

# El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria <sup>1</sup>

**MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ**

Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** I. *La «unidad jurisdiccional»: Su dudosa implantación tras la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).*—II. *Los tradicionales argumentos de la Jurisdicción Civil y su recusación en la actual legislación implantada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y por la Ley 4/1999, de 13 de enero modificadora de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre:* 1. La concepción reduccionista del concepto «servicio público» realizada por la Sala 1.ª del TS. 2. La indivisión de la «continencia de la causa».—III. *Las quiebras del sistema:* 1. La exigencia de responsabilidad penal al funcionario o agente al servicio de la Administración Pública sanitaria. 2. La concurrencia de sujetos privados en la producción del daño. 3. El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias por parte de la Administración Pública.—IV. *La persistencia del Orden Social.*

## **I. LA «UNIDAD JURISDICCIONAL»: SU DUDOSA IMPLANTACIÓN TRAS LA LEY 30/92, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (LRJAP)**

Con reiteración se ha destacado como una de las novedades de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públi-

---

<sup>1</sup> Sobre la cuestión, con abundantes argumentos jurisprudenciales, GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: Conflictos de jurisdicción*, Pamplona, 1997 y PANTALEÓN

cas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) el retorno al sistema de unidad jurisdiccional, en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias contra la Administración Pública, con independencia de que los daños sean causados por el funcionamiento de los servicios públicos o por la actuación de la Administración en sus relaciones de Derecho privado<sup>2</sup>.

Se volvía, con ello, al esporádico sistema, por su escasa duración, establecido en el año 1954 en los artículos 128 y 141 de la Ley y del Reglamento de Expropiación Forzosa, en los que se instauraba un sistema de responsabilidad extracontractual directa y objetiva de la Administración por los daños que a los particulares pudiera causar el funcionamiento de los servicios públicos, encomendándose a la jurisdicción contenciosa-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias que tales daños causaban. Sistema reafirmado por el artículo 3. b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956 en el que explícitamente se atribuía a dicha jurisdicción «*las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

Es sabido que este sistema de «unidad jurisdiccional» quiebra con la aparición de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE) en los que se atribuía el conocimiento de las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre que tuvieran por objeto el resarcimiento de los daños causados por el «*funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*» (art. 40 LRJAE), mientras que se atribuía a la jurisdicción ordinaria o civil la competencia para conocer de las acciones resarcitorias frente a la Administración del Estado cuando los daños hubieran sido causados en el ámbito de las «*relaciones de Derecho privado*» (art. 41 LRJAE).

Explicaba el sistema establecido la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1991 (RJA 7068):

Ante esta ruptura de la unidad jurisdiccional impuesta por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del

---

PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, y *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, Madrid, 1998, p. 388 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pp. 85-96 y «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, n.º 150, sep.-dic. 1999, p. 346.

Estado, preciso resulta puntualizar que al reconocer tal precepto la competencia de la Jurisdicción Ordinaria cuando el Estado actúe en relación de Derecho privado, está señalando los efectos procesales de las distintas posiciones de las Administraciones Públicas ante el Derecho.

La pretensión de indemnización por daños y perjuicios frente a un Ente Público deberá, por tanto, deducirse ante una u otra Jurisdicción según el Derecho regulador de la actividad que causó el daño, por lo que ha de concluirse que si la Administración Pública cuando ocasionó el daño actuaba como cualquier otro sujeto de derecho, sujeta al Derecho privado, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sí, por contra, deberá deducirse ante esta última cuando en aquel actuar la Administración Pública esté sujeta al Derecho público administrativo<sup>3</sup>.

Ciertamente, esta dualidad jurisdiccional sólo afectaba a la Administración del Estado, pero, como tradicionalmente se ha hecho

---

<sup>3</sup> Aún hoy se ve obligado nuestro Tribunal Supremo a explicar el sistema previo a la reforma de 1992 al tener que resolver supuestos acaecidos con anterioridad a la misma, circunstancia que permite poner en duda la practicidad y eficacia de nuestro sistema procesal administrativo. Un ejemplo en la STS de 29 de junio de 2000 (Diario *La Ley*, núm. 5165, de 19 de octubre de 2000). Indica en su fundamento jurídico tercero: «En el primer motivo del recurso, planteado por el Sr. Abogado del Estado, se formula al amparo del núm. 1.º del artículo 1692 LEC, pues, la sentencia incide en exceso de jurisdicción, por pertenecer el conocimiento de las materias relativas a la responsabilidad extracontractual de la Administración al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo. Y así debió intuirlo la propia Sala sentenciadora al invocar los artículos 40 y 41 LRJAE; que aplicando el principio general de derecho de tempus regit actum cuando acaeció el desgraciado evento que costó la vida a la niña de cuatro años estaba vigente la citada Ley de Régimen Jurídico; que ello no obstante siendo la educación, a todos los efectos un servicio público primario y tratándose de responsabilidad extracontractual no cabe deferir el conocimiento de la materia al orden jurisdiccional ordinario sino al de lo contencioso administrativo, constituyendo plena confirmación, aun posterior, de este criterio la nueva LRJAP y PAC de 26 noviembre 1992. El motivo plantea la cuestión de incompetencia de este orden jurisdiccional que, no ha de acogerse, por las razones, ya coherentes de una jurisprudencia constante, entre otras, la reciente de 10 abril 2000, que, incluso, condena al Ministerio de Educación por un supuesto análogo en que se aprecia negligencia del profesorado —aunque se absolvió al Director del Centro— y, sobre todo, porque se ratifica en todo el recto razonamiento de la Sala de instancia en su FJ 4.º: “procede, por otra parte, establecer la responsabilidad directa del Ministerio de Educación y Ciencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1903 CC, puesto que, los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que conste alterada esta situación por la práctica de la salida complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar, siendo por tanto el Colegio Público X, del Ministerio de Educación y Ciencia, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tutivo de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los profesores referidos, que debía de ser más exquisito sobre niños de tan corta edad, como la menor fallecida, lo que obliga a decretar también el progreso de la acción actuada, en aplicación de dicho precepto en relación a los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE (SS 3 diciembre 1991, 15 diciembre 1994, atendida la fecha de producción de los hechos 12 noviembre 1990), y ello por cuanto independientemente de que el artículo 1903 CC, en su antigua redacción, ya hubiese perdido efectividad a partir de lo establecido modernamente en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo cierto es que la más reciente y correcta interpretación del artículo 1903.5 CC,

notar<sup>4</sup>, pronto se pudo comprobar que la jurisdicción civil la extendió sin excesivos problemas a la Administración Local y a la Administración Institucional, que no se veían afectadas por la regulación establecida en la LRJAE, y sí por el artículo 3.b) de la LJCA de 1956 en el que se establecía el sistema de «unidad jurisdiccional» a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>5</sup>.

Este conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas era particularmente complejo en el ámbito de la prestación de asistencia sanitaria, por cuanto que, a la tradicional disputa entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el civil, se añadía, en este caso, el orden jurisdiccional social, e, incluso, el orden penal también introducía su particular visión en el debate.

No obstante, como se ha señalado, la aparición de la Ley 30/1992 (LRJAP), y muy especialmente, en cuanto al ámbito sanitario que aquí nos ocupa, del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por Real Decre-

---

*en aquella su primitiva redacción que es la aplicable al caso, no es otra sino que el Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio, pues a través de ellos ejerce sus funciones, razón por la cual el expresado artículo se refería in fine a que si el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente correspondía la gestión practicada será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior...". Es además rechazable la mención que se hace en el motivo de la reforma operada por la L 30/1992 de Responsabilidad jurídica de las AA.PP. y Procedimiento Administrativo Común de 26 noviembre 1992, amén de la posterior L 29/1998 de 13, julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en razón a que el accidente ocurrió en 12 noviembre 1990 y por eso, tal vez, se escribe en el motivo "plena confirmación aún posterior de este criterio en la nueva L 26 noviembre 1992 ..." (alusivo, pues, a la competencia de este orden). Este criterio ya está reiterado en la jurisprudencia de esta Sala, al exponerse que, la competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la derogada LRJAE de 26 julio 1957, vigente en la fecha del suceso originador de este pleito, todo lo cual es ratificado por esta Sala. Corresponde recordar la presencia de dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para substanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3 b) de la LJCA (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) de 27 diciembre 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 CC, relativa a que el conocimiento del orden jurisdiccional civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas y la del orden Contencioso-Administrativo en caso contrario».*

<sup>4</sup> LEGUINA VILLA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional», *Justicia Administrativa*, número extraordinario LJCA, 1999, p. 5 y GONZÁLEZ PÉREZ, «Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado», *REDA*, núm. 89, 1996, p. 94.

<sup>5</sup> En cuanto a la Administración Local, se tuvo que esperar a la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local para la implantación de un sistema similar al vigente en relación a la Administración del Estado. Sobre la cuestión, MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, pp. 126-152.

to 429/1993, de 26 de marzo), daba a entender que la vuelta a la «unidad jurisdiccional», a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, quedaba nuevamente restablecida.

Es concretamente el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo) el que incorporaba el dato normativo que, presumiblemente, sustruía principalmente a la Jurisdicción Civil, y en determinados supuestos a la Social, su posible competencia en la materia. Señala la Disposición Adicional 1.ª del Reglamento:

De conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento.

A la vista del precepto, parece claro que la Jurisdicción competente para pronunciarse sobre responsabilidad exigida a la Administración Pública por los daños producidos en el marco de actuación médico-sanitaria no es otra que la contencioso-administrativa. Sin embargo, a la norma reglamentaria transcrita se le imputa el olvido de los principios de legalidad y de reserva de ley, al ir más allá de la específica potestad reglamentaria<sup>6</sup>.

En efecto, el artículo 117.3 de la CE establece una reserva legal en esta materia de atribución de competencias y, por ello, la necesaria existencia de una ley formal que así las establezca, nunca a través de disposición reglamentaria, hecho que vulneraría, por otro lado, lo establecido en el párrafo 5 del artículo 9 de la LOPJ. Incluso, manifiesta Campos Alonso<sup>7</sup> con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1993, de 1 de julio, hay aquí una

---

<sup>6</sup> Señala PANTALEÓN la inutilidad del precepto, ya que, una de dos, o lo allí dicho, ya se señalaba en la Ley 30/92, y entonces sobra, o no lo decía. Si no lo decía, es claro que un reglamento no puede entrar en materia reservada a la Ley. Sirve, eso sí, para explicarnos e informarnos de cuál es la voluntad de la Administración, pero en una materia reservada a la Ley la voluntad de la Administración es perfectamente irrelevante. PANTALEÓN, *Responsabilidad del personal sanitario*, obra colectiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 237

<sup>7</sup> CAMPOS ALONSO, «Responsabilidad derivada de la defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley*, 2 de julio de 1996 y MERCADER UGUINA, «La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdic-

reserva reforzada instituida por el artículo 81.2 de la Constitución, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indisponible para el legislador ordinario, de modo que la ley ordinaria no puede excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica<sup>8</sup>. Y no faltan pronunciamientos de las Salas de lo Civil y Social del Tribunal Supremo que mantienen, con estos argumentos, su competencia en

---

ción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA», *Cuadernos de Derecho Judicial, Competencia del orden social tras la Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 367-368.

<sup>8</sup> En este sentido, OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 2000, pp. 168-178 y 256. Sobre la cuestión el interesante Auto del Tribunal Constitucional de 22 julio de 1997 (RTC. 292): «1. Consiste el problema capital que aquí se plantea por parte del Tribunal a quo en la contradicción entre la definición genérica del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que realiza el legislador orgánico (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de un lado, y la previsión del legislador ordinario que se contiene en el cuestionado artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de otro. De esa contradicción resultaría que el legislador ordinario habría violado la reserva de ley orgánica que prescribe el artículo 122.1 CE. De forma colateral, y en apoyo de la argumentación principal, el órgano proponente sostiene que el sistema resultante del artículo 142.6 de la Ley 30/1992 es contrario al artículo 24.1 CE (por generar un largo e inseguro “peregrinaje” del justiciable); arbitrario (por permitir que una controversia de naturaleza civil sea enjuiciada por el orden contencioso-administrativo y, en consecuencia, lesivo del art. 9.3 CE); y, por último, atentatorio del principio de legalidad (en la medida en que la norma reglamentaria que desarrolla el art. 142.6 de la Ley 30/1992 carecería de la suficiente cobertura legal).

Para mejor centrar la cuestión planteada conviene tener en cuenta que el artículo 122.1 CE reserva a la ley orgánica la determinación de la “constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”. En su cumplimiento, y en lo que ahora importa, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los juzgados y tribunales “del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias”. Por último, el precepto cuestionado, el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, previene que “la resolución administrativa 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”.

2. La cuestión suscitada incurre en la causa de inadmisibilidad consistente en ser notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

Ha de recordarse que este concepto de lo “notoriamente infundado” (art. 37.1 LOTC) o la referencia a que la “cuestión aparezca como manifiestamente inconstitucional”, como se ha afirmado en jurisprudencia constante, encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen a la hora de apreciar la fundamentación de las cuestiones planteadas (entre tantas resoluciones reiteradas hasta nuestros días, p. ej., ATC 134/1995). Dentro de esa noción, cabrá entender incluidos, según las circunstancias, aquellos supuestos en los que sea evidente la falta de contradicción con el precepto constitucional invocado; se pretenda de este Tribunal que opte por una interpretación entre las varias posibles; o se imponga manifiestamente, también según las circunstancias del caso, una interpretación conforme con la Constitución (con carácter general, vid. STC 222/1992 [RTC 1992/222], fundamento jurídico 2.b).

Pues bien, la falta notoria de fundamento de la cuestión suscitada (art. 37.1 LOTC) obedece a las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, porque a tenor del artículo 122.1 CE no está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial la definición concreta y detallada del ámbito de cada una de

todos aquellos supuestos en los que se promueve una pretensión indemnizatoria por los beneficiarios de la Administración Pública sanitaria (Seguridad Social o Servicios de Salud Autonómicos) por

---

las jurisdicciones (cfr. STC 224/1993 [RTC 1993/224], fundamento jurídico 3); de ahí que difícilmente puede concluirse en invasión de la materia reservada por parte de un precepto como el aquí cuestionado.

En efecto, la STC 224/1993 (fundamento jurídico 3) postula una interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 122.1 CE, de acuerdo con la cual, y en lo que aquí interesa, comprende la definición genérica del ámbito de conocimiento litigioso, razón por la que se estimó conforme con aquélla lo dispuesto por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuya virtud los juzgados y tribunales "del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias". Como concluye dicha STC 224/1993, "cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita" (fundamento jurídico 3).

b) En segundo término, porque si la cuestión radica en la "verificación del grado de acomodo de aquélla (la ley ordinaria) a ésta (la Ley Orgánica)... de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica" (cfr. STC 224/1993, fundamento jurídico 3), es también evidente que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 puede ser interpretado –nótese bien, de forma manifiesta, dato este capital en la fase de admisión– de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 122.1 CE, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 LOPJ. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 ("La resolución administrativa 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"), no contradice por sí mismo el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes transcrito. Nótese que este precepto no realiza una atribución jurisdiccional concreta sino que se limita a establecer que con esa resolución termina la vía gubernativa.

3. Por otra parte, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad la sala proponente pretende articular y suscitar ante este Tribunal un problema abstracto de deslinde jurisdiccional, que no le corresponde resolver. El propio auto, en efecto, parece admitirlo cuando afirma que la opción del legislador ordinario (artículo 142.6 de la Ley 30/1992) supone atribuir por ley ordinaria a la jurisdicción contencioso-administrativa una materia que es dudoso que sea administrativa en todos los casos.

Debe subrayarse, como se ha reiterado, que la cuestión de inconstitucionalidad "no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas del órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución" (cfr. 222/1992, fundamento jurídico 2.b; y, en la misma línea, STC 157/1990 [RTC 1990/157], fundamento jurídico 2).

4. Por lo demás, la discrepancia con la solución ofrecida por el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 o la disconformidad con las dudas interpretativas que pudiera suscitar tampoco convierten al sistema en arbitrario (art. 9.3 CE) "por cuanto añade a la directa vía judicial civil el plus de agotamiento del expediente administrativo o vía administrativa previa, suponiendo el establecimiento de un privilegio sin justificación alguna a favor de las Administraciones demandadas" (cfr. fundamento jurídico 7 del auto de planteamiento). De acuerdo con cuanto antecede, carecen de fundamento constitucional –a la luz de nuestra jurisprudencia– tanto la afirmación de que se infringe el principio de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) en la medida en que algo que es –en opinión del órgano proponente– de naturaleza civil pueda ser enjuiciado por la jurisdicción contencioso-administrativa; como la pretendida infracción del principio de legalidad porque el reglamento

los daños causados con ocasión de la asistencia prestada en los centros de su titularidad<sup>9</sup>.

Por el contrario, no lo entendió así la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo que en Autos de 11 de diciembre de 1995 (RJA 9782 y 9783) vino a señalar que:

Esta Sala tiene declarado en Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/7998 y RJ 1994/10587) que la Ley 30/1992 «ha vuelto al sistema de unidad jurisprudencial que instaurara el artículo 3.º, b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956/1890 y NDL 18435), mediante la doble vía de unificar tanto el procedimiento para reclamar la indemnización como la Jurisdicción y régimen jurídico aplicables», y ello por las razones que se recogen en la segunda de dichas resoluciones en los siguientes términos:

«a) El artículo 145.1, al establecer un procedimiento unitario, previo y obligado al planteamiento jurisdiccional de toda reclamación de la naturaleza de la aquí examinada, hasta el punto que ha desaparecido la posibilidad de la acción Jurisdiccional directa que la normativa derogada previa –art. 40, apartados 2 y 3 LRJAE–, procedimiento que no puede ser equiparado, reconducido o identificado con las vías administrativas previas a las reclamaciones judiciales civiles o laborales, toda vez que estas últimas tienen en la Ley una regulación específica –capítulos II y III de su Título VIII, artículos 122 a 126 inclusive– sujeta a trámites y principios diferentes de los que rigen los procedimientos arbitrados en materia de responsabilidad patrimonial a que se refieren, singularizadamente, los capítulos I y II de su Título X, artículos 142 y siguientes.

b) La derogación específica del artículo 41 de la precedente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) –disposición derogatoria, párrafo 2.º, apartado a)– que al residenciar en los Tribunales del orden civil las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en los casos en el que el Estado actuase en relaciones de Derecho privado, había vuelto al sistema de dualidad o pluralidad jurisdiccional, y su sustitución por el artículo 142.6 de la nueva Ley, que prevé expresamente “la resolución administrativa” como término de los procedimientos de responsabilidad patrimonial “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive”, resolución que, a mayor abundamiento y según dispone también el mismo precepto, “pone fin a la vía administrativa”. Estas subrayadas expresiones denotan, por sí mismas, la sumisión ulterior al enjuiciamiento de la cuestión por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y más aún cuando el artícu-

---

*habría infringido preceptos de rango legal, puesto que, de admitirse tal hipótesis, no sería la cuestión de inconstitucionalidad el cauce adecuado para su depuración».*

<sup>9</sup> SsTS 6 de junio de 1997 (RJA 4610) y 7 de marzo de 2000 (RJA 1508) y (Sala 4.ª) de 10 de julio, 14 de octubre de 1995 (RJA 5488 y 7754), 9 de febrero de 1996 (RJA. 1008), 19 de abril (RJA 4528) y 10 de mayo de 1999 (RJA 6659) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).



lo 37.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisamente modificado por la disposición adicional 10 de la meritada Ley 30/1992, textualmente determina que el recurso contencioso-administrativo “será admisible en relación con las disposiciones y con los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

c) El artículo 144, al prever, en materia de responsabilidad de Derecho privado, que cuando las Administraciones actúen en relaciones de tal naturaleza, además de responder directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre, “la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda”, es decir, por el procedimiento general o abreviado y, por ende, con resolución administrativa que pone fin a la vía también administrativa, como se ha visto antes, “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive” artículo 142.6.

d) La naturaleza puramente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vinculada exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, incluso en condiciones de normalidad, como se desprende de su información constitucional –artículo 106.2 CE (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875)– y, por tanto, sin necesidad de consideración alguna del carácter defectuoso de la prestación y con total independencia de cualquier valoración culposa o reprochable de la conducta causante del daño. Basta al respecto, como claramente determina el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, la mera inexistencia, en el particular lesionado, del “deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley”.

e) El carácter de Administración Pública de la Entidad originariamente demandada con arreglo a lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley, a la que son aplicables por consiguiente, los preceptos relativos a la responsabilidad patrimonial antes examinados, tal y como explicita la disposición adicional 1.ª del Reglamento de procedimiento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que en este punto, al sujetar a la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en la Ley la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como la de las demás Entidades, Servicios y Organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada Ley»<sup>10</sup>.

Con mayor contundencia se manifiestan las SsTS (Sala 1.ª) de 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977), si bien

---

<sup>10</sup> Argumentación que sistemáticamente ha reiterado la Sala de Conflictos Jurisdiccionales. Así, entre otros, el Auto de 18 de junio de 1999 (RJA 6963).

con la ventaja de conocer el texto actualmente vigente del artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), la nueva redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como la disposición adicional duodécima añadida a la Ley 30/1992 por la Ley de reforma 4/1999, de 13 de enero. No sucede lo mismo, sorprendentemente, en la STS de 7 de marzo de 2000 (RJA 1508).

La STS de 16 de marzo de 2000 (RJA 1840) manifiesta la incompetencia del orden jurisdiccional civil, a favor del contencioso-administrativo, en un supuesto acaecido con posterioridad a la reforma administrativa de 1992 de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Local por daños sufridos durante la celebración de unas fiestas, afirmado que:

como se viene recogiendo en las sentencias más modernas, esto es, las dictadas desde la entrada en vigor de la Ley últimamente citada 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, entendiéndose que la vía procedente para hacer tales reclamaciones a las diferentes Administraciones Públicas, es la contenciosa administrativa, de acuerdo a los artículos citados de la Ley 30/1992, y para que no quedase duda de ello, en el preámbulo del propio Real Decreto que aprueba el Reglamento, se dice de forma expresa que es a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que con exclusión de otras, a la que corresponde dirimir las cuestiones que se susciten, en orden a exigir responsabilidad patrimonial a las diversas administraciones públicas, bien nazcan esas obligaciones de relaciones de Derecho público, ya lo sean en virtud de Derecho privado; consecuente con esta manifestación de intenciones del preámbulo, en la disposición transitoria del citado Reglamento se sanciona esta tesis, criterio de la sentencia recurrida que es el mismo que el mantenido por esta Sala en sentencia de 16-12-1998 (RJ 1998/9559), en la que claramente se pone de manifiesto este cambio de posición jurisprudencial, debido exclusivamente a las nuevas normas contenidas en la Ley y Real Decreto citados más arriba y que han sido dictadas para acomodarlas a las disposiciones europeas, en este particular, al sostener en la citada resolución que «después de la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 del Código civil y la publicación de la reseñada Ley 30/1992, es evidente un cambio de panorama competencial en este campo, con la tendencia de la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1994/81, 1659; RCL 1997, 917; RCL 1999, 2661 y LCEur 1992/2465), de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa». Por lo que es indiferente, a estos efectos que, en la organización del festejo taurino hubiese actuado el Ayuntamiento,

como si de una empresa privada se tratara, y no se viera en esa actuación municipal como el cumplimiento de una actividad que cubre un servicio público, concurra o no en esa responsabilidad extracontractual con otras personas o entidades particulares, porque la jurisdicción que se atribuye a los órganos contencioso-administrativos excluye del conocimiento a los órganos de la jurisdicción civil.

Menos explicaciones da la STS de 19 de abril de 2000 (RJA 2977) que se limita a señalar, tras declarar la incompetencia de jurisdicción del orden civil para juzgar un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ante la defectuosa prestación de asistencia sanitaria, que:

Efectivamente, la pretensión de la parte actora, ahora recurrente, se basa en un presunto funcionamiento anormal de un complejo hospitalario psiquiátrico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, que tiene su fundamento en una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil.

Pues bien, para un mejor entendimiento del caso controvertido, hay que destacar que la señora R. se encontraba ingresada en el Hospital psiquiátrico, en cuestión para su tratamiento, ya que estaba aquejada de un cuadro psicótico.

Por todo ello es preciso afirmar que la referida señora estaba utilizando un servicio público de la Administración, lo cual excluye la aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) –la norma vigente para los actuales eventos– que establecía someter a los Tribunales de orden civil –Tribunales ordinarios según la dicción legal– la responsabilidad del Estado y demás Administraciones públicas, pero siempre que dichas personas públicas actúen en relaciones de Derecho privado. Y tiene, por ello, que estar acogida la pretensión en cuestión a lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley, o sea, a ser dilucidada en la vía contencioso-administrativa.

Y del *factum* de la sentencia recurrida, se desprende que se estaba utilizando, en el caso presente, un servicio público como tal y por tener derecho a ello, lo que por otra parte no ha sido ni siquiera controvertido.

En conclusión, que ni el personal del centro hospitalario, ni el Insalud actuaba con carácter privado, lo que excluye que este orden jurisdiccional civil, sea el competente para conocer de la presente contienda judicial.

Pero, lo cierto es que las declaraciones ahora presentadas por las SsTS de 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977) como fuera de toda duda, inequívocas y lógicas a la luz de la legislación aplicable al caso (en los casos allí planteados la Ley 30/92 de RJAP y el RD 429/1993, de 26 de marzo, sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial), no constituían la práctica habitual de nuestro Tribunal Supremo.

Al margen de los intentos poco efectivos en virtud de sus resultados de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo<sup>11</sup>, la ausencia de una norma concreta y expresa con rango de Ley (orgánica u ordinaria, según la opción adoptada) que estableciera una clara atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para conocer de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el marco de la prestación de servicios sanitarios había producido que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 (LRJAP), se generara un sustancioso debate sobre la existencia o no de la tan reclamada «unidad jurisdiccional», acrecentado aún más desde el momento en el que, por regla general, el daño sufrido por el administrado al recibir la prestación sanitaria le ha sido infringido por la actuación del personal propio de la Administración o por los agentes de ésta, que también podrán ser demandados, y no quepa duda de que lo son, conjuntamente con la Administración Pública sanitaria. El conflicto, por tanto, seguía abierto.

Así, enfrentados a los problemas que plantea la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la prestación del servicio sanitario, lo primero que se observa es una complejidad, ciertamente especial, en materia de jurisdicción. Todos los órdenes jurisdiccionales (penal, civil, contencioso-administrativo y social) venían conociendo sobre supuestos relativos a la materia que nos ocupa y todos ellos se declaraban competentes para conocer sobre los mismos<sup>12</sup>, seguramente, por razones de equidad, a fin de evitar lo que se conoce como *peregrinaje de jurisdicciones* y el

---

<sup>11</sup> Explícitamente la STS de 12 de junio de 2000 (RJA 5101) niega el carácter de jurisprudencia a las resoluciones de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales. En algún momento se deberá plasmar legislativamente el valor que debe atribuirse a los pronunciamientos de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales, ya que, no cabe duda, escaso acatamiento, y el tema aquí tratado es un claro ejemplo, generan en las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo. Ciertamente sólo resuelven un conflicto concreto y tiene, indudablemente, eficacia entre las partes procesales intervinientes, pero no creo que sea suficiente. La Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo debe, con la composición orgánica adecuada, resolver eso: los conflictos jurisdiccionales que se planteen entre los distintos órdenes jurisdiccionales, no con la eficacia limitada que hoy presentan sus pronunciamientos, sino con eficacia *erga omnes*, sólo así se evitarán cuestiones como la aquí planteada. Sobre la cuestión, OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación de competencias...*, cit. pp. 328-341.

<sup>12</sup> Como muestra, un botón. La SAP de Valencia de 27 de noviembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 617) resuelve un supuesto en el que la parte actora entendía que la jurisdicción competente para conocer del asunto litigioso era la civil, las demandadas consideran que lo es la contencioso-administrativa, y el Ministerio Fiscal es partidario de que el conocimiento se atribuya a la jurisdicción social.

No sucede lo mismo en el ámbito del Derecho francés, caracterizado por el hecho de que la actividad médica desarrollada en la Administración Pública está sometida, generalmente, al Derecho administrativo y a los Tribunales del mismo orden jurisdiccional. Circunstancia que no evita que, en aquellos supuestos en los que el personal sanitario incurra

consiguiente retraso en la resolución del caso<sup>13</sup>. Es más importante, señalaba el profesor Lacruz, que se haga justicia que quien la haga<sup>14</sup>.

Justificaba esta situación la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (RJA 4610) señalando que:

«aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), se ha instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sin profundizar en la cuestión, hay que afirmar para la presente contienda que la evitación del “peregrinaje procesal” es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la Constitución Española»<sup>15</sup>.

No obstante, lo más relevante no era la existencia de esta confrontación de jurisdicciones, sino los distintos argumentos de Derecho material utilizados por éstas para resolver la cuestión de fondo ante supuestos esencialmente similares<sup>16</sup>. De este modo, planteada la cuestión ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, o Social<sup>17</sup>, se aplicaban, a los daños ocasionados en la actividad médico-sanitaria, el régimen propio de responsabilidad de las Administraciones Públicas establecido en los artículos 139 a 146

---

en culpa grave (*détaschables du service*), éste pueda ser demandado ante los Tribunales ordinarios. En este último supuesto, si es demandada la Administración Pública y satisface la indemnización pertinente siempre cabría la acción de reembolso frente al personal a su servicio. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, París, 1996, pp. 48-59.

<sup>13</sup> SsTS de 10 de febrero 2000 (RJA 845), 3 de marzo de 1998 (RJA 926), 6 de junio de 1997 (RJA 4610), 27 de febrero de 1995 (RJA 4077), 17 de julio de 1992 (RJA 6433), 25 de octubre de 1989 (RJA 6964) I de julio de 1986 (RJA 4559), 17 diciembre 1985 (RJA 6591) y 5 de julio de 1983 (RJA 4068).

<sup>14</sup> LACRUZ BÉRDEJO, *Elementos de Derecho civil. II. vol. 1.º*, Barcelona, 1985, p. 597, nota. 7.

<sup>15</sup> Se mantiene esta argumentación en la STS de 3 de diciembre de 1999 (RJA 8532).

<sup>16</sup> En este sentido, SERRANO ALONSO, «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho*, núm. 34, 1992, p. 4.

<sup>17</sup> Frente a la STS (Sala 4.ª) de 26 de septiembre de 1990 (RJA. 7052) en la que se denegó la pretensión indemnizatoria por defectuoso funcionamiento por los servicios públicos sanitarios bajo el argumento de falta de concurrencia de culpa o negligencia exigida por el artículo 1902 del Código civil, es lo cierto que a partir de la STS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991 (RJA 5131) no hay duda de la aplicación, por parte del orden social, de los criterios objetivos que rigen en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho administrativo: «... dentro del derecho laboral y administrativo el principio de responsabilidad objetiva gana terreno día a día, y es consagrado constitucio-

de la Ley 30/1992 (LRJAP) que, como es sabido, establece un sistema de responsabilidad de naturaleza estrictamente objetiva<sup>18</sup>, con la particular causa de exclusión de la misma, constitucionalmente recogida (artículo 106 CE), de la fuerza mayor; por el contrario, presentada ante el Orden Jurisdiccional Civil, era el principio general de responsabilidad subjetiva por culpa establecido en el artículo 1902 del Código civil el que debía prevalecer<sup>19</sup>.

Esta diversidad de criterios originada por la dualidad (pluralidad) jurisdiccional ha incidido, e incide, desfavorablemente en dos pilares de nuestro Estado de Derecho: la igualdad y la seguridad jurídica.

---

*nalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en apartado 2 del artículo 106 de la Constitución ... es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal y, máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la CE». Posicionamiento confirmado por las SsTS (Sala 4.ª) de 20 de abril y 6 de mayo de 1992 (RJA 2662 y 3511), 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).*

<sup>18</sup> Señala la STS (Sala 3.ª) de 8 de octubre de 1996 (RJA 6992): «El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración que establecen los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la LRJ-PAC es un sistema de responsabilidad objetiva, independiente de la culpa o dolo de las autoridades, funcionarios y agentes del Ejecutivo, que exige la efectiva realidad de un daño o perjuicio que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, pero que aparece fundado en el concepto técnico de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico, que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar». Igualmente, entre otras muchas, SsTS (Sala 3.ª) 1 de octubre 1999 (RJA 1395), 6 y 16 de febrero de 1996 (RJA 989 y 1199) y 28 de febrero de 1995 (RJA 1489).

<sup>19</sup> Es conocida la transformación que ha sufrido la interpretación del artículo 1902 del Cc y el concepto de culpa en él contenido, bastando los denominados *poussières de fautes* (polvos de culpa) para declarar la responsabilidad y facilitar la reparación. De ÁNGEL YÁGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, p. 31, haciéndose eco de lo expuesto por JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 17-19.

No obstante, no faltan autores que proponen restituir a la culpa el carácter de elemento general o principal, reivindicando para la responsabilidad civil, más que una función reparatora, sancionadora. BUSNELLI, «La parabola della responsabilità civile», *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, pp. 643-ss y CENDON, «Il profilo della sanzione nella responsabilità civile», en *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Milano, 1994, pp. 71-80.

Indica la STS de 6 de julio de 1995 (RJA 6604): «ni la Sala sentenciadora infringió el principio de la carga de la prueba, ni aplicó incorrectamente la teoría de la responsabilidad objetiva —que no tiene vigencia en el ámbito de la responsabilidad médica—, ni, finalmente, podía, como pretende la recurrente, estimar la existencia de caso fortuito ni de fuerza mayor, en un supuesto en el que, como sucede en el que nos ocupa, consta acreditada la negligencia, siquiera sea leve, del médico demandado».

Explica la evolución jurisprudencial sobre el concepto de culpa la STS de 19 de junio de 1995 (RJA 4927): «Evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsa-

La jurisprudencia presenta múltiples supuestos de lo dicho. Baste señalar un ejemplo:

La STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (RJA 6154) trata el tema del contagio del virus de la hepatitis C a través de transfusiones sanguíneas. La cuestión a resolver se concretaba en determinar si es responsable el INSALUD de los daños y perjuicios reclamados por el demandante como consecuencia de una intervención quirúrgica a la que fue sometido el demandante en el año 1984, con ocasión de la cual se le hizo una transfusión de sangre contaminada con el virus de la Hepatitis C; y, en concreto, si concurre la causa de fuerza mayor para poder ser exonerado de responsabilidad el organismo responsable de los servicios sanitarios de la Seguridad Social como consecuencia de cuya intervención sufrió el actor las lesiones que nadie había discutido.

El Instituto que recurre parte de una realidad jurídica cual es la del principio de que el INSALUD en cuanto órgano de la Administración sanitaria está sujeto a las reglas que sobre responsabilidad extracontractual objetiva rigen para cualquier Administración Pública en nuestro derecho, de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Acepta, por otra parte

---

*bilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las Sentencias, entre otras, de fechas 29 marzo y 25 abril 1983 (RJ 1983/1652 y RJ 1983/2123), 9 marzo 1984 (RJ 1984/1207), 21 junio y 1 octubre 1985 (RJ 1985/3308 y RJ 1985/4566), 24 y 31 enero y 2 abril 1986 (RJ 1986/329, RJ 1986/444 y RJ 1986/1788), 19 febrero y 24 octubre 1987 (RJ 1987/719 y RJ 1987/7471), 5 y 25 abril y 5 y 30 mayo 1988 (RJ 1988/2652, RJ 1988/3277, RJ 1988/3879 y RJ 1988/4352), 17 mayo, 9 junio, 21 julio, 16 octubre y 12 y 21 noviembre 1989 (RJ 1989/3771, RJ 1989/4415, RJ 1989/5772, RJ 1989/6923 y RJ 1989/7897), 26 marzo, 8, 21 y 26 noviembre y 13 diciembre 1990 (RJ 1990/1731, RJ 1990/8534, RJ 1990/9014, RJ 1990/9047 y RJ 1990/10002), 5 febrero 1991 (RJ 1991/991), 24 enero 1992 (RJ 1992/207), 5 octubre 1994 (RJ 1994/7453) y 9 marzo 1995 (RJ 1995/1848), así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor».*

Confirma lo expuesto la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJA 8055) al destacar que: «es incuestionable que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala (I.ª), sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical».

que el actor sufrió una lesión en sus intereses jurídicos, que esa lesión deriva de la transfusión de sangre de que fue objeto en el año 1984, y, por lo tanto, que hubo relación de causa a efecto entre la intervención administrativa y el daño, con lo que no se discute la concurrencia de los presupuestos esenciales sobre los que el artículo 139 citado sustenta la responsabilidad extracontractual de la Administración. Lo que únicamente se plantea es la cuestión acerca de si, reconocida la realidad de la lesión del actor y que la misma fue causada por una actuación administrativa, debe de apreciarse igualmente la concurrencia de causa única de exoneración de dicha responsabilidad cual es la apreciación de que el daño se produjo por fuerza mayor.

El argumento de fuerza mayor del recurrente lo sustenta sobre la precisión concreta de que la transfusión causante de todas las secuelas que sufre el demandante, se produjo en el año 1984, en un momento en el que era desconocida por la ciencia médica la forma científica de aislar el virus de la luego denominada «hepatitis C»; siendo por ello por lo que considera que era imposible para los servicios médicos del Instituto prever en aquel entonces que con la transfusión estaban causando un daño, considerando que tal circunstancia constituye un supuesto de fuerza mayor exonerante de aquella responsabilidad.

En relación con dicha cuestión, la respuesta de la Sala 3.<sup>a</sup> considera como causa de fuerza mayor el hecho de que en aquel entonces desconociera la ciencia médica el virus en cuestión. En efecto, argumenta la referida sentencia:

«Si la fuerza mayor se conceptúa como un hecho imprevisible e inevitable, o también, como decía citando Sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> de 2 de febrero de 1980 (RJ 1980/743), 4 de marzo de 1981 (RJ 1981/894), 25 de junio de 1982 (RJ 1982/4852) y 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8628) por “aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado”, la circunstancia de que en la época en que se hizo la transfusión fuera desconocida completamente por la ciencia médica la mera existencia de aquel virus, el hecho de que le fuera inoculado al paciente por una transfusión de sangre hace que la lesión que indudablemente se le produjo deba de calificarse de suceso ajeno a la posibilidad de evitarlo y por lo tanto justificativo de fuerza mayor... En relación con lo cual cabe añadir con palabras de nuestra Sentencia del año 1997, que, de aceptar la tesis de la responsabilidad en estos supuestos llevaría a la extraña situación de poder exigir responsabilidad al INSALUD en el futuro, por tratamientos actuales “que por su propia naturaleza tienen no sólo virtudes curativas sino también en muchos casos efectos perjudiciales, que en un futuro darían lugar a poder exigirle



responsabilidades, con la consiguiente indemnización compensatoria, si se descubren nuevas dolencias, tratamientos o efectos negativos de los medicamentos, como pueden ser efectos cancerígenos que pongan de relieve una actuación errónea a la luz de los nuevos avances científicos y que el momento del tratamiento era correcta, como ocurrió en el caso litigioso". A lo que cabe añadir, a los solos efectos de constatación de la voluntad legislativa sobre esta materia, que en la reforma introducida en el artículo 141 de la Ley 30/1992 se señala expresamente que "no serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos"».

Por el contrario, la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3 de diciembre de 1999 (RJA 8532) en la que se demanda por inoculación del virus VIH, se rechaza la existencia de fuerza mayor que permita excluir la responsabilidad de la Administración Pública sanitaria.

En el caso se le practicó a la paciente una transfusión sanguínea heteróloga el día 27 de junio de 1982. Desde 1990 acudió en varias ocasiones al centro médico por encontrarse aquejada de diversos males que afectaban a su salud, que progresivamente se iba deteriorando, siendo objeto de diversos ingresos y altas, sin que se le hubiera detectado ni practicado prueba médica alguna al respecto sobre si padecía VIH positivo (SIDA), siendo el 7 de febrero de 1992 cuando al marido de la paciente se informa que padece dicha enfermedad por consecuencia de la transfusión de sangre practicada, falleciendo el día 31 de julio de dicho año.

La Sentencia recurrida, utilizando las presunciones que autorizan los artículos 1249 y 1253 del Código civil, alcanza la conclusión de que la transfusión de sangre fue la que determinó la contaminación vírica que causó la muerte de la enferma, ya que los primeros síntomas del mal surgieron a los seis meses de la transfusión, decretando la desestimación de la demanda en base a que en aquella época era desconocida la enfermedad, toda vez que su detección sólo se produjo en el año 1985, aunque ya en 1982 se conocían las transfusiones autólogas o autotransfusiones intraoperatorias, que no le fue practicada a la finada.

La Sala 1.<sup>a</sup> del TS señala:

El Tribunal de Instancia viene por tanto a atender sólo a la fecha de la transfusión que se deja referida, y sin haber analizado otras posibles transfusiones posteriores. Este razonamiento escueto y aislado justifica el fallo absolutorio pronunciado que Nos no aceptamos, pues deja de lado la pasividad notoria, por resultar suficientemente acreditada, en que incurrieron los servicios hospitalarios, y conforma efectiva negligencia médica (artículo 1902 del CC),

ya que desde 1990, en que se tuvo la oportunidad de llevar a cabo examen directo de la enferma, por las diversas revisiones a que fue sometida, con el antecedente de haber sido sometida a transfusión de sangre no suficientemente controlada, en cuanto su procedencia, necesidad e inocuidad, no se le practicó analítica ni actividad médica alguna para averiguar las causas del progresivo deterioro que afectaba a su salud, cuando ya por entonces la enfermedad del SIDA era suficientemente conocida, al haberse detectado el primer caso en los Estados Unidos en el año 1981, contando ya con regulación positiva en nuestro país –Decreto 1995/1985, de 9 de octubre (RCL 1985/2582 y ApNDL 6746; LG 1985/3054), sobre la hemodonación y bancos de sangre, Ordenes de 4 de diciembre de 1985 ( RCL 1985/2959, RCL 1986/207 y ApNDL 7051), 18 de febrero y 23 de julio de 1987 (RCL 1987/510 y 1919) y 3 de octubre de 1990 (RCL 1990/2099)–, con lo cual, a nivel científico e incluso popular, se tenía noticias suficientes de los síntomas y graves consecuencias del Sida, y de este modo a partir sobre todo del año 1985 ya disponían los centros hospitalarios de las técnicas precisas para combatir el desarrollo del virus y como dice la Sentencia de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10161) (sobre un caso análogo al que nos ocupa), no supone que haya de excluirse necesariamente la responsabilidad por los eventos acaecidos con anterioridad, pues la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi-objetiva civil.

En este caso el riesgo instaurado hay que referirlo, sin dejar de lado la causa originaria del contagio del VIH por la transfusión del año 1982, a que se dejó desarrollar la enfermedad, no obstante conocerse debidamente padecimientos asociados, sin haber sido objeto de diagnóstico y tratamiento adecuado, que se imponía como necesario, por lo que la culpa médica hay que centrarla considerando el desarrollo creciente y progresivo de la enfermedad, que fue consentido por actuación omisiva negligente de los servicios médicos implicados del centro hospitalario donde se atendió a la paciente en repetidas ocasiones, ocasionando clara infracción de la *lex artis* de la medicina, ante unas patologías que se presentaban incrementadas y acentuaban la pérdida creciente de la salud, pues de haberse aplicado el tratamiento correspondiente y disponible a la enferma, hubiera acreditado la atención y diligencia que ha de exigirse a quienes asumen una de las más nobles y enaltecidas tareas humanitarias, cual es la de procurar la salud de las personas. De esta manera, al menos, se hubiera podido intentar la paralización o aminoración del desarrollo del virus a fin de remitir la sintomatología o que el avance se produjera con la mayor lentitud posible, lo que aquí no concurrió por la omisión suficientemente acreditada de medios, conforme al *factum*, ya que la muerte de la mujer se produjo pocos meses después de haberle diagnosticado la enfermedad, diagnóstico que resulta tardío, tratándose de un mal de los más intensos, pues la sangre infectada como declara la Sentencia de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998/707), es un hecho gravísimo y opera por la prestación de unos servicios sanitarios insuficientes y más bien pasivos en el caso que nos ocupa.

El motivo procede y con ello el recurso y con mayor razón, como declaran las Sentencias de 11 de febrero de 1998 y 28 de diciembre de 1998, ya referidas, y las más recientes de 9 de marzo y 5 de octubre de 1999 (RJ 1999/1368), en base constitucional de los artículos 43 y 51 de la Constitución Española, al tenerse en cuenta que en la época en la que fue tratada la paciente de referencia ya regía la Ley de 19 de julio de 1984 (RCL 1984/1906 y ApNDL 2943) (General para Defensa de Consumidores y Usuarios), cuyos artículos 25, 26 y 28.1 y 2, proclaman el derecho que tienen los consumidores y usuarios de los servicios sanitarios y de productos farmacéuticos a ser indemnizados por parte de los que le suministren dichos productos o servicios<sup>20</sup>.

Dos supuestos análogos, dos soluciones distintas con fundamentos jurídico-materiales diversos<sup>21</sup>.

Ciertamente, esta situación choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Cons-

---

<sup>20</sup> No resistimos la tentación de señalar la importante controversia generada tras la aparición de la Ley 4/1999, modificadora de la Ley 30/1992, al incluir una mención expresa en el artículo 141.1 de la LRJAP relativa a los que convencionalmente se han denominados «riesgos del desarrollo»; esto es, daños producidos por actuaciones o utilización y suministro de cosas cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación, debido a que el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en ese momento no advertía de la existencia de los riesgos. Señala el artículo 141.1: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos*». Se ha querido ver en dicho precepto un supuesto de fuerza mayor que, expresamente, la Ley excluye del ámbito de lo indemnizable, en contra de lo dispuesto en el artículo 106 de la CE. No creo que ése sea el ámbito de ubicación de la citada norma. Aún en contra de lo manifestado por la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, donde explícitamente se hace referencia al artículo 141.1 manifestando que «*se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor*», creemos que verdaderamente su ubicación en el párrafo primero del artículo 141 lo sitúa en el marco de la antijuridicidad. Se trata, como muy bien ha manifestado el profesor López Menudo («Responsabilidad Administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999), de la especificación de una causa de exoneración, o dicho de otro modo, de delimitación, hecha desde la propia Ley reguladora del instituto de la responsabilidad (como lo hubiera podido haber hecho cualquier otra) del campo de lo antijurídico para una suerte de daños. Por tanto, continúa López Menudo, puede decirse que, de acuerdo con la Ley, los particulares tienen el deber jurídico de soportar, y por tanto no serán indemnizables, los daños imprevistos o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica.

<sup>21</sup> Es interesante conocer que recientemente un Juzgado de Primera Instancia de Oviedo ha planteado al Tribunal Europeo de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios y la Ley de Productos Defectuosos en el contagio transfusional. La decisión del Juzgado se ha producido en un caso en el que un paciente demandó a una empresa suministradora de unidades de sangre por un contagio de VHC alegando la aplicación de los artículos 25 y siguientes de la LGDCU. La empresa considera que los preceptos de la LGDCU no son aplicables, al haber sido derogados por la Ley de Productos Defectuosos, aplicable en España tras la adaptación de la Directiva 85/374 del Consejo de Europa. Información extraída de *Diario Médico* de 1 de junio de 2000.

titudin, ya que, como afirma Leguina Villa<sup>22</sup>, la tutela judicial efectiva obliga a dar un tratamiento jurídico unitario al conflicto que enfrenta a las víctimas de los daños administrativos con todos sus eventuales responsables y exige por ello que se pueda demandar a todos ellos ante un único orden jurisdiccional, con independencia de que finalmente resulten o no condenados a reparar tales daños.

## **II. LOS TRADICIONALES ARGUMENTOS DE LA JURISDICCION CIVIL Y SU RECUSACION EN LA ACTUAL LEGISLACION IMPLANTADA POR LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y POR LA LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO MODIFICADORA DE LA LEY 30/1992, DE 6 DE NOVIEMBRE**

Son múltiples los pronunciamientos de la Jurisdiccion Civil en los que se afirma su competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias presentadas frente a la Administracion Pública por daños causados con ocasión de la prestacion de servicios sanitarios<sup>23</sup>. La fundamentacion de la Sala 1. del Tribunal Supremo es variada, aunque, fundamentalmente, los argumentos con cierta solidez pueden reducirse a los siguientes:

### **2.1. La concepcion reduccionista del concepto «servicio público» realizada por la Sala 1. del TS**

La actuacion de la Administracion Pública, por lo que respecta a los actos médicos realizados en sus establecimientos sanitarios, no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administracion del Estado, sino como entidad privada; se est, por tanto, fuera de la relacion de Derecho público, de ahí la aplicacion del, hoy derogado por la Ley 30/92 (LRJAP), artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administracion del Estado. Esto es, la Administracion actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, cuando se habla de daños causados por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados,

---

<sup>22</sup> «Responsabilidad patrimonial...», cit. p. 7.

<sup>23</sup> Entre innumerables sentencias, algunas recientes como las de 7 de marzo de 2000 y 10 de noviembre de 1999 (RJA 8055).

lo que sitúa el tema como propio del Derecho civil<sup>24</sup>. Es más, no ha faltado la ocasión en la que se ha calificado la relación existente entre la Seguridad Social y sus afiliados de carácter contractual<sup>25</sup>.

Sorprende que se mantenga este posicionamiento en la STS de 7 de marzo de 2000 sobre un supuesto en el que la demanda rectora

---

<sup>24</sup> SsTS de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988 (RJA 3879 y 6847), 27 de enero y 7 de abril de 1989 (RJA 135 y 2997), 30 de enero y 23 de noviembre de 1990 (RJA 74 y 9042), 30 de julio de 1991 (RJA 5429), 4 de noviembre de 1992 (RJA 9199), 15 de marzo y 21 de septiembre de 1993 (RJA 2276 y 6650), 27 de febrero de 1995 (RJA 4077), 8 de abril y 3 de septiembre de 1996 (RJA 2988 y 6501).

<sup>25</sup> Es opinión común entender que no existe ningún tipo de contrato entre los afiliados a la Seguridad Social y los centros dependientes de la misma donde reciba las prestaciones, ni con el profesional sanitario que le atiende. En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de septiembre de 1994 (AC 1994/1500) al afirmar que: «*La relación entre la Seguridad Social y el beneficiario de sus prestaciones, entre las que figura la asistencia médico sanitaria es completamente diferente a la mantenida por aquel Instituto y el personal a su servicio, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daño por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil, cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culposa extracontractual amparada en el artículo 1902 del Código civil y, en su caso, en el artículo 1903 del mismo Texto*». Posición confirmada por la STS de 8 de abril de 1996 (RJA 2988): «*ningún contrato privado existe entre los beneficiarios de la Seguridad Social y los organismos administrativos de ésta*». Asimismo, las SSAAPP de Valencia de 15 de marzo de 1995 (AC 1995/1166) y Granada de 21 de junio de 1994 (AC 1994/990).

Sin embargo, no ha faltado ocasión en la que esta opinión mayoritaria ha sido puesta en duda. Así, la STS de 29 de octubre de 1992 (RJA 8178) opta por considerar que la relación existente entre los afiliados a la Seguridad Social y el centro hospitalario, que integrado en la misma le ofrece asistencia médica, tiene carácter contractual. Igualmente, la SAP de Alicante de 4 de junio de 1996 (AC 1996/1664) en la que se desestima la excepción de prescripción de la acción al considerarse la existencia de un vínculo contractual entre el asegurado y la sanidad pública, y la necesidad de reconducir el plazo de prescripción al general de 15 años establecido en el artículo 1964 del Código civil.

La referencia a la posible relación contractual con las entidades sanitarias públicas aparece de nuevo en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993 (RJA 2276). En tal caso, justifica el Alto Tribunal la existencia de dicha relación contractual, ya que «*el demandante acudió al hospital, no como afiliado o beneficiario de la Seguridad Social, sino como particular ajeno a la misma*». En esta línea, parece que el Tribunal (a *sensu contrario*) estima el carácter extracontractual de la relación existente entre los afiliados a la Seguridad Social y la entidad pública. Tal vez, la libertad de elección del personal médico o centro hospitalario, en el cual deba ser atendido el afiliado a la Seguridad Social, modifique la posición tradicional. Es el caso presentado en la sentencia de 18 de febrero de 1997 (RJA 1240), en la que atendiendo a la libertad de elección ejercida por el sujeto destinatario de la prestación del servicio, dentro del marco legal de la obligada asistencia sanitaria, estima existente un *contrato de adhesión* entre el afiliado al régimen general de la Seguridad Social y la entidad gestora de la prestación de asistencia sanitaria (Institut Català de la Salut). Contrato de adhesión con un contenido típico determinado legal o reglamentariamente, en atención a la oferta pública que los centros hospitalarios, concertados o no, mantienen dentro de sus posibilidades.

No obstante, la falta de un sistema de resarcimiento específico, establecido en el estatuto del servicio, sobre los daños que resulten de una prestación sanitaria defectuosa, ni las que deriven de la realización del riesgo del servicio, junto con el carácter estatutario de la posición del usuario del servicio público sanitario, donde se definen sus derechos y obligaciones, nos hace inclinarnos por la inexistencia de dicha relación contractual (en este sentido, VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona, 1996, p. 66). Creemos que esa es la línea que subyace en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de noviembre de 1991, en la que se estima el rein-

se interpuso con fecha de 26 de febrero de 1993, ya entrada en vigor la Ley 30/1992 (LRJAP), y sobre todo, aunque ciertamente no era norma aplicable al caso, teniendo delante el texto vigente del artículo 2. e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) y del nuevo texto del artículo 9. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a los que más adelante nos referiremos. Argumenta la sentencia que dicha Ley aún estaba pendiente de desarrollo normativo y en el marco de una discusión doctrinal acerca de su verdadero alcance en relación con el Derecho precedente, razones por las que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha mantenido su jurisdicción en supuestos análogos.

---

tegro de los gastos por asistencia médica originados a un paciente afiliado a la Seguridad Social que, ante la inatención del sistema hospitalario establecido, se vio obligado a acudir a otro centro de carácter privado (señalar que la jurisprudencia es constante al declarar que la posibilidad de acudir a la medicina privada no constituye una opción del afiliado a la Seguridad Social, sino que es excepcional y debe ser justificada por los beneficiarios (STS (Sala 4.ª) de 5 de marzo de 1991 [RJA 1829])). La existencia de la obligación de la entidad gestora de prestar asistencia médica a los beneficiarios de la Seguridad Social, junto con un mecanismo de reparación de daños de carácter específico acorde con los postulados constitucionales sobre responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, hace pensar que la responsabilidad derivada en este tipo de supuestos, ahora sí, es de estricto carácter contractual.

Vuelve a plantearse la cuestión en la STS de 18 de junio de 1998 (RJA 5290), que resuelve en los siguientes términos: «El primer motivo del recurso interpuesto por el Instituto Catalán de la Salud se amparó procesalmente en el número 4.º del artículo 1692 de la LECiv y denuncia infracción de la doctrina jurisprudencia de esta Sala que ha calificado la responsabilidad de la entidad Gestora de la Seguridad Social como extracontractual o aquiliana, basándose en la denominada *culpa in eligendo* o *in vigilando* de esa entidad, aunque reconoce que esta misma Sala «ha considerado que la responsabilidad en que pudiera incurrir por la defectuosa asistencia médica es de carácter contractual», pero afirmando que son «sentencias aisladas». Al efecto, señala que la relación de los beneficiarios de la Seguridad Social, hoy Instituto Catalán de la Salud, y los beneficios es efecto indirecto del contrato de trabajo, carece de acuerdo libre de voluntades, no se dan los requisitos del artículo 1261 del CC e, incluso, el abono de la cuota por parte del trabajador no es una prestación voluntaria, sino una obligación inherente al inicio de la actividad por cuenta ajena, pues desde tal inicio tiene obligación de cotizar, viniendo la cuantía predeterminada en función de sus ingresos, por lo que se trata de un servicio público que no puede equipararse «ni siquiera a una relación análoga a la contractual, que también ha sido considerada como susceptible de ser exigida por los artículos 1101 y siguientes del CC», por lo que concluye que la responsabilidad sólo puede exigirse por los artículos, 1902 y 1903 del CC, propios de la culpa extracontractual, cuyo plazo prescriptivo es de un año (artículo 1968 del CC) que había transcurrido al presentarse la demanda, tal como reconocía el Juzgado en el fundamento cuarto de su sentencia, por lo que debe estimarse la excepción».

Frente a esta argumentación del recurrente, el TS desestima el motivo del recurso señalando que: «El motivo tiene que decaer, no ya por la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción o de los criterios sobre unidad de la culpa civil y existencia de puntos coincidentes entre la culpa contractual y extracontractual, basados en el principio general de que quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente, pues en ambos casos se impone a la actuación sanitaria (médica y hospitalaria) la procura de la salud, con los medios higiénicos adecuados; y es que, como ya se declaró en la Sentencia de 31 diciembre 1997 (RJ 1997/9493), cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual (o similar) y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y

Se basa el TS en la doctrina previamente establecida en las sentencias de 12 de junio (RJA 4769) y 18 de febrero de 1997 (RJA 1240):

«Sobre la cuestión en estudio existe una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de 3 marzo 1973 [RJ 1973/898], 1 julio 1986 [RJ 1986/4559], 31 marzo 1987 [RJ 1987/1842], 5 mayo y 21 septiembre 1988 [RJ 1988/4016 y RJ 1988/6847], 30 enero 1990 [RJ 1990/74] y 30 julio 1991 [RJ 1991/5435], entre otras), según la cual cuando las Entidades Gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en la materia –así, en Cataluña el Institut Català de la Salut– realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según el cual cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración».

---

extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible (ver también S. de 18 febrero 1997 [RJ 1997/1240]), ocurriendo en el caso que nos ocupa que no ha existido cambio de acción o pretensión, pues en el escrito rector del proceso, en la demanda, se citan las normas generales sobre las obligaciones (artículos 1088, 1089, 1090 y 1091 del CC), al tiempo que los artículos 1903 y 1964, reconociendo el recurrente la unidad de los requisitos con el artículo 1101, a más de que esta Sala ha aplicado al caso, en supuestos iguales, la culpa extracontractual, lo que sería suficiente para la desestimación del motivo, máxime cuando el Juzgado ya advirtió a la parte hoy recurrente del «ensanchamiento de la fuente de la responsabilidad contractual», que «supondrá una relación jurídica preexistente que ordinariamente será un contrato, pero que puede perfectamente ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público (SSTS 26 enero 1984 [RJ 1984/386]; 1 marzo 1984 [RJ 1984/1191] y 19 junio 1984 [RJ 1984/3250], entre otras)» y que la relación jurídica procedente puede no ser un contrato *stricto sensu*, bastando que sea «análoga al mismo», «incluso presunta e incluso una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado (STS 9 julio 1984 [RJ 1984/3802])». Es por cuanto antecede que, aun reconociendo lo acertado de las alegaciones vertidas en el motivo, esta Sala ha de ratificar el criterio y, cual la Audiencia, mantener con el Juzgado que *prima facie* «entre el fallecido don Jesús F. M. y la Seguridad Social existía una relación jurídica previa, precisamente, en virtud de la cual fue posible su ingreso y la posterior asistencia sanitaria en el centro en el que falleció. No es posible entender, *a sensu contrario*, que ningún vínculo jurídico ligaba al usuario del servicio médico y asistencial de la Seguridad Social... y que el daño que sufrió... derivara pura y simplemente de una situación de hecho en la que por la infracción de la diligencia debida por parte de algún agente, aún materialmente no conocido, se causara vulnerando el principio general de *alterum non laedere*». Y al propio Instituto, por hechos ocurridos en el mismo Hospital, ya se le rechazaron iguales razonamientos, vertidos para impugnar la competencia del orden jurisdiccional civil».

«Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recurrente, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración Pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado, es decir, cuando actúa en relaciones de Derecho privado, supuesto en el que responderá ante los Tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, por más que se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, e incardinándose todo ello en el ordenamiento civil, a los efectos de la reclamación de la oportuna indemnización. En esta línea se encuentran, entre otras, las Sentencias de la Sala de 3 marzo 1973 (RJ 1973/898); 1 julio 1986 (RJ 1986/4559); 16 marzo 1987 (RJ 1987/10213); 5 mayo, 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 ( RJ 1988/4016, RJ 1988/4825, RJ 1988/5124 y RJ 1988/6847); 7 abril 1989 ( RJ 1989/2997) y 30 enero y 23 noviembre 1990 (RJ 1990/74 y RJ 1990/9042), y aunque las mismas recayeron en supuestos de culpa extracontractual, su doctrina es aplicable a todo género de culpa o negligencia, máxime, cuando lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir responsabilidad al Estado, o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, norma la expresada que figura consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución».

Nada más lejos de la realidad. No cabe duda de que la prestación de servicios médicos o sanitarios por los entes públicos, cualquiera que sea la Administración titular de los mismos (estatal o autonómica), cae dentro del concepto de *servicio público* plasmado en el artículo 106. 2 de nuestra Constitución: *el servicio público de protección de la salud* (STS de 19 abril de 2000 (RJA. 2977), (Sala 4.<sup>a</sup>) 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y STSJ de La Rioja de 22 de abril de 1996 [RJA 1261])<sup>26</sup>. Concepto general e impreciso, pero que la jurisprudencia ha perfilado en materia de responsabilidad al señalar

<sup>26</sup> PEMÁN GAVÍN, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, p. 288; PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit. p. 20 y FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, 1984, pp. 26-39.

Con carácter general, señala PARRA LUCAN en sus comentarios a la STS de 6 de julio de 1990 (RJA 5780), en la que se condena al hospital público a satisfacer una indemnización por el daño consistente en la *propia privación de la asistencia médica* y no en la muerte del paciente, no resulta sencillo precisar el contenido y efectividad del derecho a la protección de la salud. El Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta el artículo 43 de la Constitución en algunos de sus pronunciamientos: así, en sentencias de 28 de abril de 1983 y de 30 de septiembre de 1986 para afirmar, de acuerdo con otros preceptos constitucionales



insistentemente que: *servicio público es toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso la omisión o la pasividad, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado*<sup>27</sup>. Se acepta una concepción amplia en la que se identifica servicio público, a efectos de responsabilidad, con todo el hacer y actuar de la Administración como actividad de gestión pública<sup>28</sup>. Aún más, la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, señala Beladiez Rojo<sup>29</sup>, debe comprender: por una parte, a toda actividad de titularidad pública, tanto si la realiza un sujeto de Derecho público o de Derecho privado, y con independencia de que este último sea una empresa pública o no, pues la Administración también puede contratar con particulares su realización o prestación; y, por otra, a las actividades privadas que *objetivamente* puedan ser consideradas como actividad del servicio público.

Confirma lo expuesto la STS de 19 de abril de 2000 (RJA 2977) al indicar que:

Por todo ello es preciso afirmar que la referida señora estaba utilizando un servicio público de la Administración, lo cual excluye la aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) —la norma vigente para los actuales eventos— que establecía someter a los Tribunales de orden civil —Tribunales ordinarios según la dicción legal— la responsabilidad del Estado y demás Administraciones públicas, pero siempre que dichas personas públicas actúen en relaciones de Derecho privado. Y tiene, por ello, que

---

les, respectivamente, la exigencia de que exista un sistema normativo nacional de la sanidad y la competencia estatal en la materia como consecuencia de la necesaria protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos. Pero, además, continúa PARRA LUCAN, el reconocimiento efectuado en el artículo 43 de la Constitución del derecho a la protección de la salud ha venido también *informando* ya la *práctica judicial* fuera del ámbito de la jurisdicción civil. Así, la Sala cuarta del TS, en sentencia de 12 de marzo de 1984 señala cómo el artículo 43 impone a los poderes públicos la adopción de procedimientos eficaces para defender la salud, desestimando el recurso interpuesto por una asociación empresarial contra una normativa reguladora del envasado de determinados alimentos. La misma Sala, en sentencia de 18 de diciembre de 1985 señala la obligación de los poderes públicos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 43, de adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para proteger la salud, declarando de ésta forma ajustada a derecho la orden de un Alcalde de retirar del mercado carne en defectuoso estado sanitario. PARRA LUCAN, «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990», *CCJC*, núm. 24, 1990, p. 867 y CARRASCO PERERA, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 1993, p. 11.

<sup>27</sup> SsTS (Sala 3.ª) de 14 de junio y 22 de noviembre de 1991 (RJA 5115 y 8844), 5 de octubre de 1993 (RJA 7196) y 18 de diciembre de 1995 (RJA 9408).

<sup>28</sup> STS (Sala 3.ª) de 16 de febrero de 1996 (RJA 1199). Sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit. p. 375 y ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997.

<sup>29</sup> BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pp. 49-50.

estar acogida la pretensión en cuestión a lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley, o sea a ser dilucidada en la vía contencioso-administrativa.

Y del *factum* de la sentencia recurrida, se desprende que se estaba utilizando, en el caso presente, un servicio público como tal y por tener derecho a ello, lo que por otra parte no ha sido ni siquiera controvertido.

En conclusión, que ni el personal del centro hospitalario, ni el Insalud actuaba con carácter privado, lo que excluye que este orden jurisdiccional civil, sea el competente para conocer de la presente contienda judicial.

En todo caso, la concepción reduccionista del concepto *servicio público* practicada por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo carece hoy día de relevancia, desde el momento en que ya el artículo 144 de la LRJAP (reformado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se modifica la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) establecía un único cauce procedimental, el administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa, para los expedientes de reclamación de indemnización frente a la Administración Pública, con independencia de que éstas se deban a relaciones de Derecho público o de Derecho privado<sup>30</sup>.

Así, el artículo 144 establecía que:

*Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (...). La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda.*

Esto es, de acuerdo con el procedimiento, común o abreviado, de exigencia de la responsabilidad de la Administración. Algo que reitera también el artículo 142.6 cuando señala que:

*La resolución administrativa 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.*

Y, en consecuencia, la resolución es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> SsTS 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977), SAP de Palencia de 14 de marzo de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 1239), SAP de León de 7 de abril de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 1709), SAP de La Coruña de 20 de noviembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 210), SAP de Málaga de 10 de diciembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 823) y STSJ de Extremadura de 9 de enero de 1995 (RJA 6).

<sup>31</sup> Si bien, y sobre la base de la propia LRJAP, no siempre se acepta dicha interpretación. En este sentido, la SAP de Málaga de 21 de abril de 1995 (*Actualidad Civil, Audien-*

El problema de fondo era otro, ¿la unidad preconizada por el artículo 144 era exclusivamente procedimental o también de carácter sustantivo?

Un determinado sector doctrinal<sup>32</sup> entendió que la remisión manifestada por el artículo 144 a los artículos 142 y 143 limitaba el sometimiento de las Administraciones Públicas, en sus actuaciones sometidas al Derecho privado, a los aspectos procedimentales y jurisdiccionales, pero en ningún caso al régimen material aplicable que debía seguir siendo el propio del Derecho privado. Por el contrario, otro sector doctrinal<sup>33</sup> entendió que la Administración que actuaba en relaciones de Derecho privado no sólo quedaba sometida al procedimiento administrativo de reclamación y a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también al régimen sustantivo de responsabilidad propio del Derecho administrativo descrito en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (LRJAP).

La cuestión parece haber quedado resuelta con la Ley 4/1999 (por la que se modifica la Ley 30/1992 de RJAP) al modificar el último inciso del artículo 144 estableciendo la remisión, ya no a los

---

*cias, 1995, núm. 66) se desmarca de la posición mayoritaria al señalar que: «A tenor del artículo 144 de la Ley 30/1992, cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, cuando proceda; más ello plantea la cuestión referente al orden jurisdiccional competente, si el contencioso-administrativo o el civil para resolver sobre estas indemnizaciones. La Sala, haciendo una interpretación teleológica de la norma, entiende que la remisión hecha, sólo se verifica respecto al procedimiento administrativo aplicable, sin implicar la existencia de un régimen unificador en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se opondría frontalmente a lo previsto en los apartados 2 y 4 del artículo 9 de la LOPJ en la que con claridad se establece que los Tribunales y Juzgados del orden civil, conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional, y que los del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos propios de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. De ello puede deducirse que es al orden civil al que corresponde el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad derivadas de las actuaciones de las Administraciones Públicas cuando actúen en relación de Derecho privado, que es para aquél "materia propia". Cabría no obstante oponer que a tal conclusión el artículo 142.6 de la Ley 30/92 cuando señala que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial pone fin a la vía administrativa "cualesquiera que fuese el tipo de relación pública o privada de que derive", pero no impone que contra dicha resolución sólo quepa recurso contencioso administrativo ante los Tribunales de dicho orden jurisdiccional, puesto que precisamente tal previsión se hallaba en el artículo 139.5 del Proyecto del Gobierno, y fue suprimida en el Texto definitivo, con lo que quedaba sin efecto la atribución indiscriminada a la jurisdicción contencioso-administrativa de cualquier tipo de reclamación en esta materia».*

Insiste en la competencia de la Jurisdicción Civil la SAP de Alicante de 7 de marzo de 1997 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 864) y Soria de 3 de junio de 1999 (AC 1999/1311).

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit. p. 386.

<sup>33</sup> MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», cit., pp. 50-53.

artículos 142 y 143, de manifiesto carácter procedimental, sino a los artículos 139 y siguientes, esto es, también a aquellos preceptos que regulan los aspectos sustanciales y materiales, fundamentalmente el artículo 139, del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De este modo la Administración Pública responderá siempre con arreglo a la LRJAP, tanto en los aspectos procedimentales, como en los sustantivos, siendo la jurisdicción competente la Contencioso-administrativa, ya actúe en relaciones de Derecho público o en relaciones de Derecho privado<sup>34</sup>. La Jurisdicción civil ya no podrá basar su competencia en una interpretación restrictiva de la expresión funcionamiento de los servicios públicos, ya que, sea cual sea la interpretación de dicha expresión del artículo 139 LRJAP, esto es, sea cual sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive la responsabilidad la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa y el derecho material aplicable el propio de la LRJAP<sup>35</sup>.

No debía haber hecho falta tanto, la pretendida «unidad jurisdiccional», admitida sin discusión por algunos desde la Ley 30/1992 y negada por otros, presentaba explícito reconocimiento y refrendo, a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) que en su artículo 2. e) declara que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con *«la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social»*.

La Ley 29/1998 (LRJCA) ha solventado las dudas suscitadas sobre si la entrada en vigor de la Ley 30/1992 había venido a retornar al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en todas sus facetas. Su Exposición de Motivos justifica la «unidad jurisdiccional» en los siguientes términos:

«En esta línea, la ley precisa la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos... (y) algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susci-

<sup>34</sup> MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJPAC», *RJC*, núm. 4, 1999, p. 1021.

<sup>35</sup> MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit. p. 350.

ten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

El nuevo marco de competencias jurisdiccionales generó, asimismo, la adaptación del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se diseña el cuadro competencial de todos los órganos jurisdiccionales. Si bien, en contra de lo que podía pensarse, el Auto de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999 (RJA 6963) señala que no era necesario modificar del artículo 9 de la LOPJ, sobre reglas de competencia de los Órganos Judiciales, pues el Tribunal Constitucional por Auto número 292/1997, de 22 de julio (RTC 1997/292), con cita de la Sentencia del mismo Tribunal número 224/1993 (RTC 1993/224), ha declarado que:

«Cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de... (los) órdenes, produciéndose de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 de la Constitución Española y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita... (y también es evidente) que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, puede ser interpretado... de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de Ley Orgánica a que se refiere el artículo 122.1 de la Constitución Española, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 LOPJ. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 (“la resolución administrativa 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”), no contradice por sí mismo, el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial».

Sin embargo, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, reforma el artículo 9.4 de la LOPJ, dándole una redacción acorde con las previsiones competenciales de la mencionada LRJCA, señalando en su párrafo segundo que los órganos judiciales de esta jurisdicción (contenciosa-administrativa) «Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su

*servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*». Precepto éste que incluso aclara que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende también a supuestos en los que puedan concurrir sujetos privados.

Como se puede deducir fácilmente, se intenta, y posteriormente veremos si efectivamente se consigue, cerrar el paso a la Jurisdicción civil en el enjuiciamiento de cualquier supuesto en el que se vea involucrada la Administración Pública<sup>36</sup>.

Definitivamente, y en lo que nos atañe, la cuestión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de asistencia sanitaria, ha sido resuelta en sentido favorable a la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Algo que reiteradamente venía estableciendo la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo ante supuestos en los que la reclamación se formuló en virtud de demanda presentada después de la vigencia de la Ley 30/1992 (LRJAP), y de su Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo). Así, en Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJA 7998 y 10587), 11 de diciembre de 1995 (RJA 9782 y RJA 9783), 25 de octubre de 1996 (RJA 9128), 18 de marzo, 4 de julio, 17 de julio y 18 de diciembre de 1997 (RJA 1305 a 1312 y 1314 a 1318; RJA 1998/1322 y RJ 1998/1326 a 1331), 25 de marzo y 3 de noviembre de 1998 (RJA 7336 y 7979) y de 22 de marzo de 1999 (RJ 1999/3676) (conflictos de competencias números 58, 60, 67, 69 y 71/1998). Y lo viene a confirmar las últimas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, en particular, las sentencias de 16 de marzo (RJA 1840), 19 de abril (RJA 2977) y 29 de junio de 2000 (Diario *La Ley*, núm. 5165, 19 octubre 2000). Señala esta última:

La normativa aplicable actualmente en este tema, parte de las disposiciones aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas, se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149, apartado I, regla 18.ª, de la CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legisla-

---

<sup>36</sup> En este sentido, LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad...», cit., p. 10 y MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 350.

ción básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; en el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración; y en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en este aspecto por el RD 429/1993, de 26 de marzo. La publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998 evidencian un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE.

No obstante, visto lo visto y ante la insumisión de la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil y 4.<sup>a</sup> de lo Social del TS<sup>37</sup>, para que no se pudiera plantear duda alguna en cuanto a la «unidad jurisdiccional» en relación a la reclamación de daños sanitarios generados en el ámbito de la Administración Pública, la Ley 4/1999 añade a la Ley 30/1992 una nueva disposición adicional duodécima, en la que se establece que:

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Ahora bien, hace notar Mir Puigpelat<sup>38</sup>, con la nueva regulación del artículo 144 LRJAP y 2. e) de la LRJCA, la cuestión se traslada a la determinación de qué debe entenderse por «Administraciones Públicas». La conclusión a la que llega el citado autor puede esti-

<sup>37</sup> Dos nuevos ejemplos en las SsTS de (Sala 1.<sup>a</sup>) 7 de marzo de 2000 (RJA 1508) y (Sala 4.<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).

<sup>38</sup> MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit., pp.1021-1023. Asimismo, destaca MARTÍN REBOLLO, la importante novedad que representa la redacción de los artículos 142.6 y 144: «Novedad que para significar algo, debería incluir la actividad privada de los entes públicos instrumentales ahora denominados "Entidades públicas empresariales", que son también Administración (inciso primero del artículo 2.2 de la Ley 30/192) y

marse satisfactoria: «no cabe incluir dentro del concepto de Administración Pública manejado por el artículo 144 a los entes con fórmulas de personificación privadas creados instrumentalmente por las Administraciones Públicas; pero sí, sustentado en el argumento que proporciona el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 (LRJAP), junto a las denominadas Administraciones Públicas típicas (Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales y Organismos Autónomos), deben incluirse los entes con formas de personificación pública y sometidos al Derecho privado».

## 2.2. La indivisión de la «continencia de la causa»

Con base en el carácter solidario de la responsabilidad reclamada, se argumenta sobre la necesidad de no dividir la continencia de la causa, que podría dar lugar a sentencias contradictorias, y apoyada en frecuentes referencias a los artículos 9. 2.º y 85. 1.º de la LOPJ, preceptos en los que se manifiesta una clara *vis atractiva* hacia la Jurisdicción Civil de estas materias, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo afirma su competencia para conocer de toda pretensión indemnizatoria que se articule *conjuntamente* frente a la Administración Pública (sanitaria) y el personal a su servicio<sup>39</sup>.

No parecía que tras la Ley 30/92 se pudiera impedir esta constante práctica jurisprudencial (SAP de Alicante de 7 de marzo de 1997 [*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 864] y SAP de Palencia de 18 de abril de 1997 [*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 972]). No obstante, siempre cabría entender que después de la LRJAP, cuando el personal de las Administraciones Públicas actúa dentro de su cargo u oficio, en aquellos casos en que

---

*que constituyen el instrumento a través del cual la Administración General del Estado o la de las Comunidades Autónomas propiamente dicha usan el Derecho privado. Si no, ¿qué supuestos relevantes existen de "relaciones de Derecho privado"? La Administración usa el Derecho privado básicamente a través de esos entes instrumentales —no a las empresas y sociedades de titularidad pública— a los que se les debe aplicar la previsión unificadora».* MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad ...», cit., p. 348.

<sup>39</sup> SsTS de 7 y 22 de junio de 1988 (RJA 4825 y 5124), 1 de diciembre de 1987 (RJA 9170) y 20 de febrero de 1981 (RJA 564). Acepta esta posición, BERCOVITZ, «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987», *CCJC*, núm. 13, 1987, pp. 4351-4372.

Manifiesta su oposición a tal posibilidad Pantaleón Prieto, ya que del número 2 del artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce con claridad la incompatibilidad del ejercicio en el mismo juicio de acciones cuyo conocimiento sea competencia de jurisdicciones distintas. PANTALEÓN, *Responsabilidad médica...*, cit., p. 23, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 103-104 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión...», cit., p. 89.



hay responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta sustituye a la del particular (personal sanitario) y sólo cabe posterior repetición<sup>40</sup>. Responsabilidad exigible ante el orden Contencioso-Administrativo (artículo 144 de la LRJAP).

Varios eran los argumentos que podían avalar esta interpretación: 1) la dicción literal del artículo 145.1, según el cual los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio; 2) la derogación expresa del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que permitía al perjudicado la reclamación directa contra las autoridades y funcionarios en los supuestos de culpa o negligencia graves; y 3) la propia discusión parlamentaria, en la que se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la que se pretendía añadir al artículo 145.1 el inciso final, sin perjuicio de su derecho a dirigirse directamente contra éstos<sup>41</sup>.

Esta es la argumentación que sustenta el ejemplificativo Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1998 (RJA 7336) y que, a pesar de su extensión, conviene reproducir en su integridad:

Del examen de los antecedentes se infiere que la cuestión suscitada se concreta en los siguientes hechos:

a) Ingreso el día 6 de noviembre de 1993 de don Manuel S. R. en el Servicio de Guardia de Urgencias del Hospital de la Princesa de Madrid, al que fue remitido desde San Fernando de Henares y en el que resultó inicialmente atendido por la doctora que se encontraba de guardia en dicho servicio de urgencias, doña María Jesús J., siendo el centro médico referido dependiente del Instituto Nacional de la Salud.

b) Tras el ingreso en el servicio de urgencias del Hospital, se produce la remisión a su domicilio, sin que dicho servicio se hiciera cargo del paciente, al descartarse, inicialmente, una patología urgente.

c) Posteriormente, el día 7 de noviembre de 1993, es conducido de nuevo al Hospital de la Princesa con la misma sintomatolo-

---

<sup>40</sup> En este sentido PANTALEÓN, *Responsabilidad médica...*, cit. pp. 55-61 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión ...», cit. pp. 93-96. No lo entiende así MUÑOZ MACHADO (*Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, cit. pp. 228-229) quien estima que no es ésa la tesis que resulta de la práctica en estos momentos, ni de la interpretación de la Ley 30/92. Asimismo, PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1993, pp. 453-454.

<sup>41</sup> Sobre la elaboración parlamentaria del nuevo régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, LÓPEZ-MEDEL BASCONES, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo. II, Madrid, 1993, pp. 481-495.

gía precedente, ante la inminente gravedad de un infarto de miocardio, falleciendo, según los servicios médicos del centro, en la tarde del día 9 de noviembre de 1993 y descartándose la patología inicialmente diagnosticada por la doctora que atendió al paciente y que no era determinante de su ingreso en el centro médico.

d) Ante el evidente error de diagnóstico de la doctora J. y la defectuosidad de la organización de los servicios de urgencia del Hospital de la Princesa de Madrid al posibilitar que un paciente, cuyo ingreso en el centro venía precedido de un volante con un diagnóstico de posible infarto agudo de miocardio, fuera dado de alta a las pocas horas sin realización de las pruebas necesarias para descartar dicha dolencia, los familiares, después de iniciar un proceso penal y desistir de un proceso laboral, promueven una reclamación conjunta y solidaria contra la doctora J. H. y el INSALUD, de quien dependía orgánica y funcionalmente el Hospital de la Princesa, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid.

e) La representación procesal del INSALUD promueve conflicto de competencia por inhibitoria ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, para que requiriera de inhibición al Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid.

Con esos hechos el TS declara:

Segundo: Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha determinado el conocimiento de las cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual fundamentadas en los artículos 1902 y 1903 del Código civil y en aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (TR 26 julio 1957 [RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852]), cuando se trataba de reclamaciones en las que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, en las que la competencia era asumida por la jurisdicción ordinaria (sirvan de ejemplo, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988 [RJ 1988/4016 y RJ 1988/6847], 27 de enero y 7 de abril de 1989 [RJ 1989/135 y RJ 1989/2997], 30 de enero y 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990/74 y RJ 1990/9042], 30 de julio de 1991 [RJ 1991/5435], 15 de marzo de 1993 [RJ 1993/2276] y 18 de febrero y 26 de mayo de 1997 [RJ 1997/1240 y RJ 1997/4115]), en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas.

Este mismo criterio se sigue en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997 (RJ 1997/5208), que, entre otras resoluciones, fundamenta el Auto de 22 de octubre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid, para no acceder al requerimiento de inhibición formulado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, como reconocen los Fundamentos de derecho segundo y cuarto de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997, concurrían en aquel supuesto las siguientes circunstancias:

a) Se trataba de un caso anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993/246), de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando no se había modificado la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y reitera la referida sentencia que cuando la Administración lesiona bienes de carácter privado, es competencia de la jurisdicción ordinaria, apoyando dicho criterio jurisprudencial en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5632), 1 de julio de 1986 (RJ 1986/4559), 31 de marzo de 1987 (RJ 1987/1842), 23 de noviembre de 1991, 11 de junio de 1993 (RJ 1993/4827), 8 de febrero de 1994 (RJ 1994/834), 23 de noviembre de 1990 y 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7443), entre otras.

b) Se estima en la sentencia que el Orden Jurisdiccional Civil era competente cuando la acción procesal se promueve contra médicos a título particular, abonando la solución a favor del Orden Jurisdiccional Civil, criterio mantenido en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1994 (RJ 1994/6026), 8 de junio de 1994 (RJ 1994/4899) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994/4098), porque demandados los particulares y la Administración, entendía la Sala Primera que no puede desdoblarse en dos órdenes el conocimiento de la cuestión, haciendo quebrar la continencia de la causa, con el riesgo de resoluciones diferentes.

c) Finalmente, se señalan como criterios prevalentes el de la «vis atractiva» del Orden Jurisdiccional Civil y la evitación del peregrinaje de jurisdicciones, lo que, con anterioridad, se había manifestado en las Sentencias de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6591), 14 de octubre de 1986 (RJ 1986/5788), 25 de octubre de 1989 (RJ 1989/6964), 24 de enero de 1990 (RJ 1990/20), 17 de julio de 1992 (RJ 1992/6433), 1 de febrero de 1993 y 20 de junio de 1994, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Tercero.—Los anteriores razonamientos no resultan de aplicación en el supuesto que se plantea en la presente cuestión de competencia, en la medida en que doña María Jesús J. no es demandada en el proceso civil como particular o médico particular, sino como específicamente se alude en el segundo de los hechos de la demanda «en su condición de facultativa que se encontraba de guardia en el Servicio de Urgencias del Hospital de la Princesa el día 6 de noviembre de 1993», por lo que es inaplicable la jurisprudencia de la Sala Primera, invocada anteriormente, como fundamento del conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria.

A mayor abundamiento, sobre este punto, como ha reconocido esta Sala de Conflictos en precedentes autos, los Médicos y Asistentes Técnicos Sanitarios son personal estatutario de la Seguridad Social al amparo del artículo 45.2 del Decreto 2065/1974, de 30 mayo (RCL 1974/1482 y NDL 27361), que establecía que era la Jurisdicción Social la competente para conocer de las cuestiones contenciosas entre las entidades gestoras y su personal, párrafo derogado por la disposición derogatoria primera, b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984/2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595), que no afecta a los médicos, escalas sanitarias y asesores médicos, en la forma prevista en la disposición adicional decimosexta de la Ley 30/1984, habiendo dejado en vigor, de

forma expresa, el artículo 45 del Decreto 2065/1974 y la disposición derogatoria única, a.1 del Real Decreto 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994/1825).

Cuarto.—Tampoco resulta esencial para determinar la competencia del Orden Jurisdiccional Civil la invocación que se efectúa en el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid de 22 de octubre de 1997 a la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994 (RJ 1994/5025), porque en dicha resolución se pone de manifiesto, en particular en el fundamento jurídico cuarto, que lo determinante a efectos de resolver el orden jurisdiccional competente está en el análisis de la actuación del particular demandado y su conexión con el funcionamiento del servicio público, que está en la causa del efecto lesivo producido y aplicando esa ponderación, resulta forzoso diferenciar en la cuestión examinada:

a) El caso de una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público en la causación del resultado dañoso, extremo que no se produce en el caso examinado.

b) La posición del médico que se inserta en el propio funcionamiento del servicio, actuando de esta manera en la cuestión examinada, pues, en su condición, incide en la prestación del servicio público sanitario, dentro de la organización del ente administrativo codemandado, que es determinante del origen causal del daño alegado.

Quinto.—Por el contrario, sí resultan admisibles los razonamientos que se contienen en el Auto de planteamiento del requerimiento de inhibición dictado, con fecha 24 de julio de 1997, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que tiene en cuenta, entre otros, el precedente Auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994 (RJ 1994/7998).

En efecto, en dicho auto se reconoció a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto positivo de competencia mantenido con el Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, en un supuesto derivado de indemnización por prestación incorrecta de asistencia sanitaria, por fallecimiento de una enferma a consecuencia de una transfusión sanguínea infectada del virus de inmunodeficiencia humana.

Sexto.—En el caso examinado, producidos los hechos el 9 de noviembre de 1993, la Ley 30/1992 establece el principio de unidad jurisdiccional en la materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por una doble vía:

a) Unificando el procedimiento para la reclamación de indemnización.

b) Determinando, con carácter único, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, terminando con lo que la Sala Primera gráficamente ha denominado «lamentable peregrinaje de jurisdicciones» (así en Sentencias de 5 de julio de 1983 [RJ 1983/4068] y 1 de julio de 1986 [RJ 1986/4559], entre otras).

El desarrollo de los indicados puntos permite constatar como criterios relevantes, de esencial aplicación en la cuestión examinada, los siguientes:

a) El procedimiento lo señala el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, cuando dice que «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Así, en la cuestión examinada, se produce una actividad prestacional por parte de la Administración en la que es indiferente, al amparo del artículo 142.6 de la Ley 30/1992, la naturaleza pública o privada de la relación de que deriva la responsabilidad.

b) El segundo aspecto plantea el problema de la unificación jurisdiccional a favor del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, habida cuenta de la derogación específica del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, del principio de responsabilidad directa de las Administraciones Públicas cuando actúan en relaciones de Derecho privado (artículo 144 de la Ley 30/1992) y de la responsabilidad exigible, en la forma prevista en los artículos 142 y 143 de dicho Cuerpo Legal.

Séptimo.—Este criterio legal viene precedido de algunos criterios jurisprudenciales en materia de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por defectuosa asistencia médica, extraídos del análisis de algunos autos precedentes de la Sala Especial de Conflictos de Competencia.

Como ejemplo pueden citarse: El Auto de 8 de marzo de 1991 en el conflicto suscitado entre la Sala Tercera, Sección Primera, del Tribunal Supremo y la Sala Cuarta de dicho Tribunal, en el que se declaró improcedente el requerimiento de inhibición realizado por la Sala Cuarta, el Auto de 11 de diciembre de 1995, núm. 13/1995 (RJ 1995/9782), que resuelve a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona, en demanda de reclamación de indemnización contra el Instituto Catalán de la Salud, el Auto núm. 14/1995, de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9783), que resuelve el conflicto a favor de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, en relación con el conflicto mantenido con el Juzgado de lo Social núm. 8 de Bilbao, en demanda de reclamación de indemnización contra el Servicio Vasco de Salud, y el Auto de 25 de octubre de 1996, que resuelve el conflicto a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla, en relación con el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz, en demanda de reclamación de indemnización por prestación incorrecta sanitaria.

Octavo.—Finalmente, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 17 de julio de 1997, en un supuesto similar al examinado, derivado de un conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba, por reclamación en demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, resuelve el mismo a favor de la Sala de lo Contencioso-Administra-

tivo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, aludiendo a dos criterios básicos, por su directa aplicación en la cuestión examinada:

a) El régimen jurídico unitario derivado de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993/1394 y 1765), que aprueba el Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al unificar el conocimiento de esta materia por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las precedentes Resoluciones de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/7998 y RJ 1994/10587) y 25 de octubre y 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9128 y RJ 1996/9130) de la Sala de Conflictos de Competencia.

b) La circunstancia de que la demanda civil se interpusiera no sólo contra el Servicio de Salud, sino también contra dos personas más, ya que éstas fueron demandadas en su calidad de personal al servicio de la Administración e incluidas en el ámbito de aplicación de este sistema de responsabilidad patrimonial, según determinan los artículos 142 y 145 de la Ley 30/1992 y el artículo primero del Real Decreto 429/1993, criterio mantenido en el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9187) y en Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994, al diferenciar el caso de que los demandados actúen como tales particulares de aquellos en los que actúan como agentes de la Administración, en que resulta competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Noveno.—Estos criterios, derivados del análisis de la aplicación legal y jurisprudencial, se completan con dos reflexiones, extraídas del análisis de los Proyectos de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

a) En el primero de los Proyectos se señala, en la Exposición de Motivos, que las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tienen cobertura constitucional y son de naturaleza pública, pues la ley impone que, en todo caso, la responsabilidad se exija a través de un tipo de procedimiento administrativo, unificando la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo los casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal. Así, en el artículo 2, apartado e) de dicho Proyecto, se señala «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los Órdenes Jurisdiccionales Civil o Social» correspondiendo su conocimiento al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Desde esta perspectiva, ya la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior, de 20 de junio de 1997, pone de manifiesto los

criterios de la progresiva objetivación de la responsabilidad en relación con el ámbito competencial de la Administración hospitalaria, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la carga de la prueba en relación con la ausencia de culpabilidad, incumbiendo al prestador de los servicios sanitarios su acreditamiento.

b) En el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se contiene la previsión normativa que completa el contenido y alcance de la disposición adicional primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En dicho precepto, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se determinaba la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, fueran estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones que seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha ley y en el Reglamento.

En el Proyecto de Ley, en la disposición adicional duodécima, se regula la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, con idéntica redacción, señalándose que «seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al Orden Contencioso-Administrativo, en todo caso».

Los razonamientos expuestos conducen a la resolución del conflicto a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con este tipo de pronunciamientos por parte de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, de sólidos argumentos, escasas dudas debían subsistir sobre el orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en materia sanitaria.

Sin embargo, mayoritariamente se aceptaba que, de una interpretación sistemática de los artículos 145 y 146 de la LRJAP se deducía la vigencia de un «derecho de opción» en favor del particular para proceder a la reclamación contra la Administración o bien directamente contra las Autoridades y personal a su servicio<sup>42</sup>: 1) el artículo 146, apartado 1.º (hoy reformado por la Ley 4/1999, de 13

---

<sup>42</sup> LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento*

de enero), en contradicción con lo expresado en el párrafo primero del artículo 145, al afirmar que *La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*, presupone la posibilidad de reclamación directa al funcionario ante la Jurisdicción ordinaria<sup>43</sup> y 2) el artículo 145.2.º (igualmente reformado por la Ley 4/1999) al afirmar que, *La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*, daba a entender que cabía la posibilidad de que la reclamación no hubiese sido dirigida contra la Administración sino contra el propio agente público, sugiriendo un pago directo de éste al particular.

Hoy día, no hay lugar a la duda: ha desaparecido el derecho de opción que, presumiblemente, ostentaba el perjudicado por el daño que se le ocasionaba mediante la prestación del servicio público (sanitario). La redacción que presentan actualmente los artículos 2.e) LRJCA, 9. 4 LOPJ y 146.1 LRJAP, alteran sustancialmente el régimen establecido y, en principio, parece que disipan cualquier duda sobre el mismo.

Así, el artículo 146.1 suprime cualquier referencia a la «*responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas*» y sólo se hace mención a la «*responsabilidad civil derivada de delito*», siguiendo la tónica de la modificación introducida en el título del precepto que ya no reseña la «*Responsabilidad civil y penal*», sino sólo y exclusivamente «*Responsabilidad penal*».

De acuerdo con esta redacción dada al artículo 146.1 no se permitirá demandar, de forma aislada o junto a la administración, al funcionario o agente causante del daño para obtener de él indemnización por responsabilidad civil no derivada de delito<sup>44</sup>. Esta afirmación concuerda con la redacción dada al artículo 9.4 LOPJ, en

---

*Administrativo Común*, Madrid, 1993, 407 y PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, cit. p. 454.

<sup>43</sup> No lo entiende así PANTALEÓN («La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en la obra colectiva *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 171-172) quien considera que la responsabilidad civil exigida en el artículo 146 debe entenderse referida a la actuación del funcionario fuera del servicio, en el ámbito exclusivamente privado.

<sup>44</sup> MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit. p. 1027 y ASUA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000, pp. 186-190 y en «Responsabilidad sanitaria», en Ponencias del Congreso de la asociación de profesores de Derecho civil desarrolladas en Santiago de Compostela, 1999, p. 7.



virtud de la LO 6/1998, de 13 de julio: «Los del orden contencioso-administrativo... conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o del tipo de relación de que se trate. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Ha desaparecido el tradicional derecho de opción de la víctima consistente en poder demandar, bien a la Administración (sanitaria) correspondiente, bien al personal a su servicio, o a ambos conjuntamente. Aunque nos parezca difícil de entender que no sea posible demandar al efectivo productor del daño (personal sanitario), sobre la base del criterio de imputación de la responsabilidad plasmado en el artículo 1902 del Código civil, es lo cierto que actualmente, con la actual legislación, sólo podrá exigirse la responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por la prestación de la asistencia sanitaria de carácter público directamente a la Administración Pública<sup>45</sup>.

Si bien, aún se podría entender que el artículo 9.4 LOPJ, al hacer referencia a «las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio», permite la demanda conjunta, ante el orden contencioso-administrativo, de la Administración Pública correspondiente y del personal a su servicio, evitándose, de este modo, pronunciamientos contradictorios dictados por órdenes jurisdiccionales distintos: contencioso-administrativo, en relación a la Administración Pública y civil, en lo que respecta al funcionario o empleado público causante material del daño. No parece ser esta la intención del legislador.

Como se ha señalado, la actual regulación permite afirmar que, en lo sucesivo, ningún médico de la sanidad pública debe ser juzgado por su actuación profesional ante un Tribunal civil. Es intrascendente debatir sobre si el personal o funcionario al servicio de la Administración Pública sanitaria es, además, un sujeto privado que obligue a exigir sus responsabilidades ante el orden jurisdiccional civil, en su caso el artículo 9.4 de la LOPJ lo impediría: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá tam-

---

<sup>45</sup> Explica CASINO RUBIO: «Si la conducta dañosa se produce en el ámbito del desempeño de sus funciones la responsabilidad del funcionario se “publica” y se traspa por entero a la Administración, que responderá directamente de acuerdo con el régimen general que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración». CASINO RUBIO, «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, núm. 254-255, 1999, p. 371.

*bién frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*». De ahí que, presentada una demanda contra aquél, ante la jurisdicción civil, el juez deberá inhibirse a favor de la jurisdicción contenciosa.

Claro está que esto no significa decretar la total irresponsabilidad e impunidad patrimonial de los funcionarios o agentes públicos que, no debe olvidarse, son los que, normalmente, intervienen en la producción del daño efectivo cuya reparación se pretende. Su responsabilidad se va a dilucidar en otro ámbito, tradicionalmente inoperativo pero que tras la entrada en vigor del nuevo texto del artículo 145.2 LRJAP (establecido por la Ley de reforma 4/1999) debe desplegar toda su eficacia: la acción de regreso de la Administración Pública frente al funcionario o personal a su servicio responsable.

Dice el artículo 145.2: *«La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca»*. No obstante, por mucho que la Ley diga, si no se establecen mecanismos que impongan a la Administración Pública el ejercicio de la acción de regreso, ésta parece destinada a permanecer en paradero desconocido<sup>46</sup>.

De lo expresado en el artículo 146.1 LRJAP se puede deducir que, al día de hoy, sólo subsisten dos supuestos en los que cabe accionar directamente contra el personal sanitario en el ejercicio de sus funciones públicas, agente o funcionario, causante del daño que da lugar a reparación<sup>47</sup>:

1) Cuando se le impute al funcionario o agente la comisión de un delito o falta y, consecuentemente, sea un juez de lo penal el que vaya a dilucidar su responsabilidad, también civil.

---

<sup>46</sup> «La única forma eficaz, destaca BARCELONA LLOP, de asegurar que la acción de regreso sea utilizada es facilitando que la Jurisdicción contencioso-administrativa obligue a una Administración Pública a ejercerla si concurren los requisitos y condiciones que la Ley establece. Y, hoy por hoy, no parece que ello sea posible con carácter general. En la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1998 el requisito de la legitimación procesal individual sigue teniendo un marcado componente subjetivo que es altamente improbable que concorra si lo que se pretende es que un Tribunal condene a la Administración a activar la acción de regreso. Y si se entiende, puesto que el artículo 145.2 de la Ley dice que la Administración correspondiente *exigirá de oficio* de sus empleados la responsabilidad en que hubieran incurrido, que de ahí se sigue que no cabe solicitud alguna de persona interesada, es notorio que nada se puede conseguir en caso de inactividad administrativa. Por ello, una previsión como la que se comenta está llamada al enclaustramiento si la Ley no habilita la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial por el que se obligue a la Administración a realizar lo que la norma quiere». BARCELONA LLOP, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», REDA, núm. 105, enero-marzo, 2000, p. 46.

<sup>47</sup> En este sentido, MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit. p. 1028.

2) Cuando el perjudicado, sustentado en el artículo 109.2 del Código penal, haga reserva de las acciones civiles derivadas del ilícito penal, una vez que le ha imputado al funcionario o agente la comisión de un delito o falta.

### III. LAS QUIEBRAS DEL SISTEMA

#### 3.1. **La exigencia de responsabilidad penal al funcionario o agente al servicio de la Administración Pública sanitaria**

No cabe duda que el personal sanitario al servicio de la Administración Pública puede ser demandado ante la jurisdicción penal respecto de su participación en la comisión de un ilícito penal, delito o falta, en el desempeño de sus funciones. Y no debe olvidarse que la condena penal acarrea, en todo caso, la declaración sobre responsabilidad civil, tal y como señalan los artículos 109 y 116 del Código penal.

La posibilidad de demandar directamente al personal sanitario ante una jurisdicción más ágil y rápida como es el orden penal, frente al interminable proceso contencioso-administrativo, y, consiguientemente, el poder obtener una indemnización de daños y perjuicios, bien directamente del propio personal condenado, bien subsidiariamente de la Administración Pública sanitaria correspondiente, ha originado que, en muchas ocasiones, se constituya en la vía preferida por la asistencia letrada de las víctimas, utilizándose, ciertamente en más ocasiones de lo que sería aconsejable, de forma excesivamente forzada ante la inexistencia del menor indicio de infracción penal cometida por el facultativo. Las ventajas que puede presentar, como puede ser la, ya mencionada, mayor celeridad en el procedimiento, o un razonable incremento en las posibilidades de probar y fijar determinados hechos que concurren en la producción del daño, o el hecho de que haya podido transcurrir un año desde la producción del daño, circunstancia que haría prescribir la acción civil (artículo 1968.2.º del Código civil), pero no la penal, subsistente hasta que no transcurra el plazo de prescripción de la infracción penal, e, incluso, como se ha señalado en alguna ocasión<sup>48</sup>, la satisfacción del perjudicado de

---

<sup>48</sup> SISO MARTÍN, «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, p. 475.

ver al personal sanitario en el banquillo de los acusados, todos estos condicionantes, decíamos, hacen que la vía penal sea frecuentemente elegida con el único objetivo de lograr un rápido, dentro de lo que cabe, resarcimiento por parte de la víctima.

La elección de la vía penal puede plantearnos diversos supuestos que podrían dar al traste con la pretendida «unidad jurisdiccional», a través de la cual se intenta cegar cualquier posibilidad de condena de la Administración Pública a resarcir los daños ocasionados en la prestación del servicio público en un orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo. A saber:

1) Ejercicio de la acción penal, sin reserva de acciones de responsabilidad civil por parte del perjudicado, en la que es condenado el funcionario o agente al servicio de la Administración Pública por la comisión de un ilícito penal, delito o falta.

En este supuesto, ante la insolvencia del personal sanitario declarado penalmente responsable, en virtud de la exigencia establecida en el artículo 121 del Código penal, y con carácter subsidiario, deberá repercutirse la indemnización declarada en la sentencia penal frente a la Administración Pública correspondiente<sup>49</sup>. En efecto, señala el artículo 121 del Código penal: «*Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*». Exigida la responsabilidad civil en el proceso penal, se nos presenta una situación de *litisconsorcio pasivo necesario* que obliga a demandar, no sólo al personal público causante del daño indemnizable, sino a la Administración Pública correspondiente con carácter subsidiario. Otra cosa no quiere decir el artículo 121 CP al señalar que: *deberá dirigirse simultáneamente*.

Podríamos poner en tela de juicio la eficacia de la utilización de esta vía penal, desde el momento en el que la Administración Pública no debería responder, aún subsidiariamente, de acuerdo con la redacción del artículo 121 CP, cuando la infracción imputada al personal sanitario sea tipificada como falta, lo más habitual, y no como delito. Sin embargo, es conocida, en este ámbito, la interpretación dada al precepto por parte del Tribunal Supremo de carácter extensivo de la responsabilidad de la Administración a los supuestos de falta. Así, las SsTS de 11 enero (RJA 1128), de 26 de sep-

---

<sup>49</sup> No son pocas las voces que abogan por el establecimiento de una responsabilidad directa y no subsidiaria de la Administración Pública en sede penal, al igual que sucede en el ámbito contencioso-administrativo. CASINO RUBIO, «El Derecho sancionador...», cit. pp. 381-385.

tiembre (RJA 6366) y 24 de octubre de 1997 (RJA 7290) han declarado explícitamente que:

Si bien es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos, sólo habla literalmente de «delitos» y no de «faltas», no es menos cierto que ello no implica necesariamente su exclusión a esos efectos, pues el vocablo delito ha de entenderse como sinónimo de «infracción penal», y así lo considera el Código vigente en varios de sus preceptos como, por ejemplo, los números 4.º y 5.º del artículo 130, en relación con el 639, y los artículos 80.4 y 86, existiendo también el argumento de que si se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse las faltas dolosas. 2.º) Se puede contra-argumentar (siguen dichas sentencias) que esa interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo que prohíbe la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según hemos dicho, el vocablo «delito» que emplea el artículo 121 hay que entenderle, en pura lógica, como «infracción penal», comprensivo, tanto de los delitos *stricto sensu*, como de las faltas.

En el caso de que no haya condena penal, lógicamente, no podrá exigirse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública, pues ésta es inexistente en relación al acusado, personal dependiente de la Administración Pública sanitaria. Circunstancia que no impide dirigir un posterior procedimiento contencioso-administrativo frente a la Administración Pública correspondiente en el que se le exija, ahora directamente, el resarcimiento del daño ocasionado en la prestación del servicio público, pues no debe olvidarse: la Administración Pública responde de los daños ocasionados en el funcionamiento *normal o anormal de los servicios públicos* (SsTS (Sala 3.ª) 7 de marzo (RJA 2900) y 4 de abril de 2000 [RJA 3258]). Claro está que, en caso de condena de la Administración Pública, la vía de regreso planteada en el artículo 145.2 LRJAP habrá quedado, por regla general, impedida por el pronunciamiento penal en el que se exculpaba al personal a su servicio; aunque, no cabe duda, el hecho de que la exención de la responsabilidad criminal no comprenda a la civil (artículo 118 CP)<sup>50</sup> permite

---

<sup>50</sup> STS de 31 de enero de 2000 (RJA 228): «La sentencia penal absolutoria significa que la conducta no es sancionable de acuerdo con la Ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la Ley civil».

que algunos supuestos que eximen de responsabilidad penal de los descritos en el artículo 20 del CP no eximan de la posible concurrencia de culpa o negligencia grave que posibilitan la acción de regreso de la Administración Pública contra el funcionario o agente a su servicio; por ejemplo, el supuesto expuesto en el apartado 2.º, artículo 20 del CP: «*El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos...*».

En este ámbito, debe destacarse la polémica suscitada por la regulación contenida en el artículo 146. 2 de la LRJAP: «*La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial*».

La interpretación literal del precepto transcrito llevará a que las Administraciones tiendan a computar el plazo de un año para reclamar desde el instante en el que se produjo el hecho lesivo, y no desde que hubieran concluido las actuaciones penales dirigidas contra el personal a su servicio<sup>51</sup>. Se establece, en opinión de Parada Vázquez<sup>52</sup>, la regla de independencia de los procesos penales de los procedimientos de la Administración para la exigencia de su responsabilidad patrimonial.

De este modo, el perjudicado, aún habiendo exigido responsabilidades penales, podría ver como la acción interpuesta ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo podría ser calificada de extemporánea, a pesar de haber sido presentada dentro del plazo de un año desde la notificación del archivo de la causa penal<sup>53</sup>. Por ello, será preciso ejercitar las dos acciones (penal y administrativa) de forma separada y simultánea, para evitar la prescripción<sup>54</sup>.

El Consejo de Estado ha abordado la cuestión en su dictamen 2124/1996, de 11 de julio, llegando a una flexibilización de lo

<sup>51</sup> No lo considera en este sentido MARTÍN REBOLLO quien considera que el plazo para reclamar en vía administrativa cuando media la intervención de la justicia penal comienza a partir del auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria. MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., pp. 358-359.

<sup>52</sup> PARADA VÁZQUEZ, «Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (Xornadas y Seminarios, núm. 22, EGAP), 1999, p. 42.

<sup>53</sup> GARCÍA-TREVIANO GARNICA, «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146. 2 de la Ley 30/1992», *RAP*, núm. 141, 1996, p. 266.

<sup>54</sup> PEMÁN GAVÍN, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 303, nota. 34.

expuesto en el artículo 146. 2.º, por la vía de la interpretación de la excepción a la no interrupción descrita en el precepto:

Cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Afirma el Consejo de Estado: debe interpretarse (el artículo señalado), con el señalado espíritu, en el sentido de que la excepción será operativa cuando la determinación de los hechos sea necesaria o pueda razonablemente serlo (aunque finalmente se demuestre que no ha sido así) para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Por tanto, no toda acción penal interrumpe el plazo de prescripción para reclamar de la Administración, pero sí, tal y como señala García Trevijano<sup>55</sup>, aquella acción penal cuyo objeto está en conexión directa con la pretensión ejercitada en vía administrativa.

2) Ejercicio de la acción penal, con reserva de acciones de responsabilidad civil por parte del perjudicado, en la que es condenado el funcionario o agente al servicio de la Administración Pública por la comisión de un ilícito penal, delito o falta.

El artículo 109.2 establece: «*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil*». No hay duda, el perjudicado podrá reservarse el ejercicio de la acción civil de responsabilidad a ejercitar ante la jurisdicción de dicho orden. En el mismo sentido, el artículo 121, párrafo segundo del CP.

Podemos ver como se presenta una evidente contradicción con el sistema jurisdiccional establecido en los artículos 2.e) LRJCA, 9.4 LOPJ y la Disposición Adicional duodécima de la LRJAP (introducida por la Ley 4/1999), en el que la pretensión indudable es que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ser ejercitada ante el orden contencioso-administrativo, tras el correspondiente proceso administrativo.

¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de la acción de responsabilidad civil que el perjudicado se ha reservado?, ¿civil o contencioso-administrativa? No hay solución concluyente.

En opinión de Díaz Alabart<sup>56</sup> la jurisdicción competente debe ser la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la única excepción de jurisdicción competente cuando se demanda a la Administración por su responsabilidad patrimonial es la penal. Sin embargo, no se ve el verdadero fundamento del porqué se debe atri-

<sup>55</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «¿Interrumpe el ejercicio...», cit., p. 270.

<sup>56</sup> DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en Ponencias del Congreso de la asociación de profesores de Derecho civil desarrolladas en Santiago de Compostela 1999, p. 33.

buir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en este tipo de casos. El CP es diáfano: «*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil*».

No hay cuestión si la acción de responsabilidad civil *reservada* se exige exclusivamente al personal sanitario, el orden competente debe ser el civil. Podría señalarse que es ciertamente arriesgado el acometer esta vía, ante la posible insolvencia del sujeto privado, teniendo a la Administración Pública en la recámara de posibles denunciados, bien directamente (ante el orden contencioso-administrativo), o subsidiariamente (en la vía penal en la que ha existido esa reserva de la acción de responsabilidad civil); pero no siempre es así, la existencia de un seguro privado que garantiza el resarcimiento de los daños ocasionados por el personal sanitario en el ejercicio de su actividad puede hacer más efectiva la vía planteada, incluso para los facultativos, que ven como sus responsabilidades pueden verse solventadas con mayor prontitud, y con menor coste de prestigio y credibilidad profesional, que en el siempre tedioso y duradero proceso contencioso-administrativo.

Tampoco existirá cuestión alguna si se exige la posible responsabilidad exclusivamente a la Administración Pública, en aplicación del artículo 145.1 LRJAP debe ser el orden contencioso-administrativo el competente.

Pero, ¿qué sucede cuando se pretende acumular a la acción contra el personal al servicio de la Administración, la acción de responsabilidad subsidiaria contra dicha Administración Pública? Por más que se intente buscar la solución en el marco normativo existente, no se encuentra. Dos opciones: 1) La mencionada por la profesora Díaz Alabart que atribuye la competencia a la jurisdicción contenciosa-administrativa, ya que la LRJCA en su artículo 2.e) excluye la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de cuestiones «expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social...», y, precisamente, en responsabilidad civil derivada del delito existe dicha atribución al orden jurisdiccional penal, pero no al orden civil. 2) Atribuir al orden jurisdiccional civil, como señala el artículo 109.2 CP, la competencia a la hora de exigir la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, previamente reservada por el perjudicado.

Creo más razonable la opción presentada por la profesora Díaz Alabart, ya que el legislador (de 1998 en la LRJCA, y el reformador de 1999 de la LRJAP, no debe olvidarse) ha pretendido que cualquier caso de acumulación de acciones, contra la Administración Pública y el personal a su servicio, se vislumbre en el orden



contencioso-administrativo, nunca en el orden civil o social, tal y como manifiesta el artículo 9. 4 de la LOPJ en el caso extremo en el que a la producción del daño concurre, no ya el personal al servicio de la Administración Pública, sino un tercero, sujeto privado que debe ser demandado ante el orden contencioso-administrativo: «*cuando en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo)». Con mayor razón cuando el que concurre a la producción del daño es, precisamente, el funcionario o personal al servicio de la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas.

Con ello, se intenta, en todo caso, que la Administración Pública no vea dilucidada su responsabilidad patrimonial en un orden jurisdiccional distinto al contencioso-administrativo.

### 3.2 La concurrencia de sujetos privados en la producción del daño

Constituye una importante novedad la acumulación de acciones establecida en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo)». Sujetos privados que, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, son aquellos que no están al servicio de los poderes públicos actuantes, ya que, la responsabilidad de los que sí lo están se exigirá en los términos establecidos en la Ley 30/1992 (LRJAP).

Así, en los casos de concurrencia de sujetos privados en la producción del daño ha quedado establecida definitivamente la «unidad jurisdiccional» a favor del orden contencioso-administrativo. Serán estos Tribunales los que deban decidir sobre la responsabilidad de dichos sujetos, y no debe ser obstáculo alguno el que sean aplicables respecto a ellos, lógicamente, las reglas y criterios de imputación de la responsabilidad propios del Derecho privado. Deben desecharse viejas conductas judiciales, en las que se ponían reparos a la aplicación de normas presumiblemente ajenas al orden jurisdiccional en el que se estaban enjuiciando los hechos<sup>57</sup>. No existe impedimento alguno para que un Tribunal contencioso-admini-

---

<sup>57</sup> El ejemplo más cercano a la materia aquí tratada lo encontramos en la negativa, sustentada durante excesivo tiempo por la Sala 1.º del TS, a aplicar la LGDCU en el ámbito

nistrativo aplique el artículo 1902 del Código civil o el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos y resuelva correctamente, en cuanto a los sujetos privados que concurren a la producción del daño, el supuesto planteado.

A nuestro juicio, el problema no se encuentra en las normas de derecho material que deban aplicar los Tribunales contencioso-administrativos en función de los sujetos enjuiciados, Administración Pública o particulares. La duda se nos presenta en la propia consideración de la jurisdicción contencioso-administrativa como auténtica jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Se ha hecho notar<sup>58</sup> que, «si la vis atractiva y la continencia de la causa han operado hasta ahora a favor de la jurisdicción civil para que ésta pudiera condenar a la Administración a la reparación de daños administrativos, no puede escandalizar a nadie que a partir de ahora sea la jurisdicción contenciosa-administrativa la que, en aras de esos mismos principios tuitivos de las víctimas, enjuicie la responsabilidad de los particulares que eventualmente hayan participado en la producción de tales daños junto a la Administración Pública, mediante una valoración conjunta de todas las conductas y circunstancias concurrentes». Pero, ¿verdaderamente es posible considerar que el procedimiento contencioso-administrativo representa un marco procedimental en el que todos los intervinientes se mueven en un plano de igualdad (ver, por poner un ejemplo, la regulación de las costas procesales en el artículo 139 LRJCA)?, ¿la Administración Pública y los particulares, demandados o demandantes, tienen a su alcance las mismas armas en el procedimiento? Que por el hecho de que a la producción de un daño concurra la Administración Pública, junto con sujetos privados, sea obligatorio defender las respectivas posiciones en el procedimiento contencioso-administrativo se acerca a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española y al derecho a la tutela judicial efectiva allí contemplado.

Un solo dato puede clarificar esta opinión.

Es conocida la doctrina jurisprudencial, hoy con refrendo legal en la disposición adicional 1.ª seis, 27 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por la que se modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

---

sanitario. Así en la STS de 22 de julio de 1994 (RJA 6581). Hoy día, es conocido que no acontece así. Por ejemplo, SsTS (Sala 1.ª) 5 de octubre de 1999 (RJA 7853) y 24 de septiembre de 1999 (RJA 7272).

<sup>58</sup> LEGUINA VILLA, «Responsabilidad patrimonial...», cit., p. 13.

de los Consumidores y Usuarios, por la que se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula de renuncia al propio fuero, al considerarse abusiva y generadora de un grave desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor. La renuncia al propio fuero constituye, en opinión del TS, un claro freno al ejercicio de acciones judiciales, pues se obliga a litigar al afectado en lugar distinto al de su domicilio, constituyendo, en la práctica, una auténtica renuncia tácita al posible litigio que se pudiera entablar frente al vendedor o prestatario del servicio, causando, con ello, un perjuicio injustificado al consumidor.

La STS de 14 de septiembre de 1996 (RJA 6715) manifiesta que:

La cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios... distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad (prestadora de los servicios)..., que, no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica.

Pues bien, esta consideración de nuestro TS en el ámbito contractual privado, quiebra notablemente cuando nos enfrentamos a un supuesto de responsabilidad extracontractual en el que, directa o indirectamente, aparece involucrada la Administración Pública; ya que, como se ha señalado, el artículo 9.4 LOPJ obliga a que la reclamación se presente ante el Tribunal contencioso-administrativo correspondiente, y es sabido que éstos, de antigua imposición y de novedosa implantación, no se residen en la generalidad de las ciudades de nuestro país (¿ocurre lo mismo con los Tribunales civiles de 1.ª Instancia? Nos parece que no) lo que obligará, por poner un ejemplo, a que un ciudadano residente en la ciudad de Arcos de la Frontera (Cádiz), ante un supuesto tal como puede ser el daño ocasionado por la caída de un muro de un edificio en construcción tenga que defenderse en la sede del tribunal contencioso-administrativo (en el mejor de los casos a más de 100 kilómetros de la ciudad en la que se produjo el daño, según la distribución de competencias, en la ciudad de Cádiz o en Sevilla, sede del Tribunal Superior contencioso-administrativo), por el mero hecho de que el dañado contemple la posibilidad de poder involucrar a la Administración Pública Local que es quien, en definitiva, concede y controla la concesión de las licencias de obras. La situación descrita.

¿no supone un grave e injustificado perjuicio para el administrado?, mucho nos tememos que sí.

La demanda conjunta ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede dar lugar a que, en caso de ser estimada, la obligación de reparar recaiga sobre: 1) la Administración Pública; 2) la Administración Pública y el particular, en los términos y proporción que quede fijada en el procedimiento (artículo 71.1.d) LRJCA); o 3) exclusivamente, sobre el particular.

En nuestra opinión, a pesar del esfuerzo legislativo realizado, la cuestión de fondo se podrá seguir planteando: ¿se puede demandar al sujeto privado, que concurre a la producción del daño junto a la Administración Pública, ante el orden jurisdiccional civil? Creo que no hay impedimento alguno. A la vista del artículo 9.4 LOPJ, la acumulación de acciones ante el orden contencioso-administrativo se presenta siempre que exista tal acumulación, pero no cuando el perjudicado decide demandar exclusivamente al sujeto privado que concurre con la Administración Pública en la producción del daño. Que no será el supuesto normal, puede ser; pero, resultaría ciertamente extraño que, de producirse la demanda contra un sujeto privado y a resolver de acuerdo con las normas sustantivas del Derecho privado (fundamentalmente, 1902 y siguientes del Código civil) se resolviera ante un Juez del orden contencioso-administrativo.

Creo que es claro el sistema en lo que respecta a la Administración Pública, ésta debe ser demandada ante el orden contencioso-administrativo, tanto si la demanda se dirige exclusivamente contra ella, como si se la demanda conjuntamente con los particulares (arts. 145 LRJAP, 2.e) LRJCA y 9.4 LOPJ). Incluso, creo que debe entenderse que, demandada la Administración Pública, una posterior demanda contra el particular que ha concurrido a la producción del daño con aquélla debe deducirse ante el orden contencioso-administrativo, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.4 LOPJ: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*». De ahí que, presentada ante el orden civil, éste debe inhibirse a favor del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que estuviese conociendo de la demanda planteada frente a la Administración Pública.

Sin embargo, no queda clara la solución que deba darse cuando la demanda se plantea directamente contra el particular al que se le imputa la producción del daño y, posteriormente, se demanda a la Administración Pública. ¿Se deben paralizar las actuaciones y dar traslado de los autos al órgano jurisdiccional de lo contencioso que

comienza a conocer de la demanda frente a la Administración Pública?, ¿el órgano jurisdiccional de lo contencioso debe requerir al juez civil que está conociendo de la demanda frente al particular para que le remita las actuaciones, o viceversa?

No creo que la opción elegida por el dañado de demandar al particular, que presumiblemente ha provocado el daño, ante el orden jurisdiccional civil genere una renuncia a ejercitar con posterioridad la acción, ante el orden contencioso frente a la Administración Pública a la que también se le imputa la provocación del daño. De ser así, estaríamos cerca de vulnerar el artículo 24 de la CE<sup>59</sup>.

Puede que la solución al presente conflicto venga dada por otra vía. A saber, el artículo 71.1.d) de la LRJCA al disponer que, admitida la pretensión del perjudicado, la sentencia «declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quien viene obligado a indemnizar», y excluir la aplicación incondicionada de la regla de la solidaridad en la responsabilidad concurrente, bien de varias Administraciones Públicas, bien de la Administración Pública y el particular, abre la puerta a la consideración de la existencia de un posible supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que, en cualquier caso, y ante la necesidad de traer al procedimiento a la Administración Pública debe conllevar, necesariamente, la inhibición del juez civil a favor del orden contencioso-administrativo.

Ésta, no me cabe duda, ha sido la intención del legislador, si no fuera así dejaría en agua de borrajas todo el intento legislativo, manifestado por activa y por pasiva, de plasmar la «unidad jurisdiccional» en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

### **3.3. El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias por parte de la Administración Pública**

Los términos en los que se ha entendido en los últimos tiempos el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha llevado a que, cada vez con mayor frecuencia, la Administración contemple la necesidad de asegurar su actividad. De este modo, es hoy práctica habitual el que los distintos Servi-

---

<sup>59</sup> Entiende DÍAZ ALABART que una interpretación literal del artículo 9.4 LOPJ no es suficiente para impedir la reclamación ante los Tribunales civiles de la indemnización debida por los particulares que concurrieron en la producción del daño con la Administración. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., pp. 28-29.

cios de Salud cuenten con pólizas de responsabilidad civil en las que los facultativos, fundamentalmente, figuran como beneficiarios de las mismas.

Esta práctica supone introducir, e institucionalizar, en el seno de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública una nueva figura: la compañía de seguros, que, precisamente es la que va a satisfacer al administrado, en su caso, la indemnización por el daño ocasionado en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Varios son los problemas que suscita la aparición de este sujeto privado en las relaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero en lo que nos atañe, tres pueden considerarse los más relevantes<sup>60</sup>:

1) La alteración de las competencias de las Administraciones Públicas en los supuestos de responsabilidad patrimonial<sup>61</sup>.

No debe olvidarse que el artículo 142 de la LRJAP establece el procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública correspondiente. Es la propia Administración la que tiene que resolver, con carácter previo a la interposición de demanda ante el contencioso-administrativo, si existe o no responsabilidad patrimonial que dé lugar a la indemnización. Al ser esto así, ¿qué sucedería cuando la Administración decide, en el expediente administrativo correspondiente, satisfacer la indemnización solicitada por el administrado y la compañía que cubre, precisamente, ese riesgo que se ha realizado en el daño indemnizable deniega el pago de la misma? ¿Es que la Administración Pública que tiene asegurada su actividad ha renunciado a ejercer sus competencias en materia de responsabilidad patrimonial?, ¿se ha privatizado el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas?

2) El artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro habilita al perjudicado la acción directa contra el asegurador, que, en opinión mayoritaria<sup>62</sup>, debe vislumbrarse ante la jurisdicción civil.

La Compañía de Seguros se limita a asegurar una actividad y se obliga, producido el daño, a indemnizar a la víctima. Pero, como ha puesto de manifiesto Díaz Alabart<sup>63</sup>, el asegurador no concurre a la

---

<sup>60</sup> Sobre el particular, GAMERO CASADO, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, núm. 103, 1999.

<sup>61</sup> OTAOLA, «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 2000.

<sup>62</sup> MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 354 y DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., pp. 29-30.

<sup>63</sup> DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., p. 29 y «Comentarios a la STS de 18 de octubre de 1999», *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, p. 316.

producción del daño, por lo que no se puede encuadrar en los términos previstos en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (el contencioso-administrativo)*», no es el «sujeto privado» al que hace referencia el precepto.

Ahora bien, si la aseguradora se ve obligada a resarcir es porque se ha originado un daño encuadrado en la cobertura del seguro contractualmente establecida, y si la acción directa se ejercita ante el orden jurisdiccional civil, será esta jurisdicción la que determinará la realidad del mismo, con lo que nuevamente encontramos a la Administración Pública, al desarrollo de su actividad y la corrección en la prestación de los servicios públicos enjuiciados por Tribunales ajenos al contencioso-administrativo, ante el orden civil. ¿No era eso, precisamente, lo que el legislador estaba intentando evitar? Ni la Administración Pública, ni el orden jurisdiccional contencioso-administrativo participan en la resolución de un supuesto en el que se ventila la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

El supuesto ya ha recibido una primera resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en fecha 12 de junio de 2000.

La demanda tenía su origen en la acción instada por el actor, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, frente a una entidad aseguradora que tenía concertado con el Ayuntamiento de Avilés un contrato de aseguramiento de la responsabilidad civil. El daño se había originado con motivo de la caída sufrida por el demandante en las dependencias de la Plaza Municipal de Abastos, a causa de la que resultó con lesiones que originaron la pretensión indemnizatoria entablada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Avilés dictó sentencia en los siguientes términos: «Que estimando la excepción de falta de jurisdicción por corresponder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de la cuestión litigiosa, debo de absolver y absuelvo en la instancia a la entidad aseguradora... sin entrar a conocer la cuestión de fondo». Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia, en este aspecto, declarando la competencia del orden jurisdiccional civil con los siguientes argumentos:

Segundo.— Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene defendiendo la competencia de la jurisdicción civil, en sentencias que mayoritariamente se refieren al ámbito de la prestación sanitaria, como las de 30 de abril de 1998 y

30 de diciembre de 1999, pero también en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en otra clase de actuaciones (sentencia de 21 de junio de 1999, por ejemplo), aun cuando siempre circunscritas a la vigencia del artículo 41 de la antigua Ley de Régimen Jurídico.

Las reformas del ordenamiento administrativo tras la promulgación de la Ley de 1992 (artículo 137) y en especial la actual redacción del artículo 9-4.º de la LOPJ, plantean la polémica de si en situaciones como la enjuiciada, el nuevo cuerpo normativo remite a la jurisdicción contenciosa en esta clase de litigios.

Tercero.— En primer término debemos atender a la dicción literal del último párrafo del artículo 9-4.º de la Ley Orgánica, que señala textualmente: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Lejos de obligar en demandas como la presente, dirigida frente a la compañía aseguradora que tiene suscrito con una Administración Pública un seguro de responsabilidad civil, a interponerla ante el orden jurisdiccional contencioso, la lectura del precepto aboca a la solución contraria, puesto que no cabe identificar a la entidad como un corresponsable en la producción del daño o persona de alguna manera interviniente o coadyuvante a su causación. Se limita la compañía aseguradora a responder, sin tener intervención en el evento, de sus consecuencias a virtud de la cobertura garantizada en la póliza, de manera que el precepto no autoriza a identificarla con los particulares a quienes se debe demandar en vía contenciosa por mandato de la Ley Orgánica.

Cuarto.— Otros argumentos complementarios al expuesto, surgen del análisis de la naturaleza del seguro suscrito y de la acción ejercitada. En efecto, la Ley de 13 de mayo de 1995, sobre Contratos de las Administraciones Públicas califica en su artículo 9 de contratos privados a los de seguro a que se refiere el artículo 207, entre los que se halla el que nos ocupa y subraya la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las cuestiones derivadas del contrato entre las partes. Con arreglo a este criterio, si se permite la contratación de un seguro de carácter privado, de responsabilidad civil entre una compañía aseguradora y la Administración, regido por la Ley del Contrato de Seguro, la remisión a la normativa privada lo es a la totalidad de dicha Ley y por tanto el artículo 76, sin que pueda parapearse la aseguradora, ante la pretensión del perjudicado en la incompetencia de jurisdicción y por tanto en la procedencia de la reclamación en el orden jurisdiccional contencioso, que no rige entre las partes contratantes.

Por otro lado, el artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa considera demandados a los particulares, tan sólo en cuanto pudieran ser afectados por la reclamación del demandante, es decir, que en este caso la aseguradora no goza de legitimación para ser parte única en el proceso contencioso, sino sólo en cuanto interesado en el litigio, en unión de la Administración causante del daño. La postura de la aseguradora, admitida en el fallo, obliga al perjudicado a demandar conjuntamente al Ayuntamiento y al asegurador, ya que no es concebible un proceso contencioso dirigido tan sólo



contra la compañía. Con ello se vulnera la esencia y contenido de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, que precisamente por su carácter directo y sustantividad propia, con régimen de excepciones incluso específico, permite a la víctima reclamar la indemnización frente al asegurador sin necesidad de llamar al litigio al autor del daño objeto de cobertura. La finalidad de esta acción, cuya fuente es el contrato instituido a favor de tercero (sentencias del tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 y 31 de diciembre de 1992), es según la sentencia del tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998, evitar el calvario de las víctimas ante dilaciones de las compañías que garantizaban la responsabilidad civil, concediendo al perjudicado la posibilidad de dirigirse exclusivamente contra el asegurador en aras de obtener el pronto resarcimiento, dentro de un política normativa cada vez con más intensidad orientada hacia la tutela de los derechos de los perjudicados, en la que se han inspirado posteriores reformas, como la del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, impuesta por la Ley 30/95. Esta finalidad se ve frustrada si impedimos en estos supuestos, después de definir la naturaleza del aseguramiento de responsabilidad civil como un seguro privado sujeto a la Ley del Contrato de Seguro, el ejercicio del artículo 76, derivándolo a la jurisdicción contenciosa y con obligación de demandar de forma conjunta a la Administración y al asegurador privado. Finalmente y en último extremo, la duda que pudiera plantear esta cuestión, debe resolverse a favor de la fuerza atractiva de la jurisdicción civil, que sigue manteniendo el artículo 9.2.º de la LOPJ.

Podría hacer variar el pronunciamiento expuesto la consideración de que, tras la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de aseguramiento es un contrato administrativo de cuya conflictividad conocería la jurisdicción contencioso-administrativa, mas, como señala Martín Rebollo<sup>64</sup>, la relación entre el dañado y la aseguradora sigue siendo privada, por lo que debe ser la jurisdicción civil quien contemple la resolución de los conflictos suscitados.

3) Satisfecha la indemnización por parte de la compañía de seguros, ¿en qué queda la acción de regreso establecida en el párrafo segundo del artículo 145 de la LRJAP?

Dice el artículo 145.2: «*La Administración que haya indemnizado al lesionado exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, o culpa o negligencias graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*».

La acción de regreso descrita exige dos presupuestos: 1) que la Administración haya indemnizado; y 2) la concurrencia de dolo o

---

<sup>64</sup> MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 354.

culpa o negligencia grave del funcionario o personal a su servicio sobre el que se va a repetir.

En el supuesto aquí planteado es claro que se adolece de uno de los presupuestos: la Administración no ha indemnizado, ha sido la compañía de seguros la que ha satisfecho la indemnización, de ahí que no pueda ejercitarse la reseñada acción de regreso frente al funcionario o personal al servicio de la Administración causante del daño.

Podremos decir, no hay problema: en el supuesto de actuación dolosa o con manifiesta culpa o negligencia grave del causante del daño (funcionario o personal al servicio de la Administración correspondiente), la compañía aseguradora, que es quien ha pagado, tiene abierta la puerta de la acción de regreso frente al mismo. Cierto, pero no del todo.

En efecto, el artículo 43 de la LCS señala: *«El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse»*. Imponiéndose ciertas limitaciones al derecho de subrogación en el párrafo tercero del artículo 43 que *«el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato»*.

A la vista del artículo 43 LCS no será posible la acción de repetición en aquellos supuestos en los que el propio causante del daño sea el sujeto asegurado, *«El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado»*, hecho frecuente en la Sanidad Pública donde los distintos Servicios de Salud suscriben sustanciosas pólizas de seguros donde los asegurados son su propio personal sanitario.

Pero, además, como hace notar Barcelona Llop<sup>65</sup>, a la vista de la limitación establecida en el artículo 43 LCS, la aseguradora no

---

<sup>65</sup> BARCELONA LLOP, «La acción de regreso...», cit., p. 51.

podrá subrogarse contra el funcionario o personal al servicio de la Administración causante del daño indemnizado, ya que «*el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley*», salvo que, esté previsto en el contrato de seguro, o que la responsabilidad provenga de una actuación dolosa. Esto es, no podrá repetir en los supuestos en los que la actuación del agente causante del daño se haya desarrollado con culpa o negligencias graves, circunstancias que sí darían lugar a la acción de regreso ejercitada por la Administración Pública (artículo 145.2).

Como puede comprobarse, la alteración generada en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aparición de la compañía de seguros que satisface la indemnización solicitada por el administrado lesionado es, ciertamente, importante.

#### IV. LA PERSISTENCIA DEL ORDEN SOCIAL

La Jurisdicción Social ha venido afirmando su competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por los beneficiarios de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión de la asistencia prestada en centros de la misma<sup>66</sup>. Para justificar su competencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo argumenta que, si las reclamaciones indemnizatorias de daños se basan en los perjuicios causados con ocasión de un tratamiento médico-sanitario, irregular o innecesario, dispensado por los Órganos o Entidades de la Administración a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social, deben tener su encaje procesal adecuado en el marco del orden jurisdiccional social con exclusión de las jurisdicciones civiles y contencioso-administrativas, al recaer en esos casos sobre la Entidad Gestora la responsabilidad de hacer efectiva la prestación sanitaria (artículos 20, 28.1 y 98 de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1974/1482 y NDL 27361] hoy Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se

---

<sup>66</sup> SsTS (Sala 4.ª) de 5 de abril de 1990 (RJA 5458), 20 de abril de 1992 (RJA 2662), 10 de julio y 14 de octubre de 1995 (RJA 5488 y 7754) y 19 de diciembre (RJA), 24 de junio (RJA 6100) y 9 de febrero de 1996 (RJA 1008), 18 de septiembre de 1997 (RJA 9471), 16 de enero de 1998 (RJA 501), 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600). Sobre la cuestión, en extenso, GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa...*, cit., pp. 178-203.

aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1994/1825]), pues, como señala la STS 5 de junio de 1991 (RJA. 5131), exigir las consecuencias de una prestación asistencial deficiente, se equipara a la de exigir la prestación misma o el reintegro de los gastos ocasionados en los casos reglamentariamente autorizados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social<sup>67</sup>. Tales reclamaciones, y por consiguiente la responsabilidad, no pueden fundamentarse en la existencia de una culpa extracontractual sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, se trata de un pleito sobre Seguridad Social, cuya competencia asumirá ese orden jurisdiccional conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990/922 y 1049) (hoy Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril [RCL 1995/1144 y 1563]), en relación con el apartado 5, del artículo 9 de la LOPJ<sup>68</sup>.

No lo entendió así el fundamental Auto de 7 de julio de 1994 (RJA 7998)<sup>69</sup> de la Sala de Conflictos de Jurisdicción al afirmar que:

«una vez derogado el tan mencionado artículo 41 de la LRJAE y alumbrado un único sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –quizá uno de los pocos aspectos positivos, técnicamente hablando, de la nueva Ley 30/1992–, 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 –artículo 2.º.2–, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Una excepción de tal importancia, además de chocar con la generalidad con que configura el artículo 106.2 de la Constitución el derecho a ser indemnizado por las lesiones derivadas del mero funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión 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

<sup>67</sup> SsTS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991 (RJA 5131), 10 de febrero, 20 de abril y 6 de mayo de 1992 (RJA 958, 2662 y 3511). No lo consideran así los Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 (RJA 10126) y 7 de julio de 1994 (RJA 7998).

<sup>68</sup> SsTS (Sala 4.ª) 20 de noviembre de 1982 (RJA 6848), 23 de septiembre de 1985 (RJA 4348), 6 de octubre y 12 de diciembre de 1989 (RJA 7119 y 8955), 24 de abril de 1990 (RJA 3486), 5 de junio de 1991 (RJA 5131), 20 de abril de 1992 (RJA 2662), 9 de febrero y 19 de diciembre de 1996 [RJA 1008 y 9807], 16 de enero y 18 de septiembre de 1997 [RJA 501 y 9471]).

<sup>69</sup> Un sustancioso comentario en NOGUERA DE LA MUELA, «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, núm. 88, 1995, pp. 597-606.

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 otro lado, resultaría igualmente anómalo que un particular no comprendido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, ante una lesión derivada de una prestación sanitaria de alguna de sus entidades gestoras o servicios comunes, tuviera, por la mera prestación de esa actividad, claramente comprendida en la de servicio público, derecho a indemnización bajo el régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo con su carácter objetivo, y, en cambio, de estar encuadrado en la referida esfera de aplicación, su derecho había de ser ventilado dentro del ámbito de la función protectora y, consiguientemente, con supeditación a las nociones de culpa, defecto o insuficiencia en la prestación, o, al menos, de imputabilidad del daño al tratamiento médico, es decir, no exclusivamente por el mero funcionamiento del servicio y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. Quiere decirse que no se trata de que en el ámbito del derecho laboral gane terreno, día a día, como entendió, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 4.ª de 20 de abril de 1992, el principio de responsabilidad objetiva impuesto por la exigencia de eficacia en la prestación sanitaria con arreglo al artículo 7.º de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986/1316), General de la Salud, sino que la jurisdicción social no podría nunca aplicar un régimen de responsabilidad objetiva puramente administrativo, aunque, en la práctica, la tendencia objetivadora de la responsabilidad se haya generalizado en el ámbito de las relaciones laborales.

Por otra parte, después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sólo un concepto amplísimamente 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. Advuértase, además, que el término prestación es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etc., aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que sin disuasión realizan sus instituciones, en lo que aquí interesa, sanitarias y que, por sí sola, es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad patrimonial. Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial por la mera prestación del servicio sanitario y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que sólo podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora que aquélla —la Seguridad Social, se entiende— desarrolla cuando se trate de sujetos a los que resulte aplicable el sistema, será lógico concluir 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. Por ende, la disposición adicional primera del antes citado Reglamento de Procedimiento, de 26 de marzo de 1993, al prever específicamente la aludida sujeción, no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada Ley»<sup>70</sup>.

La cuestión es otra. Acierta el profesor Serrano Alonso<sup>71</sup> al ubicarla en la órbita del concepto *prestación de la Seguridad Social*, y lo desmesurado de su apreciación por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La actividad que lleva a cabo la Seguridad Social es una actividad administrativa prestacional. Por tanto, si en el transcurso de una asistencia sanitaria se producen unos daños derivados de una prestación incorrecta, la responsabilidad en que se incurra será una responsabilidad derivada del funcionamiento de un servicio público, ya sea normal o anormal, exigible ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>72</sup>. Confirma lo dicho la STS (Sala 3.ª) de 3 de mayo de 2000 (RJA 5579) que, frente a la declaración de incompetencia jurisdiccional dictada por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo a favor del orden jurisdiccional social, señala en su fundamento jurídico tercero que:

La cuestión planteada acerca de si la Sala de instancia ha incurrido en un defecto de jurisdicción al negarse a conocer de una acción por responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de que el conocimiento de dicha materia viene atribuido por las respectivas normas orgánicas y procesales a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ha sido ya resuelta en recientes sentencias por esta Sala.

Como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de 27 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 1377) y 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9989), la resolución recurrida, por la que el Tribunal *a quo* se declara incompetente para conocer del proceso tramitado ante él por entender que su conocimiento corresponde a la jurisdicción del orden social, obedece a la falta de fijeza de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, este Tribunal, en sus distintas Salas, se ha pronunciado de forma contradictoria. Esto ha determinado numerosos pronunciamientos de la Sala especial de este Tribunal para resolver conflictos de com-

<sup>70</sup> Auto que muy pronto fue contradicho por la Sala 4.ª del TS en sentencia de 10 de julio de 1995 (RJA 5488), a su vez seguidas por otras como las de 9 de febrero (RJA 1008) y 18 de mayo de 1996 (RJA 4477).

<sup>71</sup> SERRANO ALONSO, *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, cit., p. 235 y «Sobre la jurisdicción competente...», cit., p. 6.

<sup>72</sup> NOGUERA DE LA MUELA, «La unidad jurisdiccional...», cit., p. 604.

petencia constituida al amparo del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ellos se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de este tipo de acciones. La decisión se ha fundado en la aplicación de lo dispuesto por los artículos 3 b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956, 142 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 2 b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral

[...]

No obstante, y aun siendo conscientes de su carácter posterior al Derecho aplicable al objeto del presente proceso, conviene destacar la Disposición adicional duodécima sobre «Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria», añadida a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece lo siguiente: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sido recogida en anteriores párrafos. Se trata de la objeción, de la que se hace eco el Auto impugnado, acerca de la posible ilegalidad de la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto 429/1993, atendido el rango reglamentario de esta norma, frente al carácter legislativo de la nueva disposición.

Aun así, lo cierto es que, tal y como ha apuntado Mir Puigpelat<sup>73</sup>, la actual regulación no elimina el argumento fundamental que la jurisdicción social ha venido sosteniendo para considerarse competente: la reclamación de la víctima de la asistencia sanitaria pública no es una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino una reclamación de prestación de la Seguridad Social.

Una reclamación del tipo de las aquí contempladas no entrará en el supuesto de hecho descrito en los artículos 9. 4 LOPJ, 2.e) LRJCA, DA duodécima LRJAP o 145 y 146 de la LRJAP, principales preceptos en los que se manifiesta la atribución de la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en supuestos

---

<sup>73</sup> MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit., pp. 1035-1036.

de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con expresa exclusión del orden civil y social; pero, claro está, cuando se plantean estos tipos de conflictos, relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (sanitaria), y esto es lo que precisamente no concibe el orden jurisdiccional social. Como ejemplo la STS de 6 de marzo de 2000 (RJA 2600), en la que se introduce un lógico y razonable voto particular en los siguientes términos:

Que formula el Excmo. Sr. D. José María Botana López, Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación con la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2000, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1902/1999.

Primero.— Mediante el presente voto particular expreso con todo respeto y en coherencia con lo mantenido por este Magistrado en la Sala de Conflictos, mi desacuerdo sobre competencia por razón de materia, con la precedente sentencia dictada conforme con el parecer mayoritario de la Sala. Las razones en que se apoya mi discrepancia se recogen en los fundamentos de derecho que seguidamente se exponen.

Segundo.— Los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 22 de marzo (RJ 1999/3676), 18 de junio (RJ 1999/6963), 20 y 22 de octubre y 23 de diciembre de 1999 (conflictos de competencias números 45, 58, 60, 67, 69, 71 y 74 de 1998 y 2, 6, 8, 11, 15, 22, 28, 38 y 45 de 1999), han venido estableciendo la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de las demandas formuladas con posterioridad a la vigencia de la Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246), sobre responsabilidad de la Seguridad Social por daños derivados en el ámbito de la asistencia sanitaria, por las siguientes razones:

1. La Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha solventado las dudas suscitadas sobre si la entrada en vigor de la Ley 30/1992, había venido a retornar al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en todas sus facetas, sistema que previamente había sido instaurado por el artículo 3 b) de Ley de 27 de diciembre de 1956 (RCL 1956/1890 y NDL 18435) y modificado por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852), y que había suscitado pronunciamientos contrarios a los de la Sala de Conflictos y favorables al Orden Jurisdiccional Social, por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina (sirvan de ejemplo las de 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5488] –Sala General–, 9 de febrero [RJ 1996/1008] y 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9807], 16 de enero [RJ 1997/501] y 18 de septiembre de 1997 [RJ 1997/9471]).



2. La exposición de motivos de la Ley 29/1998, nos dice que «en esta línea, la Ley precisa la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos... (y) algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

Por ello el artículo, 2 apartado e) de Ley 29/1998, dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante las Ordenes Jurisdiccionales Civil o Social».

3. A tenor de lo expuesto, no era necesario modificar el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) del Poder Judicial, sobre reglas de competencia de los Órganos Judiciales, pues el Tribunal Constitucional por auto número 292/1997, de 22 de julio (RTC 1997/292 AUTO), con cita de la sentencia del mismo Tribunal número 224/1993 (RTC 1993/224), ha declarado que «cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de... (los) órdenes, produciéndose de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 de la Constitución Española (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875) y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita... (y también es evidente) que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, puede ser interpretado... de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de Ley Orgánica a que se refiere el artículo 122.1 de la Constitución Española, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 (“la resolución administrativa de los procedimiento de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”), no contradice por sí mismo, el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial».

4. Sin embargo, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1735), reforma el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dándole una redacción acorde con las previsiones competenciales de la mencionada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señalando en su párrafo segundo que

los órganos judiciales de esta jurisdicción «conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». Precepto este que incluso aclara que la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se extiende también a supuestos en los que puedan concurrir sujetos privados.

Tercero.— En consecuencia este voto particular sostiene, con el debido respeto a la posición mayoritaria, que el Orden Jurisdiccional Social no es competente por razón de la materia para conocer de la demanda formulada, por lo que debería haber sido declarada de oficio, con la correspondiente nulidad de actuaciones, haciendo saber a las partes que la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello, no es de extrañar que en lo sucesivo la Sala 4.<sup>a</sup> de nuestro Tribunal Supremo se siga considerando competente para conocer de supuestos en los que se reclama indemnización ante el daño ocasionado por la actuación médico-sanitaria prestada por la Administración Pública, estatal o autonómica. Aún más, cuando, a lo sumo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dado a entender que, sólo está dispuesta a admitir su incompetencia jurisdiccional, a favor de la contencioso-administrativa, para aquellos actos acaecidos con posterioridad a la reforma procesal realizada en 1998. Eso parece deducirse de la STS de 19 de abril de 1999 (RJA 4528):

Para los hechos acaecidos con posterioridad al 14-12-1998, se ha producido una unificación por vía legal del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración de la Seguridad Social asignándose a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

a) El ya vigente artículo 9.4.II LOPJ (Ley Orgánica 6/1998 de 13-7 [RCL 1998/1735]) asigna al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»;

b) Desarrollando este precepto, el artículo 2 e) LJCA/1998 (Ley 29/1998 de 13-7 [RCL 1998/1741]) establece expresamente

que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social», habiendo entrado en vigor este precepto el día 14-12-1998; y

c) En el ámbito del procedimiento administrativo, en el artículo 2.3 Ley 4/1999 (RCL 1999/114) (de modificación Ley 30/1992 de 26-11, de LRJ-PAC, BOE 14-1-1999), en vigor desde el 15-IV-1999, se dispone que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Sevilla, noviembre de 2000

