

**LA DETERMINACION DEL ORDEN
JURISDICCIONAL COMPETENTE
PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES
DE INDEMNIZACION POR DAÑOS CAUSADOS
EN LA PRESTACION DE LA ASISTENCIA
SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Comentario al auto de 7 de julio de 1994 de la Sala
de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo)**

Por
EVA DESDENTADO DAROCA

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA: EL CONOCIMIENTO DE LAS RECLAMACIONES DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR LOS ÓRDENES JURISDICCIONAL CIVIL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL.—II. LA NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN UNITARIA Y EL AUTO DE LA SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1994.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROBLEMÁTICA DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: a) *La delimitación entre el orden civil y el orden contencioso-administrativo.* b) *La delimitación competencial entre el orden contencioso-administrativo y el orden social.*

I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA: EL CONOCIMIENTO DE LAS RECLAMACIONES DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CIVIL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños producidos en el desarrollo de la actividad sanitaria ha sido y, como veremos, sigue siendo una cuestión difícil.

Esta dificultad se pone claramente de manifiesto en la diversidad de soluciones que a esta cuestión han dando nuestros tribunales y, más concretamente, en la discrepancia, tanto doctrinal como jurisprudencial, existente acerca de cuál deba considerarse el orden jurisdiccional competente. Hasta el momento presente, tanto el orden jurisdiccional civil, como el social y el contencioso-administrativo han entendido, por diferentes razones, que son competentes para el conocimiento de las reclamaciones de indemnización por daños producidos en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. También declara la responsabilidad por delitos cometidos en la realización de este tipo de prestaciones el orden penal, cuya

competencia no suscita duda alguna. La controversia se centra, por tanto, en si la competencia para conocer de las reclamaciones de indemnizaciones por prestaciones defectuosas de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social corresponde al orden civil, al contencioso-administrativo o al social.

El orden civil se ha declarado competente no sólo para conocer de las reclamaciones de indemnización que se dirigen únicamente contra los profesionales sanitarios, sino también para conocer de las reclamaciones de indemnización dirigidas contra el INSALUD. Así, cuando las reclamaciones de indemnización se han presentado conjuntamente frente al personal sanitario y frente al INSALUD, el orden civil ha justificado su competencia para conocer de una reclamación dirigida no sólo contra un particular, sino también contra un ente administrativo, afirmando que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, partiendo de la existencia de un vínculo entre ellas, se produce «una atribución unívoca de la competencia a la jurisdicción civil... que viene imperada por exigencias de la continencia de la causa, que de otra suerte se vería dividida entre el orden civil y el contencioso-administrativo» y por «la *vis atractiva* de esta jurisdicción puesta de manifiesto cuando las acciones se dirigen contra un particular y la Administración...» (1). Este argumento podría llevarnos a pensar que la jurisdicción civil sólo ha conocido de las reclamaciones contra el INSALUD cuando esas reclamaciones se han presentado contra éste y contra el profesional sanitario. Pero el orden civil no sólo ha afirmado su competencia en estos casos, sino también cuando las reclamaciones se encuentran dirigidas únicamente contra el INSALUD, al entender que en la prestación de la asistencia sanitaria la entidad pública no actúa en el ejercicio de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada, de tal forma que la relación entre el beneficiario de las prestaciones sanitarias y el INSALUD es una relación de derecho privado. Así, la STS (1.ª) de 30 de julio de 1991 desestima la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por el INSALUD porque considera que «la actuación de la entidad pública recurrente en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo... es decir, se está en el supuesto ahora contemplado fuera de las relaciones de derecho público, y sí, más bien, en el caso que prevé el artículo 41 de la LRJAE... cuando este último actúa en relaciones de derecho privado». Para la sentencia, el paciente es «un particular que ve afectados sus bienes más personales y privados, que pueden sufrir daños por culpa o negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual del artículo 1902, o, en su caso, del artículo 1903 del Código Civil». Con esta interpretación, el orden civil excluía la aplicación del artícu-

(1) STS (1.ª) de 7 de abril de 1989 (Ar. 2997). En el mismo sentido, SSTs (1.ª) 2 de febrero de 1987 (Ar. 673), 7 de abril de 1989 (Ar. 2997), 10 de noviembre de 1990 (Ar. 8538), 17 de julio de 1992 (Ar. 6433) y 2 de junio de 1993 (Ar. 4380).

lo 40 de la LRJAE, ya que desde esta posición no existía acto administrativo alguno, ni la responsabilidad había surgido en el ámbito de una relación de Derecho Público, sino en el de una relación de Derecho Privado (2). En definitiva, para el orden civil en la prestación de la asistencia sanitaria la Administración actúa como una entidad privada y las responsabilidades derivadas de su actividad no pueden ser más que un asunto propio del Derecho Privado. De ahí que la Administración debiera responder conforme al artículo 1902 o al artículo 1903 del Código Civil (3), o, incluso, se ha mantenido la existencia de una responsabilidad contractual (4).

Para el orden contencioso-administrativo, la reclamación de indemnización por daños causados en la asistencia sanitaria del INSALUD supone una exigencia de responsabilidad a un ente administrativo por los daños producidos por el funcionamiento del servicio de sanidad, que es un servicio público. Se trata, según esta argumentación, «de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración» (5) que, en la regulación anterior, se regía por el artículo 40 de la LRJAE. La pretensión que se dirige está, por tanto, relacionada con actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, correspondiendo la competencia para conocerla, de acuerdo con el artículo 1 de la LJCA, al orden contencioso-administrativo (6).

Finalmente, el orden social ha entendido que las reclamaciones de indemnización por daños sufridos en la prestación de la asistencia sanitaria

(2) SSTs (1.ª) 30 de enero de 1990, 23 de noviembre de 1990 y 30 de julio de 1991.

(3) STS (1.ª) 15 de marzo de 1993 (FJ 2).

(4) S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social: responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social, Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines a la Seguridad Social», en AA.VV., *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1993, pág. 281. Vid. STS (1.ª) 29 de octubre de 1992 (Ar. 8178), citada por GONZÁLEZ ORTEGA, en la que se afirma que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el Centro Hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica, viene configurada como propiamente contractual, no obstante los matices y las peculiaridades que le caracterizan, por lo que es aplicable a la misma el artículo 1258 y demás concordantes del Código Civil» (FD 3).

(5) STS (3.ª) 14 de junio de 1991 (Ar. 5115). En alguna sentencia se aprecia, sin embargo, alguna vacilación del orden contencioso-administrativo en el mantenimiento de su competencia para conocer de las reclamaciones de responsabilidad frente al INSALUD. En la sentencia de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8844), la Sala de lo contencioso-administrativo rechaza la alegación de falta de jurisdicción del Abogado del Estado, pero no realiza una asunción completa pues fundamenta el rechazo en que «el recurrente plantea una responsabilidad conjunta de las diversas organizaciones administrativas que han intervenido en el proceso, siendo una de ellas la Jefatura Provincial de Sanidad de Cádiz, que tiene indudablemente el carácter de órgano periférico de la Administración Central del Estado». La duda parece surgir en torno al carácter de Administración Pública de las Entidades Gestoras, lo que podía deberse a que, de acuerdo con el artículo 38 de la LGSS y el artículo 5 de la LEEA, estaban excluidas de la regulación común.

La Sala de lo contencioso-administrativo del TS negó, incluso, tener competencia en la materia, entendiéndolo que correspondía al orden jurisdiccional social, en un auto de 18 de junio de 1991 (Ar. 5048).

(6) SSTs (3.ª) 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8844) y 14 de junio de 1991 (Ar. 5115).

de la Seguridad Social, cuando el beneficiario es una persona protegida por el sistema de Seguridad Social, se fundan en la responsabilidad que recae sobre la Entidad Gestora «de hacer efectiva la prestación... que lleva a cabo la asistencia sanitaria con el propósito de restablecer la salud» (7). La responsabilidad que se reclama se deriva de la infracción de la obligación de hacer efectiva la prestación de la asistencia sanitaria que forma parte del contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. De esta forma, se mantiene que el litigio debe verse como una reclamación «en materia de Seguridad Social», cuyo conocimiento ha sido atribuido al orden social por los artículos 9.5 de la LOPJ y 2 de la LPL (8). Así, en la STS (4.ª) 5 de junio de 1991 (9) se afirma que «exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o pedir el reintegro de los gastos ocasionados, en los casos reglamentariamente autorizados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social... no puede fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social». La reclamación de indemnización al INSALUD por los daños y perjuicios ocasionados en la asistencia sanitaria da lugar, según esta interpretación, a «un pleito de Seguridad Social, en cuanto dimanara de su propia normativa, como lo son aquellos que tienen por objeto la indemnización por reintegro de gastos cuando la prestación no es realizada por el mismo» (10) y, por tanto, su conocimiento no puede corresponder más que al orden social. Esta conclusión se reforzaba, además, haciendo referencia al artículo 41 de la LRJAE. De acuerdo con este artículo, el conocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando éste actuaba en relaciones de Derecho Privado correspondía al orden civil. El orden social interpretó que, de igual forma, el orden social debía ser el competente cuando se tratara de actuaciones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (11).

II. LA NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN UNITARIA Y EL AUTO DE LA SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1994

El conocimiento de las reclamaciones por daños ocasionados en el desarrollo de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por tres órdenes jurisdiccionales diferentes resulta claramente insatisfactorio e impone la búsqueda de una solución unitaria, no sólo por razones procesales, sino también por razones sustantivas. Por razones procesales, porque la juris-

(7) STS (4.ª) 5 de junio de 1991 (Ar. 5131).

(8) En este sentido, entre otras, las SSTs (4.ª) 20 de noviembre de 1982 (Ar. 6848), 6 de octubre de 1989 (Ar. 7119), 24 de abril de 1990 (Ar. 3486), 3 de mayo de 1990 (Ar. 3940) y 20 de abril de 1992 (Ar. 2662).

(9) Ar. 5131.

(10) STS (4.ª) 20 de noviembre de 1982 (Ar. 6848).

(11) SSTs (4.ª) 6 de octubre de 1989 (Ar. 7119), 5 de junio de 1991 (Ar. 5131) y 11 de junio de 1991 (Ar. 5142).

dicción es un presupuesto de orden público que no puede quedar al arbitrio del particular. Por razones sustantivas, porque el conocimiento por diversas jurisdicciones de un mismo tipo de litigios puede dar lugar, como efectivamente lo ha dado en el caso que nos ocupa, a la aplicación de diferentes criterios en aspectos esenciales para la resolución de la reclamación, con el consiguiente problema de la desigualdad en la aplicación de la ley que ello genera. Así, en cuanto a los requisitos necesarios para afirmar la responsabilidad del órgano gestor, el orden civil exige la existencia de culpa (12), mientras que el orden contencioso-administrativo y el orden social aplican una responsabilidad objetiva cuyo elemento nuclear es la relación causal entre la actividad administrativa y la lesión, prescindiéndose del elemento de culpa (13), aunque el orden social aplicó en algunas decisiones la responsabilidad por culpa (14). También son distintos los plazos de prescripción aplicables según las diferentes legislaciones (15), y han sido dispares los criterios utilizados para la fijación de la cuantía de las indemnizaciones.

Por ello es importante el auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994. Este auto resuelve un conflicto de competencia entre los órdenes social y contencioso-administrativo acerca del conocimiento de una reclamación de indemnización por una prestación incorrecta de la asistencia sanitaria consistente en una transfusión sanguínea infectada del virus de inmunodeficiencia humana que determinó el fallecimiento de la enferma. El auto resuelve el conflicto atribuyendo la competencia al orden contencioso-administrativo, solución a la que se opone un voto particular que se pronuncia a favor de entender como orden competente al orden social.

La reclamación administrativa previa se había realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Ello resulta, según el auto, de gran trascendencia para resolver el conflicto en favor del orden contencioso-administrativo, pues su línea argumental básica se apo-

(12) Vid., entre otras, SSTS (1.ª) 30 de julio de 1991 (Ar. 5435) y 15 de marzo de 1993 (Ar. 2276).

(13) Vid., por ejemplo, STS (3.ª) 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8844); STS (4.ª) 5 de junio de 1991 (Ar. 5131).

(14) Así, en la STS (4.ª) de 26 de septiembre de 1990 se denegó la indemnización por defectuoso funcionamiento de los servicios médicos partiendo de que el artículo 1902 del CC exige la concurrencia de culpa o negligencia, sin que en el caso en cuestión se hubiera probado la existencia de esos elementos.

(15) El orden civil aplica el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968 del CC. El orden contencioso-administrativo ha aplicado hasta ahora el plazo de caducidad de un año del artículo 40.3 de la LRJAE. Y el orden social, por su parte, al considerar que se trata de una acción inherente a una prestación de la Seguridad Social, ha aplicado el plazo de prescripción de cinco años del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

ya en el restablecimiento en favor del orden contencioso-administrativo del principio de unidad jurisdiccional para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y en la unificación también realizada respecto al procedimiento y el régimen jurídico aplicable. Con anterioridad a la LRJPAC, la Ley de 26 de julio de 1957 recogía en su artículo 41 el sistema de dualidad jurisdiccional (16), ya que del conocimiento de reclamaciones de indemnización por los daños que pudiera haber causado el Estado con su actividad en relaciones de Derecho Privado conocerían los Tribunales civiles. Una interpretación de esta disposición llevó a la conclusión de que, aunque el precepto se refiera únicamente al orden civil, la misma solución debía aplicarse cuando tales reclamaciones se hacían en pleitos propios de la Seguridad Social, lo que llevaba a afirmar la competencia del orden social para conocer de las mismas. Sin embargo, la unidad procedimental y de régimen jurídico introducida por la LRJPAC hace «que sea necesario concluir que tras la resolución administrativa que pone término a la obligada y unitaria vía administrativa, no equiparable a la reclamación previa, no quepa la iniciación de proceso civil alguno sino sólo la interposición, en su caso, del recurso contencioso-administrativo correspondiente».

Una vez examinados los efectos que la unidad jurisdiccional produce en la delimitación de competencias entre el orden civil y el orden contencioso-administrativo, el auto aborda la cuestión de si la unificación jurisdiccional ha resuelto también el conflicto en favor del orden contencioso-administrativo frente al orden social, en relación con el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra instituciones sanitarias de la Seguridad Social por daños derivados de su misma actuación prestacional. El auto resuelve esta cuestión positivamente: a partir de la nueva ley y de la unidad de jurisdicción que ésta ha operado en materia de responsabilidad, se impone afirmar la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de dichas reclamaciones. Según el auto, en la regulación anterior, en la que el principio no era el de unidad jurisdiccional sino el de diversidad jurisdiccional, la interpretación integradora realizada por la jurisdicción social era lógica y correcta. «Pero una vez derogado el tan mencionado artículo 41 de la LRJAE y alumbrado un único sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas... resulta difícil sostener, sin un específico precepto que así lo establezca, que en materia de relaciones propias de la seguridad social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculadas a la Administración del Estado y, por tanto, administraciones públicas a los efectos de la Ley —art. 2.2.º—, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora de la seguridad social.» De acuerdo con el auto, «una excepción de tal importancia... exigiría una pre-

(16) Sobre la quiebra de la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, núm. 42 de esta REVISTA, págs. 169 y ss.

visión específica de la Ley a la que no puede equivaler lo establecido en su disposición adicional sexta, que se refiere genéricamente a actos de la seguridad social y desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas de lesiones causadas en la actividad prestacional de instituciones sanitarias de la Seguridad Social o del Sistema Nacional de la Salud».

Por otra parte, se afirma que «después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría incluir en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y sustraerlas al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa».

Por todo ello, entiende el auto que la disposición adicional primera del RD 429/1993, de 26 de marzo, que establece que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras, Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños ocasionados en la prestación de la asistencia sanitaria, deberá seguir la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en la Ley 30/1992 y en su reglamento de desarrollo, no se ha extralimitado, pues «no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada ley».

En conclusión, ante la inexistencia de regulación específica sobre responsabilidad patrimonial por la defectuosa prestación del servicio sanitario y dada la regulación unificadora en los aspectos procedimentales y jurisdiccionales de la Ley 30/1992, debe mantenerse que «la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992 en punto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria».

En el voto particular se mantiene, por el contrario, que la entrada en vigor de la nueva Ley 30/1992 y del RD 429/1993, no ha supuesto cambio alguno en la competencia del orden social para conocer de este tipo de pretensiones. Para el voto particular, esta competencia no ha sido modificada por varias razones. En primer lugar, se sostiene que la Ley 30/1992 no ha alterado el hecho de que lo que se impugna no es un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo en materia social, sino que lo que se plantea es una reclamación en materia de Seguridad Social. En segundo lugar, se afirma que la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo sólo podría hacerse por ley en virtud del principio de reserva de ley establecido en el artículo 9.4 de la LOPJ y que, sin embargo, la Ley 30/1992 «nada dice inequívocamente en su texto». Partiendo de que la ley no establece la unidad de jurisdicción de forma expresa, en relación con la disposición adicional primera del RD 429/1993 se argumenta que «si bien es cierto que allí expresamente se establece que la tramitación será

administrativa y contencioso-administrativa, aquél se excede de su carácter reglamentario atribuyéndose *ultra vires* competencias no definitivas derivadas inequívocamente de la Ley», y, por tanto, «no puede sustraerse al orden social el conocimiento de la materia discutida, si no hay una Ley que así lo diga». A estas razones se añade que «de la misma forma que cuando no hay prestación sanitaria, y se pide el reintegro de los gastos ocasionados por dicha negativa por utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social, nadie discute la competencia del orden social para el conocimiento de la reclamación, por tratarse de una manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social... también cuando la reclamación es por una prestación defectuosa, al ser igualmente manifestación de igual acción protectora de la Seguridad Social, la competencia es del orden social; lo contrario implicaría dividir lo que no debe dividirse evitando con ello pronunciamientos contrarios».

Finalmente, se señala que el artículo 2 de la Ley 39/1992 deja a salvo la singularidad prestacional de la Seguridad Social en la que no se ejerce una potestad administrativa. Esto es —según el voto particular— lo que explica que en la Disposición Adicional 6.ª de la Ley se prevea que la impugnación de los actos de la Seguridad Social se rija por el artículo 2 de la LPL, con lo que los litigios en materia de Seguridad Social, y concretamente los que versen sobre las prestaciones que son la manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social, corresponden al orden social.

Por otra parte, también recientemente se ha resuelto por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, mediante auto de 27 de octubre de 1994, un conflicto entre el orden social y el orden civil planteado respecto a una reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra el Instituto Catalán de la Salud por la transfusión de sangre infectada del virus VIH. En este auto se hace referencia al auto de 7 de julio de 1994 y a la doctrina sobre la unidad jurisdiccional restituida por la Ley 30/1992 y sus efectos sobre la resolución del conflicto de jurisdicciones en el conocimiento de las reclamaciones de indemnización por la prestación defectuosa de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la resolución del presente caso «se parte... de una demanda de responsabilidad patrimonial presentada contra el Institut Català de la Salut el 9 de diciembre de 1992 ante los juzgados de lo social de Barcelona, repartida al número 13 de los de dicha capital el 18 del mismo mes y con reclamación previa a la vía laboral, presentada, a su vez, ante el mencionado organismo en 7 de octubre de 1992», de tal forma que «si se tiene en cuenta que, a tenor de la disposición final, párrafo 2.º, de la Ley 30/1992, ésta entró en vigor tres meses después de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, es decir, el 27 de febrero de 1993, habrá que concluir... que el conflicto aquí planteado deberá resolverse con arreglo a la legislación anterior y según los procedimientos entonces vigentes o, lo que es lo mismo, con arreglo al régimen derivado del hoy derogado artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», con lo que el conflicto se decide de acuerdo con el criterio ya establecido por un auto de 21 de junio de 1991 que resol-

vía un conflicto entre los órdenes contencioso-administrativo y social, a favor de este último. Es interesante, sin embargo, señalar que en el voto particular a este auto se sigue afirmando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de este tipo de reclamaciones, puesto que se considera que el daño causado en prestación sanitaria da lugar a una responsabilidad contractual o extracontractual, en cuyo conocimiento la jurisdicción civil actúa en ejercicio de su propia competencia.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROBLEMÁTICA DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

a) *La delimitación entre el orden civil y el orden contencioso-administrativo*

En relación con la competencia del orden civil se han mantenido diversas posturas. Para SERRA DOMÍNGUEZ, tras la reforma «hay que examinar qué es lo que se pretende mediante la demanda»; si «el actor pretende exclusivamente pedir la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anómalo del Servicio Sanitario, automáticamente sólo cabe reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado. Hoy día, después de la Ley 30/92, después de vigente el RD mencionado, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa será la que deba conocer. Si, por el contrario, no se pretende fundar exclusivamente en la responsabilidad patrimonial del Estado, sino lo que se pretende es solicitar la responsabilidad del médico o del hospital, de la institución sanitaria por culpa o negligencia o incumplimiento de contratos, es otro problema; serán competentes en méritos de una reiteradísima Jurisprudencia del Tribunal Supremo... los Tribunales Civiles». Ello lleva a este autor a mantener que «todo depende entonces del planteamiento», de cuál sea la causa de pedir (17). ALVAREZ YAGÜE sigue manteniendo que la jurisdicción competente es la civil y que la responsabilidad exigible a los servicios sanitarios procede conforme al artículo 1902 del CC (18). SERRANO ALONSO se manifiesta a favor de la competencia del orden civil, señalando que «para que la jurisdicción social o la administrativa puedan conocer de este tipo de reclamaciones es necesario que una ley de forma expresa les atribuya esa competencia», de tal forma que «en tanto no se pruebe la existencia de la misma hay que aplicar la competencia

(17) M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en AA.VV., *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Actas del II Congreso «Derecho y Salud», organizadas por la Asociación de Juristas de la Salud, Granada, 1993, pág. 144.

(18) R. ALVAREZ YAGÜE, «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en AA.VV., *La responsabilidad de los profesionales...*, cit., pág. 61.

dominante de la jurisdicción civil» (19). Por ello, SERRANO ALONSO concluye que debe defenderse la persistencia del conocimiento de este tipo de reclamaciones por la jurisdicción civil, «no sólo por la tradición de su atribución que sería una consideración sentimental, sino por razones también objetivas; porque la materia, la norma, el precepto determinante es una regla civil, y frente a los continuos ataques que tienden a ir usurpando el contenido tradicional del Derecho Civil, debe reiniciarse ya sin demora, la reivindicación de la materia que le es propia» (20). Es más, incluso a pesar de la reforma, se ha criticado la aplicación del principio de responsabilidad objetiva que ha llevado a cabo la jurisdicción social. Así dice SERRA DOMÍNGUEZ que «no es admisible que mientras que la jurisprudencia civil excluye el principio de responsabilidad objetiva en materia de reclamaciones sanitarias, en cambio la jurisdicción social lo admita. No existe la menor justificación para tratar desigualmente situaciones jurídicas idénticas» (21).

Frente a esta posición hay que oponer algunas consideraciones críticas.

En primer lugar, es necesario señalar que las Entidades Gestoras no son personas jurídico-privadas que actúan en una relación de Derecho Privado con los beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Hasta la Ley 30/1992 (22), respecto a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, excluidas del régimen propio de las entidades estatales autónomas, se planteaba el problema de si les era o no de aplicación el ordenamiento administrativo común. La duda surgía únicamente respecto a la regulación aplicable a las mismas, que se interpretó que era, en primer lugar, su regulación específica y sólo subsidiariamente el régimen administrativo común (23). Pero estas dificultades en ningún caso podían llevar a poner en cuestión su naturaleza, pues, como dice el artículo 38 de la LGSS, son «entidades de Derecho público, con personalidad y patrimonio propio». No es posible, por tanto, caracterizar al INSALUD como una entidad privada, pues resulta claramente de la legislación que es una entidad creada, con una forma de personificación jurídico-pública, para la realización de una actividad administrativa. Esa actividad consiste en una protección general frente a la necesidad de asistencia sanitaria, que cubre a los particulares incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social. La actividad de la

(19) E. SERRANO ALONSO, *Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social*, «Actualidad y Derecho», 1992-2, pág. 249.

(20) E. SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 250.

(21) M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia sanitaria. Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993*, en «Derecho y Salud», vol. 2, núm. 1, 1994, pág. 7.

(22) La Ley 30/92 ha alterado la situación anteriormente existente al afirmar en su artículo 2.2 que «las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

(23) Vid. L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO, *Manual de la Seguridad Social*, Madrid, 1979, págs. 660-661.

Seguridad Social es una actividad administrativa prestacional (24) y la relación entre el INSALUD y los particulares no puede, por tanto, calificarse de relación jurídico-privada, pues es, sin duda alguna, una relación jurídico-pública (25): su fuente no es la autonomía de la voluntad sino la ley, no se regula por normas de Derecho Privado sino por normas de Derecho Público (el Derecho de la Seguridad Social), y la prestación de asistencia sanitaria se realiza por un organismo público que cumple con ella una finalidad que la Constitución y las leyes imponen a los poderes públicos (arts. 41 y 43 de la CE, art. 2 de la LGSS y arts. 1, 3 y 4 de la Ley). La responsabilidad originada por la prestación defectuosa de la asistencia sanitaria es una responsabilidad derivada de un funcionamiento de un servicio público, pues se califique la actividad de la Seguridad Social como de servicio público o no, es en todo caso una actividad administrativa de prestación y la noción de «servicio público» a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido entendida por la jurisprudencia y la doctrina administrativista en un sentido amplio que comprende toda la actuación administrativa (26). El conocimiento de reclamaciones exigiendo esta responsabilidad no puede, por tanto, corresponder al orden civil.

Más problemática es la cuestión de cuál es el orden competente para conocer de estas reclamaciones cuando el particular exige responsabilidad conjuntamente al médico y a la Administración. Hasta ahora, como ya se ha examinado, el orden civil consideraba que en tales casos operaba la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. ¿Se ha modificado esta situación con la actual reforma? Según BLANCO ESTEVE, aun después de la reforma, cuando el particular lesionado demande a una pluralidad de sujetos, particulares

(24) Así lo entienden E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, pág. 79.

(25) La distinción entre las relaciones jurídico-públicas y las relaciones jurídico-privadas, entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es una de las cuestiones más complejas y difíciles de la Teoría General del Derecho. La ausencia de unanimidad en la doctrina y la imposibilidad de establecer una separación clara han llevado incluso a negar toda relevancia a la distinción. Sin embargo, la delimitación entre el Derecho Público y el Derecho Privado tiene una trascendencia práctica que obliga a no abandonar por completo la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Por ello, a pesar de la imposibilidad de encontrar un criterio clave que permita una distinción absoluta, puede recurrirse al examen de ciertos aspectos que permiten concluir que la relación jurídica responde a la fisonomía del Derecho Público o del Derecho Privado: sujetos que intervienen en la relación, posición desde la que actúa el ente público, función que desarrolla este ente, interés hacia el que se orienta la regulación... Vid., por todos, F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, págs. 77-100. Precisamente, un examen ponderado de estos criterios es lo que nos lleva a concluir que la relación entre el INSALUD y los particulares es una relación jurídico-pública.

(26) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 387 y ss.; J. LEGUINA VILLA, «Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 258. Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, tan sólo debe excluirse de la imputación de responsabilidad a la Administración aquella que se derive de la actuación de los concesionarios, contratistas administrativos y profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas, pues estos sujetos no se hallan integrados en la organización administrativa (*op. cit.*, pág. 388).

unos y públicos los otros, puede entenderse que se mantiene la competencia de la jurisdicción civil cuando el perjudicado hubiera optado por esta vía (27). Sin embargo, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Ley 30/92 parece que tiende a evitar que se reclame frente a la Administración en otra vía jurisdiccional sin haber reclamado previamente a través del procedimiento administrativo. Esto daría lugar a un acto administrativo regulado por las normas administrativas sobre responsabilidad, que, por tanto, sólo sería recurrible en vía contencioso-administrativa.

b) *La delimitación competencial entre el orden contencioso-administrativo y el orden social*

La solución del auto de 7 de julio de 1994 a la polémica cuestión de la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones de indemnización por prestación defectuosa de la asistencia sanitaria y la resolución del conflicto afirmando la competencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de este tipo de materias, no puede merecer otro juicio que el positivo.

La argumentación del auto gira en torno a la reforma introducida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a la disposición adicional primera de su Reglamento de desarrollo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, 429/1993, de 26 de marzo.

La doctrina administrativista ha entendido que la actual regulación ha restablecido la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad que, introducida por la Ley de Expropiación Forzosa y confirmada por el artículo 3.b) de la LJCA, había quebrantado el artículo 41 de la LRJAE de 1957 (28). La unidad de jurisdicción a favor del orden contencioso-administrativo para conocer de todas las acciones de responsabilidad patrimonial, incluidas las que se deriven de daños causados en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado, no se encuentra explícitamente recogida en el articulado de la ley que regula la responsabilidad de la Administración. Sin embargo, la doctrina científica ha entendido que ello se deduce con claridad del resto de la regulación y de una interpretación conjunta de los artículos 142.6 y 144 (29). El primero de estos artículos establece que «la resolución admi-

(27) A. BLANCO ESTEVE, «La responsabilidad de la Administración», en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1993, pág. 441. Esta opinión mantiene, también, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción competente...*, cit., pág. 16.

(28) Vid. A. BLANCO ESTEVE, *op. cit.*, pág. 440; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 427; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1994, pág. 1482; J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, págs. 264-266; R. PARADA, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1994, pág. 659; J. L. RIVERO YSERN, «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», en AA.VV., *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones...*, cit., pág. 99.

(29) Vid. J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, pág. 265.

nistrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa». El artículo 144, por su parte, regula la «responsabilidad de Derecho Privado» (30) de la Administración y establece que deberá exigirse por los procedimientos regulados en los artículos 142 y 143, según proceda. Como ha afirmado LEGUINA, «la interpretación conjunta de los dos preceptos..., puesta en conexión con la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 del Código Civil por la Ley 1/1991, de 7 de enero, que excluye este tipo de daños extracontractuales del ámbito de la legislación civil, no permite obtener otra conclusión: el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es unitario en todas sus dimensiones (procedimiento, régimen jurídico y jurisdicción competente), cualquiera que sea la naturaleza de la relación o de la situación jurídica extracontractual determinante de la producción del daño al particular» (31).

Esta interpretación es la que se plasma en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en cuyo preámbulo se afirma que «la vía jurisdiccional contencioso-administrativa... pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado». Pero, además, el Reglamento hace expresa referencia al problema de la responsabilidad de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y de otros entes, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, al prever en su disposición adicional primera que deberán seguir la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en la Ley y en el propio Reglamento.

Debe compartirse con el auto que la reforma ha arrojado luz sobre el problema, despejando dudas y permitiendo dilucidar la solución correcta con mayor claridad. Es más discutible, sin embargo, que esta solución se derive de la reforma introducida por la Ley 30/1992 y su Reglamento de desarrollo, y que con anterioridad a la misma debiera considerarse competente al orden social.

La delimitación del ámbito de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo en materia de Seguridad Social siempre ha sido problemática debido, por un lado, a que la gestión prestacional del sistema de Seguridad Social está encomendada a entidades públicas y, por otro, a la diferente naturaleza de los criterios utilizados para delimitar la competencia de los órdenes jurisdiccionales (32).

(30) En realidad, como ha aclarado LEGUINA, la designación utilizada por la ley de «responsabilidad de Derecho Privado» resulta incorrecta, puesto que en la nueva regulación se encuentra integrada en el mismo régimen de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos. Vid. J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, pág. 266.

(31) J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, pág. 265.

(32) Así lo han puesto de relieve CRUZ VILLALÓN y GONZÁLEZ ORTEGA. Vid. J. CRUZ VILLALÓN, «El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social», en *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el o-*

La distribución de competencias realizada por la LOPJ tiene un carácter genérico y ambiguo que precisa de una concreción posterior por la legislación ordinaria para delimitar aquellos ámbitos cuya jurisdicción competente no se infiere de esa regulación genérica (33). Los criterios generales de distribución de competencias se encuentran en el artículo 9 de la LOPJ. De acuerdo con el apartado 4 de este artículo, que coincide con el artículo 1 de la LJCA, el orden contencioso-administrativo conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias. A continuación, su apartado 5 atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivo, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (34). La competencia del orden jurisdiccional social se precisa en la LPL, y en lo que al objeto de nuestro estudio interesa ahora, en los artículos 2.b) y 3.a). En el primero de ellos, se afirma la competencia del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promueven en materia de Seguridad Social, pero el segundo excluye las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia «laboral», debiendo entenderse el adjetivo «laboral» en un sentido amplio que abarca todo el ámbito de «lo social» y, por tanto, no sólo el Derecho del Trabajo, sino también la Seguridad Social (35).

Para CRUZ VILLALÓN, «la legislación procesal laboral delimita el ámbito de la competencia de los Tribunales de Trabajo “por razón de la materia”, en función del objeto de las pretensiones planteadas... mientras que la legislación contencioso-administrativa efectúa tal delimitación en atención a la “calidad de los sujetos”» (36). Estos criterios pueden fácilmente super-

den social de las relaciones laborales en el sector público, «Cuaderno de Derecho Judicial», Madrid, 1994, pág. 297; A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.ª F. FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, 1991, págs. 19 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Delimitación...*, cit., pág. 257.

(33) Sobre la imprecisión de la regulación de la LOPJ, vid. J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS, *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1991, págs. 244 y ss.

(34) Este último inciso del artículo 9.5, que otorga al orden jurisdiccional social competencia para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad del Estado que le venga atribuida a éste por la legislación laboral, podría resultar equívoco en relación con el tema que estamos tratando. No tiene, sin embargo, ninguna trascendencia, puesto que se ha entendido que se refiere a las reclamaciones de salarios de tramitación por demora en la del pleito y a las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial en los casos en los que el ET reconoce a los trabajadores el derecho a percibir prestaciones del mismo. Vid. M. ALONSO OLEA, *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 1991, pág. 42; A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.ª F. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 14.

(35) Así lo ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ ORTEGA. Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Delimitación...*, cit., pág. 259, y del mismo autor, *La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad y otras afines*, RL, 1990, II, pág. 362.

(36) J. CRUZ VILLALÓN, *El reparto de conocimiento jurisdiccional...*, cit., pág. 298; vid. también A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.ª F. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, págs. 257-261.

ponerse generando una «zona de intersección» en la que dilucidar a qué orden le corresponde el conocimiento de una cuestión determinada puede resultar de gran complejidad. En este sentido, se destaca también que «la litigiosidad derivada de la aplicación de la normativa de la Seguridad Social constituye un caso singular... desde el instante en que la esfera de la citada intersección afecta al cien por ciento de la misma: la totalidad del Sistema, de principio, se inserta dentro de la rama de lo social, al mismo tiempo que todo él implica intervención de la Administración Pública» (37). Según GONZÁLEZ ORTEGA, la exclusión del orden social de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia «laboral» que realiza el artículo 3.a) de la LPL «está señalando que el criterio material no va a prevalecer sobre el criterio subjetivo, o dicho de otro modo, que cuando consistan en actos administrativos sometidos al Derecho Administrativo, aunque se trate de materia laboral... las pretensiones que versen sobre la impugnación de dichos actos no formarán parte de la competencia del orden jurisdiccional social» (38). Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ señalan que puede aplicarse tanto un criterio formal como un criterio material que conducirían a diferentes resultados. Así ponen de relieve que «hay una interpretación posible que pasa por sustantivar el término “actos sujetos al Derecho Administrativo” para observar que con la mayor frecuencia los actos de la Administración Pública en materia social están sometidos (fuera del orden procedimental) en cuanto al fondo al Derecho Laboral o al de la Seguridad Social» (39), lo que lleva en estos casos a la competencia del orden social. Pero también advierten que se observa en la práctica otro criterio que atiende al carácter formal del acto administrativo más que a su contenido, cuya aplicación podría llevar a una exclusión en bloque de todos los actos de intervención administrativa en las relaciones laborales, lo que, a juicio de estos autores, no está probablemente en la intención de la LOPJ (40). GONZÁLEZ PÉREZ, por otro lado, mantiene que el criterio decisivo es el ordenamiento jurídico en el que se funda la pretensión: el orden contencioso-administrativo conoce de las pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo, mientras que el orden social tiene atribuido el conocimiento de las pretensiones fundadas en el Derecho Laboral (41).

Como puede apreciarse, la frontera entre ambas jurisdicciones es difícil de establecer y la ambigüedad deja margen a diversas interpretaciones. Ello ha permitido que la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción social los hayan interpretado de forma diversa a la hora de resolver el problema de su competencia para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD.

(37) J. CRUZ VILLALÓN, *El reparto...*, cit., pág. 298.

(38) S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La extensión...*, cit., pág. 363.

(39) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pág. 581.

(40) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pág. 581.

(41) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1992, págs. 91, 107-109.

La tesis de la competencia del orden social sostiene que las reclamaciones de indemnización por prestación defectuosa de la asistencia sanitaria son reclamaciones en materia de Seguridad Social que le vienen atribuidas por el artículo 2.b) de la LPL. Este argumento por sí solo no es decisivo, pues existen cuestiones de Seguridad Social que están excluidas del conocimiento de la jurisdicción social y que corresponden al orden contencioso-administrativo de acuerdo con el artículo 3.a) de la LPL.

El problema se centra, por tanto, en determinar si, en concreto, las reclamaciones de indemnización por prestación defectuosa de la asistencia sanitaria están excluidas del orden social por tratarse de la impugnación de un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo en materia social. De acuerdo con el auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 28 de marzo de 1990, el factor relevante para resolver el problema es si el acto de la Administración Pública está sometido en cuanto al fondo al Derecho Laboral o al Derecho de la Seguridad Social o bien al Derecho Administrativo (42) y, por tanto, lo que es necesario aclarar es si antes de la LRJPAC el Derecho aplicable a las reclamaciones de indemnización en materia sanitaria era el Derecho de la Seguridad Social o el Derecho Administrativo.

La cuestión era algo más oscura antes de la reforma por varios motivos. En primer lugar, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, entes públicos de carácter institucional, se encontraban excluidas del ordenamiento común aplicable a las entidades estatales autónomas por el juego de los artículos 5 de la LEEA y 38 de la LGSS (43), de tal forma que en cuanto organismos autónomos «apátridas» se debían regir por su regulación específica. La legislación de Seguridad Social regula el reintegro de los gastos ocasionados al beneficiario cuando éste utiliza servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados por denegación injustificada de la prestación de la asistencia sanitaria o por situación de urgencia vital (arts. 102.3 de la anterior LGSS y 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre). De esta forma, el Derecho de la Seguridad Social regula un supuesto de responsabilidad por daños ocasionados por el funcionamiento anormal —por falta de prestación— en la actividad prestacional de la asistencia sanitaria. En esta regulación de la responsabilidad por denegación de prestación de la asistencia sanitaria podía apoyarse la tesis de la atribución de la competencia al orden social en relación con las restantes reclamaciones de indemnización por daños derivados del funcionamiento defectuoso. Al configurarse las Entidades Gestoras como organismos autónomos «apátridas», a los que la aplicación de la LRJAE de 1957 planteaba dudas, podía entenderse que existía una laguna en su regulación específica que debería tratar de autointegrarse antes de recurrir a la regulación común. La analogía aplicada a la regulación del reintegro y la inexistencia de un principio de unidad jurisdiccional podía llevar a entender que el orden

(42) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pág. 579.

(43) En la actual Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio, la exclusión se establece en el artículo 59.2.

social sería el competente para conocer no sólo de la responsabilidad por ausencia de prestación, sino también por prestación defectuosa, puesto que, al ser igualmente una forma de funcionamiento anormal del servicio, ambos supuestos podían considerarse análogos.

El problema radica en que la regulación del reintegro tan sólo permite dar respuesta a ese problema concreto mediante la previsión del abono de los gastos ocasionados por haber tenido que recurrir a un tipo de servicio sanitario ajeno a la Seguridad Social. Pero no es posible deducir de dicha regulación cuáles son los requisitos exigibles para considerar responsables a las Entidades Gestoras ni para determinar la cuantía de la indemnización en casos de anormalidad en el funcionamiento por prestación defectuosa o en otros supuestos imaginables de responsabilidad objetiva. El método analógico podría, así, servir para sustentar la competencia del orden social para conocer las reclamaciones de indemnización por prestación defectuosa de asistencia, pero no permite encontrar en el Derecho de la Seguridad Social la disposición que solucione este tipo de controversias. La regulación del fondo del asunto no se halla, por tanto, en el Derecho de la Seguridad Social, sino en el Derecho Administrativo, como demuestra el que las sentencias de lo social que han conocido de esta materia hayan aplicado el artículo 40 de la LRJAE. Ello pone de manifiesto que en realidad nos encontramos ante la impugnación de un acto de una Administración Pública que está sujeto al Derecho Administrativo, lo cual es indudablemente competencia del orden contencioso-administrativo, tanto de acuerdo con el artículo 9.4 de la LOPJ y artículo 1 de la LJCA como con el artículo 3.a) de la LPL.

Debe, por todo ello, compartirse la opinión de CONDE de que no sólo tras la reforma, sino también con anterioridad a la misma, el orden competente «no podía ser otro que el... orden contencioso-administrativo», pues «ya existían antes de la L. 30/92 elementos suficientes para atribuir la competencia al orden contencioso-administrativo y negarla al social» (44). La nueva ley no ha determinado que la solución sea diferente, sino que solamente ha clarificado la situación y ha facilitado la percepción de que lo correcto es considerar como competente al orden contencioso-administrativo.

El voto particular al auto de 7 de julio de 1994 formula, sin embargo, una objeción interesante al afirmar que si respecto del reintegro «nadie discute la competencia del orden social para el conocimiento de la reclamación, por tratarse de una manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social», tampoco debería cuestionarse la competencia del orden social «cuando la reclamación es por una prestación defectuosa, al ser igualmente manifestación de igual acción protectora de la Seguridad Social».

Ciertamente, produce perplejidad que dos formas de responsabilidad administrativa se regulen por diferentes ordenamientos y sean objeto de conocimiento de distintos órdenes jurisdiccionales. Podría plantearse si

(44) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Indemnización por asistencia sanitaria defectuosa: orden jurisdiccional competente*, «Actualidad Laboral», núm. 44, 1994, pág. 3015 (R. 1645).

tras la reforma, especialmente si tenemos en cuenta la intención de la ley de lograr la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración, sigue siendo competente la jurisdicción social o si la competencia corresponde ahora a la jurisdicción contencioso-administrativa. No parece, sin embargo, que existan razones suficientes para entender que la LRJPAC haya pretendido derogar la regulación del reintegro, que se mantiene en la LGSS de 1994, y, puesto que este supuesto de responsabilidad sigue regulado por el Derecho de la Seguridad Social, no será competencia del orden contencioso-administrativo. Esta solución que atribuye la competencia al orden social presenta ventajas para los particulares, frente a la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo, por las características del proceso laboral: gratuidad más ampliamente reconocida, mayor plazo para la prescripción de acciones y, sobre todo, celeridad frente a la mayor demora existente en la resolución de los pleitos en sede contenciosa (45).

(45) Así lo ha puesto de relieve la doctrina. Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, pág. 276; E. SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 246.