta grave, sin duda en razón de la complejidad de los actos médicos o quirúrgicos y de la dificultad para el juez de apreciar la anormalidad del estado del enfermo después de esos actos», citando en su apoyo varias decisiones jurisprudenciales (130). Esta orientación de la jurisprudencia puede considerarse válida incluso después del abandono de la exigencia de falta grave en materia de actos médicos: no hay motivo alguno para suponer que la «falta médica» de que habla el Consejo de Estado no mantenga su especificidad (131). Por otra parte, como ya vimos, el juez administrativo sí aplica la jurisprudencia sobre la pérdida de una posibilidad de curación o de supervivencia en el dominio de las faltas médicas propiamente tales, pero en este caso se trata de una presunción de causali-

---

(128) Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., pág. 282.

(129) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., pág. 1101.

(130) Las decisiones del CE de 13 de marzo de 1987, Mlle Lamour, y de 25 de marzo de 1987, Mme Bouchema, y de la Corte administrativa de apelación de Lyon de 21 de febrero de 1989, CHR Clermont-Ferrand c. Bellard, ya citadas (J. P. JOUGUELET y F. LALOUN, *Observaciones sobre CAA de Lyon de 21 de diciembre de 1990, Consorts Gomez*, en «AJDA», 1991, pág. 126).

(131) Cfr. *arrêt de la Asssemblée plénière* del Consejo de Estado de 10 de abril de 1992, Epoux V. (Lebon, 1992, pág. 171; «AJDA», 1992, págs. 355 y ss., conclusiones H. LEGAL; «RFDA», 1992, págs. 571 y ss., conclusiones; Dalloz, 1993, sc, pág. 146, observaciones P. BON y P. TERNEYRE; «JCP», 1992, núm. 21881, nota de J. MOREAU; LPA, 3 de julio de 1992, pág. 26, nota de V. HAIM; Quot. jur. de 23 de julio de 1992, nota de Maryse DEGUER-GUE).



dad, una de cuyas condiciones de aplicabilidad es la existencia de una falta probada, y que, en consecuencia, en ningún caso puede considerarse que comporte una obligación de resultado.

En consecuencia, creo que puede afirmarse que la existencia de presunciones de falta en materia médica supone una obligación de resultado impuesta por el juez a la Administración. La cuestión es si esta interpretación tiene alguna relevancia jurídica práctica.

En Derecho francés, es jurisprudencia constante de la Sala de lo civil de la *Cour de cassation* la unidad o identidad de las faltas civil y penal de imprudencia o de negligencia (132). Esta identidad se convierte, en virtud de la autoridad de cosa juzgada del orden penal sobre el civil, en una identidad de existencia; en consecuencia, en caso de absolución del procesado, ninguna falta civil puede ser retenida y la condena civil es imposible, al menos por responsabilidad por hecho personal o por violación de un deber contractual de medios (133). Sin embargo, esta unidad de la falta civil y penal basada sobre la responsabilidad individual en ningún caso puede aplicarse a la falta en Derecho administrativo, campo en el que esta noción experimenta un proceso creciente de objetivación.

La falta es concebida por la doctrina francesa como el hecho material de infringir una obligación, que es definida por el juez administrativo a partir del denominado «principio funcional» o bien, en un menor número de casos, derivándola del «principio de legalidad», de la interpretación de una norma jurídica. En cuanto al principio funcional, el juez administrativo definirá el contenido de la obligación administrativa —y por tanto la falta— en función de la previsibilidad del daño o la peligrosidad de la actividad (lo que comportará normalmente un mayor deber de diligencia), la naturaleza de la relación que una a la víctima con la Administración (según se trate de un usuario o bien de un tercero que no se beneficia de la actividad de la Administración), los medios de que disponga el servicio o la importancia del servicio desde el punto de vista del interés general. Respecto al principio de legalidad, la violación del ordenamiento puede acarrear la nulidad de un acto, pero también constituirá en la mayor parte de los casos una falta susceptible de hacer surgir la responsabilidad administrativa. Esta segunda fuente de responsabilidad tiene una importancia fundamental en lo que respecta a los actos administrativos, pero tiene también cabida en el campo de la actividad material de la Administración (134).

En cuanto a la forma de apreciar la existencia de una contradicción ente la actuación efectiva de la Administración y la norma que define esa actividad, la doctrina francesa se ha pronunciado tradicionalmente por una apreciación *in concreto*, en especial teniendo en cuenta los medios

---

(132) La decisión de principio es la sentencia de 18 de diciembre de 1912 (Sirey, 1914, I, 249, nota MOREL; Dalloz, 1915, I, 17, nota SARRUT; Gaz. Pal. 1913, I, 107).

(133) J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, cit., pág. 177.

(134) L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, París, 1978, págs. 5-23.

puestos a disposición del servicio (135). Esta apreciación *in concreto* se oponía a la apreciación *in abstracto* que, según la doctrina administrativista, era la que predominaba en Derecho privado (136). Esta diferencia fundamental en los métodos de apreciación de la existencia de falta y, por consiguiente, de la existencia de responsabilidad, podría constituir un obstáculo a la importación de técnicas iusprivatistas por el Derecho administrativo.

Sin embargo, esta posición despierta críticas en la doctrina actual. Ciertamente, de la lectura de sus decisiones se deduce que el juez administrativo tiene en cuenta las circunstancias que concurren en cada asunto concreto, pero esto no puede considerarse en absoluto una apreciación concreta; este tipo de apreciación no se daría más que si se hiciese una apreciación caso por caso, sin ninguna generalización. Pero RICHER va más allá al afirmar que el juez administrativo francés hace una apreciación *in abstracto* que tiene en cuenta determinadas peculiaridades del caso concreto, como los medios de que dispone la Administración para desarrollar un determinado servicio, pero con unos límites a menudo marcados por la mala organización del servicio cuando la Administración no hubiese puesto a disposición de su agente los medios necesarios; apreciación que se hace conforme a una regla general, a la fijación de un límite mínimo del servicio (137).

La posición jurisprudencial anterior, si bien es indicio de un proceso de objetivación de la falta, no deja de ser minoritaria. La noción de apreciación *in abstracto* se refiere no al desprecio de las circunstancias concretas de un determinado caso, sino a hacer abstracción de las características particulares de los sujetos en causa y, en este sentido, la apreciación utilizada por el juez administrativo es predominantemente concreta (138). De tal manera que la toma en consideración de los medios de que dispone la Administración no puede considerarse sino como una muestra del carácter concreto del método utilizado por el juez (139). Por lo mismo, la toma en cuenta de la peligrosidad de la actividad y la correspondiente obligación de observar una especial diligencia es otro ejemplo de apreciación *in concreto* (140).

Sin embargo, la toma en cuenta de un defecto en la organización del

---

\_(135) Esta posición ha sido la dominante desde su adopción por M. HAURIU en su comentario sobre los *arrêts* Tomaso-Greco y Auxerre (Sirey, 1905, III, 115).

(136) M. PAILLET, *La faute du service public en Droit administratif français*, cit., pág. 154.

(137) L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, París, 1978, págs. 56 y ss., especialmente 64 y ss.

(138) M. PAILLET, *La faute du service public en Droit administratif français*, cit., págs. 154-168.

(139) Por ejemplo, en materia hospitalaria, el carácter no especializado de un establecimiento ha sido con frecuencia tomado en cuenta para justificar la no concurrencia de un defecto de vigilancia sobre un determinado enfermo (CE, 18 de enero de 1974, Dame Veuve Hamadi, en Lebon, 1974, pág. 50; CE, 5 de marzo de 1975, Dame Moulis, en Lebon, 1975, pág. 177).

(140) CE, 12 de diciembre de 1974, *Ministre de la Coopération c. Lerat* (Lebon, 1974, tablas, pág. 1244): utilización de un medicamento peligroso.

servicio supone la comparación de la organización real en presencia con una organización «ideal» y, en consecuencia, supone un importante límite a los efectos exoneratorios que a menudo produce la apreciación concreta. Por otra parte, la referencia a una mala organización del servicio ha tenido en el campo de la responsabilidad hospitalaria más aplicación que en ningún otro sector de actividad administrativa (141). Lo mismo puede decirse de la referencia a los derechos de los administrados, especialmente los derechos del enfermo: estos derechos tienen un valor intrínseco que la Administración debe respetar, adaptando a ello sus medios si es preciso (142). Para terminar, el Derecho civil español presenta la peculiaridad de que utiliza un modelo de determinación *in concreto* de la diligencia del deudor, por imperativo del artículo 1104 Cc, sin que esto haya constituido ningún obstáculo a la implantación entre nosotros de las obligaciones de resultado (143).

De lo anterior se desprenden algunas conclusiones. En primer lugar, nos permite situar el tema en su contexto: el proceso de objetivación de la falta al que se ha hecho referencia, la instauración de presunciones cuasi-legales de falta y, a través de ella, la introducción de obligaciones de resultado para actuaciones concretas, no son sino *un paso más en el sentido general de la evolución de la responsabilidad administrativa*. Un paso positivo, además, ya que permite una clarificación importante en un dominio en el que la frontera entre la falta y el simple error inevitable y excusable es a menudo difícil de determinar. Por otra parte, supone la *adopción por el juez administrativo de un papel similar al de un legislador*, desarrollando una cláusula general de responsabilidad y concretándola en dominios específicos. Este proceso se desarrolla en Francia al amparo de la especial *auctoritas* del *Conseil d'Etat*, pero también podría desenvolverse en España al amparo de la habilitación hecha por el legislador a los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, que han de determinar caso por caso la existencia de una lesión antijurídica. Es importante precisar que este proceso no tiene que conducir necesariamente y en todos los casos a la ampliación de la responsabilidad administrativa, sino sobre todo a su clarificación.

La consideración de una determinada faceta de la prestación de los servicios sanitarios como una obligación de resultado no es una cuestión arbitraria, sino que debe descansar tanto sobre criterios de equidad como

---

(141) Por ejemplo, CE, 6 de noviembre de 1959, Sarotte: la realización de una reducción de fractura por un interno y no por el jefe del servicio revela una mala organización del servicio, incluso si ninguna falta puede individualizarse. En términos similares, CE, 4 de octubre de 1968, Dlle Doukakis (Daloz, 1968, J., págs. 713 y ss., conclusiones MORISOT).

(142) En este sentido, CE, 15 de junio de 1955, Courtial (Daloz, 1955, J., págs. 790 y ss., conclusiones HEUMANN): pese a la carencia de medios alegada por el Ministerio de la Educación Nacional, el servicio que había organizado una visita médica de carácter preventivo estaba obligado a practicar las actuaciones posteriores que fuesen necesarias para darle eficacia; la Administración es condenada por no informar al padre de un alumno del resultado de un examen radiológico.

(143) Vid. J. M. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados*, cit., págs. 708 y ss.

los utilizados por la jurisdicción civil (144), como sobre los criterios elaborados por la jurisprudencia, especialmente los relativos al carácter aleatorio del resultado esperado o a la aceptación por el enfermo, de cuyo consentimiento consciente no puede prescindirse, de los riesgos propios de una determinada terapéutica, pero no de otros que le son ajenos o que tienen carácter extraordinario (145).

## 2. *El régimen del caso fortuito y las presunciones de falta*

Algunos autores, AUBY entre ellos, afirman la existencia de la posibilidad para la Administración de evitar la aplicación de una presunción de falta mediante la «prueba contraria»; es decir, la prueba de que se ha observado la diligencia exigida. Pero incluso este autor, que sostiene una posición teórica minoritaria, como ya se ha visto, admite que esta prueba negativa es casi imposible en la práctica: frente a la evidencia de que la diligencia aportada ha sido insuficiente para evitar un daño, la Administración tendrá graves dificultades para argumentar y probar que era toda la diligencia «debida», más en un campo tan sensible como el sanitario. En consecuencia, la única posibilidad que le quedaría a la Administración será demostrar la existencia de un caso fortuito en el origen de la cadena causal que ha llevado a la lesión; caso fortuito que tendría en este caso valor exoneratorio (146).

Como ya vimos, una posición similar respecto a la admisibilidad de la «prueba contraria» es sostenida por CHAPUS para todos los supuestos de presunción de falta en materia médica. Se trata, sin embargo, de una posición casi testimonial y más bien teórica: este autor admite que la posibilidad de una exoneración por ausencia de falta no ha sido explícitamente admitida por el juez administrativo en ningún caso. Sin embargo, «el simple silencio de la jurisprudencia no es susceptible de excluir esta posibilidad». En caso de que la posibilidad de prueba contraria fuese excluida, «la responsabilidad en cuestión sería una responsabilidad sin falta y no se comprendería por qué, en cada caso, el juez se vincula a expresarse en términos de responsabilidad por falta». La razón de esta posición teórica es la misma que en el caso de AUBY: ambos autores consideran que una presunción *iuris et de iure* de falta o que, en otros términos, excluya la posibilidad de la prueba de que se ha observado la diligencia exigible equivale a una responsabilidad objetiva, algo inadmisibles en materia sanitaria hasta fechas muy recientes y que aún hoy en día sólo existe para supuestos muy específicos. No obstante, también CHAPUS admite que «de hecho, [el juez administrativo] no parece dispuesto prácticamente a reconocer que la

(144) Vid. G. VINEY, *La responsabilité. Conditions*, cit., pág. 650.

(145) Vid. J. M. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados*, cit., págs. 698 y ss.

(146) J. M. AUBY, nota sobre Derridj, *op. y loc. cit.*

prueba contraria, que por otra parte no es nada fácil, ha sido aportada», igual que lo había hecho AUBY, como hemos visto (147).

Una posición diferente es mantenida por los autores que consideran que la introducción de una presunción *iuris et de iure* de falta no equivale a una responsabilidad objetiva, sino que se trata de un simple desplazamiento de la carga de la prueba como en cualquier otra presunción y que, en consecuencia, la naturaleza jurídica es la misma que en una presunción *iuris tantum*. Constatado que el juez administrativo se limita a exigir en los casos de presunciones quasi-legales de falta en materia de cuidados corrientes la prueba de la existencia de una relación de causalidad y dado que la existencia de una presunción *iuris et de iure* no es incompatible con un sistema de responsabilidad por falta, la conclusión lógica parece a primera vista considerar que estamos ante presunciones que no admiten prueba en contrario (148). En consecuencia, la Administración sólo podrá exonerarse probando la ruptura del nexo de causalidad, es decir, la incidencia de culpa de la víctima, de hecho de tercero o de fuerza mayor, pero de ninguna manera por caso fortuito que, por su carácter interno al servicio, no rompe la relación de causalidad.

Por otra parte, la afirmación del profesor AUBY sobre la demostración de la existencia de caso fortuito puede parecer extraña si se tiene en cuenta que, desde HAURIUO (149), la doctrina administrativista francesa ha caracterizado mayoritariamente el caso fortuito por la doble característica de tener carácter interno al servicio público, pero también por su carácter desconocido (150). Si el carácter desconocido es característica esencial del caso fortuito, es absurdo hablar de la prueba del caso fortuito. Sería aplicable, en consecuencia, la posición clásica de BONNARD, quien consideraba que el caso fortuito sólo produce efectos exoneratorios en los regímenes de causa probada, pero no en los de responsabilidad objetiva ni tampoco en los de falta presunta (151). Es cierto, sin embargo, que la doctrina mayoritaria suele referirse al carácter desconocido de la causa *en el momento en que se produjeron los hechos*, con lo que lo asimila de hecho a la imprevisibilidad (152). Y, desde luego, la posición de AUBY sería todavía más difícil-

(147) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., tomo I, págs. 1100 y 1103.

(148) F. LLORENS-FRAYSSE, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., *passim*.

(149) Nota sobre CE, 10 de mayo de 1912, Ambrosine, en Sirey, 1912, 3, pág. 161.

(150) Cfr. M. WALINE, nota sobre CE, 22 de octubre de 1971, Ville de Fréjus, «RDP», 1972, pág. 699; J. LAMARQUE y F. MODERNE, *L'affaire de Malpasset devant la justice administrative*, «AJDA», 1972, pág. 319, y R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., págs. 1057 y ss., etc.

(151) Nota sobre CE, 25 de enero de 1929, Compagnie de gaz de Beauvais, en Sirey, 1929.III.81.

(152) La ruptura de la presa de Malpasset, que en la investigación posterior se reveló debida a una fisura en la roca sobre la que estaba construido el dique, fisura que era imposible descubrir con los medios disponibles en el momento de la construcción, es un ejemplo claro de causa imprevisible pero interna a la obra o servicio público y, en consecuencia, fue calificado de caso fortuito por el juez administrativo. Vid. CE, Asamblea, 28 de mayo de 1971, Département du Var c. Entreprise Bec frères (Lebon, 1971, pág. 419; «AJDA», 1972, pág. 359; «CJEG», 1971, pág. 235, conclusiones J. THÉRY; «JCP», 1972,

mente compatible con la posición minoritaria que dentro de la doctrina administrativista reciente asimila el caso fortuito a la causa desconocida, excluida la necesidad del carácter interno precisamente por el carácter ignoto de la causa (153).

Por el contrario, la afirmación de AUBY es perfectamente coherente si aceptamos definir el caso fortuito como la causa imprevisible o inevitable, aunque interna al servicio público. Sería el carácter interno lo que distinguiría el caso fortuito de la fuerza mayor, posición que, además, es la dominante en la doctrina española. Es más, puede buscarse una confirmación de esta posición doctrinal en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Un primer ejemplo de aplicación del efecto exoneratorio del caso fortuito, aunque no se indique expresamente en las motivaciones de las decisiones, serían los *arrêts* de 6 de diciembre de 1978, Giral, y 10 de enero de 1979, Tarrabia, en los que el Consejo de Estado rechazó la aplicación de la presunción de falta a dos casos de retinopatía de los prematuros. Esta enfermedad, consistente en la transformación de la retina en una membrana fibrosa y opaca que impide la visión, es provocada por la hiperoxigenación que es necesaria para la supervivencia de los niños prematuros y que se les proporciona en las incubadoras, y afecta a un 0,77 por mil de los niños así tratados (154). En consecuencia, estamos ante un supuesto que prácticamente es «imprevisible» —la débil incidencia de este accidente lo hace casi despreciable estadísticamente—, pero que, desde luego, es «inevitable» —la incubadora y la hiperoxigenación parecen el único medio viable para evitar lesiones cerebrales graves, e incluso la muerte de los niños nacidos prematuramente—, aunque también sea inequívocamente interno al servicio: la relación entre los accidentes y el tratamiento está científicamente establecida. En estas condiciones, no procede la aplicación de la presunción de falta. Parece, en consecuencia, que el caso fortuito «probado» impide la aplicación de una responsabilidad por falta, probada o presumida.

De hecho, el Consejo de Estado ha recurrido a la introducción de la responsabilidad objetiva para indemnizar supuestos en alguna manera comparables a los referidos, como son los riesgos de las arteriografías, a partir del *arrêt de principe* Bianchi, que proporciona otro ejemplo de aplicación implícita del caso fortuito que, por otra parte, ya ha sido objeto de aplicación posterior por el juez administrativo (155). Además, en este caso

---

núm. 17133, nota de P. VERRIER), y 22 de octubre de 1971, Ville de Fréjus (Lebon, 1971, pág. 630, y «RDP», 1972, pág. 695, nota de M. WALINE). No obstante, LAMARQUE y MODERNE señalan específicamente que el solo hecho de que la causa llegase a ser conocida excluye el caso fortuito (*op. y loc. cit.* en nota anterior).

(153) Ph. SÉGUR, *Le cas fortuit en droit administratif ou l'échec d'une construction doctrinale*, en «AJDA», 1994, págs. 171-186.

(154) Vid. P. SOLER CÔTEAUX, *Entre le refus du risque et la faute introuvable: aux frontières de la responsabilité du service public hospitalier. A propos des affaires de rétinopathie des prématurés. Note sous CE 6 décembre 1978 (Giral) et CE 10 janvier 1979 (Tarrabia)*, en «RDSS», 1979, págs. 511-525.

(155) CE, Ass., 9 de abril de 1993, Bianchi: realización de una arteriografía, lo que conlleva un riesgo muy débil de secuelas neurológicas graves (Lebon, 1993, pág. 127, conclusiones DAEL; «RDP», 1993, pág. 1099, nota de M. PAILLET; «AJDA», 1993, pág. 383;

el carácter de caso fortuito del álea terapéutica sí ha sido apuntado por la doctrina, concretamente por MOREAU (156). Ciertamente, este autor señala que, contrariamente al caso fortuito clásico, el álea terapéutica no concierne sólo al hecho dañoso, sino también a los caracteres del perjuicio a indemnizar, que debe ser de excepcional gravedad, y al nexo causal, «mientras que en su acepción clásica el caso fortuito formaba parte de las circunstancias exoneratorias (al lado de la fuerza mayor, por ejemplo) en un sistema de falta probada». Sin embargo, esta objeción es irrelevante para nuestro propósito: ciertamente, el álea terapéutica indemnizable es un concepto mucho más restringido que el caso fortuito; pero lo importante es que para indemnizar un supuesto en que la relación de causalidad con el servicio sanitario no dejaba lugar a dudas, el Consejo de Estado no ha recurrido a una extensión del ámbito de la presunción de falta, sino a la introducción de una responsabilidad objetiva, bien que sometida a condiciones como el carácter excepcionalmente grave de los daños. Es decir, ha puesto a cargo de la Administración los daños provocados por caso fortuito.

En estas condiciones, es igualmente artificial hablar de una presunción *iuris tantum* de falta, en la que la prueba de haber observado la diligencia debida no ha sido admitida nunca por el juez administrativo, que de una presunción *iuris et de iure* de falta que, sin embargo, admite la prueba del caso fortuito con efecto exoneratorio. Por el contrario, la aplicación de un régimen de «obligación de resultado» permite conciliar ambos extremos e introduce una clarificación deseable que hace más comprensible la jurisprudencia estudiada. Por otra parte, esta posición permite un reforzamiento de la censura moral del funcionamiento o de la organización de la Administración, que es uno de los elementos que hace de las «presunciones de falta» un instrumento útil no sólo para aliviar situaciones individuales insostenibles, sino para contribuir a prevenirlas. Lo que hace de este concepto algo netamente preferible a la aplicación mecánica de una responsabilidad objetiva.

---

«RFDA», 1993, pág. 573, conclusiones; Dalloz, 1993, sc. pág. 65, observaciones P. BON y Ph. TERNEYRE; «JCP», 1993.II.22061, nota de J. MOREAU). CAA de Lyon, 20 de septiembre de 1993: fallecimiento de un niño sometido a anestesia para una operación de fimosis (Lebon, 1993, pág. 470; «RFDA», 1994, pág. 99, y «JCP», 1994.IV. 453).

(156) Este autor ha escrito que «se podría proponer la idea de que el álea terapéutica correspondería a una visión modernizada del caso fortuito» (J. MOREAU, «Synthèse», en el vol. col. *L'indemnisation de l'álea thérapeutique*, Sirey, París, 1995, pág. 89).

