

Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria

Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 1993.

Dr. Manuel Serra Domínguez

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. Abogado.

1.- Planteamiento de la cuestión

La atribución de las reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios resultantes de una defectuosa asistencia médica distaba mucho de estar resuelta en nuestro derecho positivo y en nuestra jurisprudencia, hasta el punto de producirse en la práctica la concurrencia de los cuatro distintos órganos jurisdiccionales para entender de una misma cuestión:

a) El Orden penal, de carácter siempre preferente (Arts. 10.2 y 44 LOPJ), que tanto por dicha preferencia como por lo limitado de su objeto, no plantea problemas especiales al respecto.

b) El Orden contencioso-administrativo, motivado por la intervención en el proceso de una Entidad de carácter público, como lo son el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, en España, el INSTITUT CATALA DE LA SALUT, en Catalunya, y las restantes Administraciones Sanitarias de cada Comunidad Autónoma, y la existencia de una previa reclamación administrativa (Arts. 9.4 LOPJ y 1.2.c y 3.b UC).

c) El Orden social, de estimarse que estamos ante reclamaciones en materia de Seguridad Social (Art. 9.5 LOPJ y 2.b LPL).

d) El orden civil, de ejercitarse una acción de carácter básicamente privado, la acción por responsabilidad extracontractual, fundada en preceptos del Código Civil, y además por la "vis atractiva" de la jurisdicción civil (Art. 9.2 LOPJ)

En la actualidad existen sentencias aparentemente contradictorias, en torno al orden jurisdiccional competente para conocer las acciones relacionadas con la reclamación a las Entidades Sanitarias Públicas por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios:

a) Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 junio y 15 julio 1991, asumen el conocimiento de la impugnación en vía contenciosa de las resoluciones del INSALUD denegando indemnizaciones por defectuosa asistencia sanitaria.

b) Las sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 24 abril 1990, 3 mayo 1990, 5 junio 1991, 20 abril 1992, 6 mayo 1992 y 20 noviembre 1992, sostienen la competencia de la jurisdicción social por estimar que los perjuicios originados "se producen en función de la relación de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios".

c) Por último, son numerosas las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo defendiendo,

bien expresa, bien tácitamente, la jurisdicción de los Tribunales Civiles, por tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual y además en función de la "vis atractiva" establecida por el art. 9.2 LOPJ. Destacan al respecto las sentencias de 5 mayo 1988, 30 enero 1990, 8 y 23 noviembre 1990 y 30 julio 1991, entre otras muchas.

Ciertamente el conocimiento simultáneo de una misma materia por tres diversos órganos jurisdiccionales supone un fenómeno profundamente perturbador en el ámbito de las relaciones jurídicas. Teniendo la jurisdicción carácter público e indisponible, y siendo exclusiva y excluyente (Art. 9.1 LOPJ), por lo que la falta de jurisdicción puede ser apreciada incluso de oficio, se comprende que sólo uno de los tres Ordenes jurisdiccionales debe poder conocer de las reclamaciones que se formulen.

Anecdótico, pero revelador de la profunda crisis jurídica actual, debe estimarse el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 48 de Barcelona en 14 junio 1993 estableciendo el carácter electivo para el actor de la jurisdicción.¹

2.- Carácter artificial de la atribución de las reclamaciones por perjuicios derivados de la asistencia sanitaria a la jurisdicción social.

Ante todo interesa señalar que no existe un sólo argumento mínimamente admisible que justifique la atribución a la jurisdicción social de las reclamaciones en materia de asistencia médica

¹ "En un intento de armonización de ambas doctrinas, cabe admitir que el perjudicado por la asistencia sanitaria defectuosa, que sea además beneficiario de la Seguridad Social, goza del beneficio de la duplicidad de jurisdicción para la obtención de la indemnización de perjuicios por defectuoso funcionamiento de los servicios médicos, pudiendo acudir a la jurisdicción civil, como titular de los derechos de la personalidad, de naturaleza privada y relevancia constitucional, a la vida ya la integridad física, con fundamento en los arts. 1902 y 1903 CC; o bien, en su condición de beneficiario del sistema de la Seguridad Social, y por tanto como titular del derecho a la asistencia sanitaria, acudir a la jurisdicción social, exigiendo las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, con fundamento en los arts. 23, 98 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social, sin que la defectuosa regulación de la materia por las normas laborales impida su integración con las contenidas en el Código Civil, por el carácter supletorio que de las disposiciones del Código Civil en las materias regidas por otras leyes, proclama su art. 4.3."

sanitaria. Las múltiples resoluciones de la jurisdicción se fundan exclusivamente en una doctrina expansiva de la Sala IV del Tribunal Supremo², que no puede considerarse pacífica al estar contradicha por otras sentencias de la propia Sala³, e incluso por sentencias de Tribunales inferiores, alguna de ellas muy reciente⁴, y que no resiste el

² Contenida entre otras en SS 24 abril 1990, 5 junio 1991, 20 abril, 6 mayo y 23 septiembre 1992.

³ En este sentido se pronuncian las sentencias de 10 octubre y 20 septiembre 1990:

S.10 octubre 1990 (Sala IV): "La aseguradora condenada en pleito sobre abono de una cantidad en los supuestos de invalidez absoluta, de los trabajadores de la empresa que los ocupa que tuvieren abierta la cuenta de haberes en la Caja de Ahorros también demandada, interpone recurso, volviendo a plantear la excepción de incompetencia por razón de la materia, con mención de los arts. 533.1 L.E.C., 2 y 380 y sigs. del C. de Comercio y 24,38 y 104 L. de Contrato de Seguro 50/80, de 8-10 argumentando en tomo a la idea de que la materia del contrato era de seguro y conforme a la misma debe regirse por la póliza y, en definitiva, por la señalada L. de seguros, pues ninguna relación ha guardado con el contrato de trabajo, que unía al actor con la empresa, ni con el accidente; la propia empresa, dice la recurrente, admite que es totalmente ajena a la situación, por la circunstancia de que la Caja de Ahorros la contrató con la aseguradora recurrente, en favor de aquellos trabajadores que tuvieron en dicha Caja domiciliado el pago de sus salarios, como podía haber sido otro motivo distinto; alegaciones estas que deben aceptarse, pues la relación constituida es independiente del contrato del trabajo vigente entre Casal S.A. y el trabajador y de la relación de la Seguridad Social y constituye una típica relación mercantil derivada de la cuenta corriente abierta en la entidad crediticia, al margen de las obligaciones de la patronal y con el vínculo exclusivo: trabajador, Cajas de Ahorros y Entidad Aseguradora y totalmente independiente de las mejoras voluntarias de la acción protectora del R.G.S.S., que se constituyen por las empresas individual o colectivamente y cualquier conflicto que se provoque, derivado de aquella relación, no se encontrará amparado por el Orden Jurisdiccional Social, cuya cobertura se tipifica en el art. 9 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil, competencia que se describe en el art. 9.2 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil. y como es tesis mantenida por razón de la materia, del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la presente cuestión".

S. 20 septiembre 1990 (Sala IV): "El recurso, como dice el Ministerio Fiscal en su informe debe acogerse; los argumentos de la sentencia, en cuanto estima que, por estar resuelta con anterioridad a la presentación a esta demanda la relación laboral entre los litigantes como consecuencia del despido anterior, este orden jurisdiccional social carece de competencia, al haber sido ya resarcidos los daños materiales derivados del despido declarado improcedente y no proceder la discusión de los daños morales, que ahora se reclama, en esta vía por tratarse de imputaciones de naturaleza civil o penal, que no guardan relación con el ámbito laboral, no puede admitirse".

⁴ En este sentido destaca la interesante sentencia de 23 de junio de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que declaró su falta de jurisdicción "por ser las reglas de competencia por razón de la materia de orden público procesal, de derecho necesario de ineludible observan-

menor análisis crítico, como ha puesto de relieve el Catedrático de Derecho Civil y Magistrado SERRANO ALONSO⁵, que excluye totalmente la atribución al orden laboral de la jurisdicción para conocer de dichas reclamaciones. Resumiremos los argumentos en que se funda en los siguientes puntos:

cia, con la consecuencia de que la Sala está facultada para conocer de las alegaciones y pruebas practicadas en el proceso"; y analizando el fondo de la cuestión aunque sólo fuera a efectos de determinar el orden jurisdiccional que debía cono- cerlo afirmó literalmente lo siguiente:

"A tenor de la sentencia de 20 de febrero de 1981 cabe decir que es bien diferente la relación que existe entre la Seguridad Social y el personal a su servicio de la que existe entre dicho Instituto y el beneficiario de sus prestaciones, figurando entre las mismas la atención médico-sanitaria, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daños 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 art. 1902, y en su caso en el art. 1903, ambos del Código Civil, corresponde conocer a la jurisdicción de este orden civil, pues claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil, por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentran su apoyo en los preceptos citados en general y en particular del artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado".

Gran interés ofrece igualmente la reciente sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona de 29 noviembre 1993 que se inhibe a favor de la jurisdicción civil por estimar que claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentra su apoyo en los preceptos citados (Arts. 1902 y 1903 CC) en general y en particular en el 40-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. A continuación critica certeramente esta sentencia sin citarla la doctrina del Tribunal Supremo:

"Por otra parte, el art. 2.b LPL, al fijar la competencia del Orden Social se refiere a la "materia de Seguridad Social incluida la pretensión por desempleo" y la acción que el actor ejercita nada tiene que ver con la Seguridad Social, como se ha visto, excluidas por lo tanto de las previsiones del art. 9.5 en relación con el 25 LOPJ y 1.7 y 8 LPL. Sin que tampoco se pueda basar la competencia en el art. 23.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que se refiere a la responsabilidad de los Entes Gestoras por las prestaciones que tienen a su cargo, y la indemnización por daños que tenga su origen en una actuación supuestamente negligente de un organismo gestor o del personal en relación con el beneficiario, en modo alguno puede ser considerada o contemplada como una prestación de la Seguridad Social, por lo que resulta imposible que sobre tal concreta pretensión se pronuncien los órganos judiciales sociales, cuando carecen de base legal expresa para ello y cuando el fin perseguido tiene las vías adecuadas para que su acción sea debidamente tutelada".

⁵ SERRANO ALONSO, Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social. en ACTUALIDAD y DERECHO, 1992, número 34.

a) "La Administración pública actúa como entidad privada que ha de curar al enfermo y por tanto tal tipo de relación queda subsumida en el presupuesto del art. 41 LRJAE (que- da por tanto fuera del conocimiento tanto de la jurisdicción contenciosa como de la social)"

b) "Los daños se derivan de culpa o negligencia de quienes atienden al enfermo, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual de los arts. 1.902 y 1.903 CC, sin que la condición del sujeto responsable, ni el lugar ni la ocasión en que tal acto se ha producido suponga una alteración del su- puesto tipo contemplado en tales preceptos".

c) "La fuerza atractiva reconocida de manera sistemática por la jurisprudencia a la jurisdicción civil, cuando la cuestión litigiosa no ha sido atribuida de forma clara y terminante a otra jurisdicción"

d) "El objeto de las demandas por daños causados a las personas no es otro que la obtención de una indemnización en dinero, y tal objeto no está comprendido entre las atribuciones que corresponden al INSALUD según las disposiciones del RD 30 julio 1970, por lo que esta materia no puede equipararse a su pleito de Seguridad Social"

e) "La base de todas estas demandas son los arts. 1902 y 1903 CC, es decir, la culpa extracontractual, materia esencialmente civil"

f) "Razones de economía procesal imponen, en todo caso, el sometimiento a la jurisdicción civil: en efecto, en este tipo de proceso lo habitual es que además del causante del daño sea code- mandada la Administración en sus diversas cate- gorías"

g) "De lo contrario, se llegaría a resultados tan absurdos como sería el de considerar asistencia sanitaria, y por tanto atribuida a la jurisdicción social, el accidente de tráfico sufrido por una ambulancia que traslada al enfermo de un centro hospitalario a otro; ...o el daño sufrido por un paciente durante la prestación de asistencia sanitaria, pero no directamente debida a ella, piénsese en la lesión producida por un auxiliar al servir la comida a un enfermo, sobre el que derrama un caldo y le produce quemaduras".

Basta un ligero resumen de los argumentos utilizados por la Sala IV del Tribunal Supremo para sostener una solución radicalmente contraria a la mantenida por dichas sentencias:

1°.- No es posible sostener, como efectúa la sentencia de 24 abril 1990, que sobre una misma materia puedan actuar dos órdenes jurisdiccionales distintos: "la solución a arbitrar será una cuando el beneficiario sea persona protegida por el sistema de Seguridad Social y otra diferente cuando sea un ajeno a la acción protectora de la misma, aún cuando tenga la plenitud del derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución y regulado por el art. 1 y siguiente de la Ley General de Sanidad". Precisamente el carácter excluyente de la jurisdicción pretende preservar el principio de uniformidad de jurisprudencia y con él el de Unidad del Ordenamiento Jurídico. Prescindiendo incluso del problema jurisdiccional, no es admisible que mientras la jurisprudencia civil excluya el principio de responsabilidad objetiva en materia de reclamaciones sanitarias, en cambio la jurisprudencia social lo admita. No existe la menor justificación para tratar desigualmente situaciones jurídicas idénticas.

2°.- Existe una manifiesta petición de principio en la equiparación que efectúan dichas sentencias entre "exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o pedir el reintegro de los gastos ocasionales" y sobre todo en derivar dicho derecho del art. 98 de la Ley General de la Seguridad Social. Basta una simple transcripción literal de dicho precepto:

" Art. 98. Objeto. 1. La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo.

2.- Proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores".

Para concluir que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios "los servicios médicos y farmacéuticos" por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia ya prestada, indemnización que procedería incluso de no haberse producido la asistencia sanitaria como consecuencia del régimen de la Seguridad Social, siendo por tanto extraña e independiente de ésta.

c) Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la prestación sanitaria lo es simplemente de medios, pero no de resultados. La Administración sanitaria debe garantizar que el enfermo sea debidamente asistido, pero nunca que sea curado. Basta con que la asistencia se encuentre dentro de los límites de la "lex artis", de acuerdo con el estado de la ciencia en unos momentos determinados, para el cumplimiento de su función. Ciertamente, la negativa a la prestación asistencial sanitaria puede ser enjuiciada por los Juzgados de lo Social. Pero una vez prestada dicha asistencia, el resultado obtenido escapa a las prestaciones de la Seguridad Social, originando la obligación, civil o administrativa, según los casos, derivada del funcionamiento de la Administración sanitaria.

3.- Inadecuación del proceso laboral a las complejidades propias de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria.

La aprobación de la vigente Constitución supuso una profunda transformación en los principios que debían regir la Administración de Justicia. Consciente el constituyente de que son los Tribunales los únicos garantes de los derechos de los particulares, elevó los principios técnicos procesales a derechos constitucionales que debían ser respetados no sólo por los Tribunales, sino incluso por el legislador .

Las formas procesales no pueden en forma alguna ser elegidas caprichosamente, sino que constituyen instrumentos indispensables para el acierto jurisdiccional. Mediante el método dialéctico cada una de las partes expone sus respectivas alegaciones, propone los medios de prueba que estima oportunos, y razona en tomo al resultado

de dichos medios de prueba. El proceso constituye en la actualidad un instrumento irrenunciable para la efectividad de los derechos de los particulares.

Ciertamente no existe un sólo modelo de proceso, sino varios modelos. Incluso dentro de un mismo ámbito jurisdiccional se contemplan varios procesos ordinarios y, al lado de estos, diversos procesos especiales. Siendo el proceso un instrumento para la declaración del derecho, se comprende que la forma externa del proceso deba ser la más adecuada para la efectividad del derecho cuya declaración se pretende. Derivase de ello que el proceso penal, el proceso contencioso-administrativo, el proceso civil y el proceso laboral, sean estructuralmente distintos y estén inspirados por principios diversos y en ocasiones contradictorios entre sí, como única manera para conseguir la tutela jurisdiccional efectiva garantizada por el art. 24.1 CE.

Precisamente por ello el art. 24.2 CE, entre las garantías que comprende la tutela jurisdiccional efectiva, establece la de "un proceso con todas las garantías". Si el cauce procesal elegido por el legislador o aplicado en un caso concreto por el Juez no reúne todas las garantías, se habrá producido una infracción constitucional que debe ser tenida en cuenta por los Tribunales Ordinarios y que en otro caso puede ser declarada en amparo por el Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva es necesario destacar la ausencia de garantías derivadas de la sustitución por un excepcional procedimiento especial laboral del normal procedimiento ordinario contencioso-administrativo o civil:

1°.- No parece aconsejable que un proceso en que se reclaman varios millones de pesetas se dilucide en juicio verbal: contestación oral y pruebas en el acto del juicio. De atribuirse la jurisdicción al orden social se quebrantaría el fundamental principio de un proceso "con todas las garantías" tutelado por el art. 24.2 CE.

2°.- No se trata tan sólo de un proceso de extraordinaria importancia económica, sino de alegaciones y pruebas de extrema complejidad, que mal se avienen con el carácter oral y concentrado propio del juicio laboral. En estos procesos se discuten problemas médico-periciales complejisi-

mos, como los relativos a la existencia de defectos en la asistencia sanitaria, posibilidad de evitarlos, relación de causalidad entre el eventual defecto y los daños producidos, existencia y cuantificación de dichos daños, etc..., para los que resulta totalmente inadecuado el juicio laboral. Pero es que además los problemas técnico-jurídicos son de una extrema dificultad: naturaleza y alcance de la responsabilidad extracontractual; distribución de la carga de la prueba; responsabilidad "in eligendo"; caso fortuito y fuerza mayor; daños morales; distribución de los daños; etc..., para los que no se avienen las formas del juicio laboral.

3°.- La extraordinaria simplicidad del juicio laboral: contestación oral, pruebas e informes en el mismo acto, posibilidad incluso de sentencia "in voce", se justifica exclusivamente por la sencillez y el carácter repetitivo de los conflictos laborales. Dicho juicio es totalmente inadecuado para la resolución de las complejas cuestiones propias de la responsabilidad médica antes apuntadas.

4°.- Pero es que, además, tanto la ley como la jurisprudencia como la doctrina que deben ser aplicadas e interpretadas para la resolución de dichas pretensiones, tienen carácter marcadamente administrativo y civil, están reguladas por la Constitución, por Leyes Administrativas y por el Código Civil, desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y comentadas por los constitucionalistas, administrativistas y civilistas. Ni un solo precepto de las leyes laborales se ocupa de dichas materias.

5°.- Las dificultades prácticas alcanzan su punto culminante si tenemos presente que nunca la responsabilidad corresponderá exclusivamente a la Administración pública, sino que dicha responsabilidad derivará de una actuación culposa o negligente de las instituciones sanitarias, públicas o privadas, y de los profesionales médicos, contratados por la Seguridad Social. Resulta evidente que para que pueda dictarse sentencia condenatoria de la Administración pública previamente debe declararse la responsabilidad profesional. Pero ello no es posible en el proceso laboral, en que dichos profesionales no son ni pueden ser parte. De atribuirse competencia a la jurisdicción social se darán los siguientes inconvenientes:

a) Ante todo, la posible prejudicialidad derivada de la sentencia laboral en el posterior proceso civil seguido contra los responsables. Estos deberían estar y pasar por la sentencia laboral sin posibilidad de defenderse.

b) Pero, sobre todo, la posible división de la continenencia de la causa. No bastaría con un solo proceso, sino que deberían seguirse varios procesos ante jurisdicciones distintas y con el mismo objeto: mientras las Entidades Gestoras de la Seguridad Social serían demandadas ante los Juzgados de lo Social, los profesionales médicos y las Instituciones sanitarias lo serían ante los Juzgados de lo Civil. La anarquía y posibilidad de resoluciones contradictorias que ello supone no requieren ulteriores comentarios.

c) Dicha división de la continenencia de la causa reviste una especial singularidad en los procesos con pluralidad de actores, en los que sólo alguno de los demandantes fuera beneficiario de la Seguridad Social. De considerarse adecuado el proceso laboral, deberían seguirse simultáneamente dos procesos distintos con resoluciones posiblemente contradictorias: el laboral, respecto de los beneficiarios de la Seguridad Social; el contencioso-administrativo o el civil, respecto de los extraños a la misma.

6°.- Por si todo ello no fuera suficiente bastaría considerar los supuestos de prejudicialidad penal. Es perfectamente posible que la imprudencia médica pueda ser tipificada en el art. 565 CP. Pues bien, mientras la prejudicialidad penal produce siempre la suspensión del proceso civil (Art. 114 LECR), en cambio la regla general es la no suspensión del proceso laboral por prejudicialidad penal (Art. 86.1 LPL). El precepto es lógico, habida cuenta que en un proceso laboral no se discute la pretensión civil de resarcimiento. Pero no lo sería de admitirse que pueda declararse una responsabilidad médica, prejuzgando con ello o contradiciendo el proceso penal pendiente.

Por todos los anteriores motivos la tramitación por el procedimiento laboral de reclamaciones por daños derivados de defectuosa prestación sanitaria, no reúne las garantías exigibles de conformidad con el art. 24.2 CE. Dicho defecto no puede en forma alguna ser imputable al legislador, que en ningún momento pensó que pudieran tra-

mitarse por las reglas del procedimiento laboral cuestiones relativas a reclamaciones extracontractuales, sino que es imputable exclusivamente a la Sala IV del Tribunal Supremo, cuya doctrina manifiestamente errónea ha provocado la inseguridad jurídica y procesal denunciada, con la consiguiente merma del prestigio de la Administración de Justicia.

4.-La jurisdicción para conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria debe corresponder en principio, de no existir una norma en contrario, a la jurisdicción civil.

Para la determinación del orden jurisdiccional competente hay que acudir a las reglas del art. 9 LOPJ:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que exprese la atribuya:

"Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley".

b) La jurisdicción del orden civil tiene una doble vertiente: la específica: "las materias que les son propias", y la residual: "todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional" (Art. 9.2 LOPJ).

Consecuente con dicha declaración general, el art. 85.10 LOPJ confía a los Juzgados de Primera Instancia "los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales".

c) La jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales ya algunas específicas relacionadas con ella:

"Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral" (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es fácil justificar que de no existir una norma expresa con rango

de ley que disponga lo contrario, son los Tribunales Civiles quienes deben conocer las reclamaciones frente a las Instituciones Sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1°.- Los preceptos relativos a la determinación cualitativa y cuantitativa del daño, al caso fortuito ya la fuerza mayor, se encuentran regulados en el Código Civil (Arts. 1103, 1105 y 1109 CC), y deben por tanto ser aplicados por los Tribunales civiles.

2°.- Si la acción se configura como de responsabilidad contractual, el precepto general aplicable sería el art. 1104 CC, citado expresamente en la demanda, y los preceptos específicos que se refieren al arrendamiento de servicios (Art. 1544 CC), respecto de los médicos, o al contrato de seguro (Art. 105 Ley 50/1980, de 8 octubre, de contrato de seguro, que sustituye los antiguos arts. 1791 a 1797 CC), disposiciones todas ellas que pertenecen al ámbito civil.

3°.- Si la acción se funda en responsabilidad extracontractual o aquiliana, tradicionalmente ya desde el Derecho Romano, su aplicación ha correspondido a los Tribunales Civiles, siendo la Sala I a del Tribunal Supremo quien la ha desarrollado y adaptado a las complejas circunstancias de la técnica contemporánea.

4°.- Concretamente, por lo que respecta a la responsabilidad médica ha sido la jurisprudencia de la Sala I a del Tribunal Supremo la que la ha desarrollado, declarando en forma clara y reiterada su jurisdicción para entender de las reclamaciones fundadas en infracciones de la "lex artis" médica⁶.

⁶ Sentencias de 5 mayo, 22 junio, 21 septiembre 1988; 30 enero, 8 y 23 noviembre 1990; 16 julio 1991; 13 y 29 octubre 1992; y 15 febrero, 4, 15 y 23 marzo 1993, para citar sólo las más recientes. Bastará con la transcripción de la S.30 enero 1990.

"La actuación de la entidad pública recurrente no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo, que fue ingresado en los centros dependientes de la misma a tal fin; se está, por tanto, fuera de la relación de derecho público, siendo más bien de aplicación el art. 41 L.R.J.A.E., cuando éste actúa en relaciones de derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente, por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se conside-

5°.- La misma norma que excluye la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, el antiguo art. 41 LRJA y el actual art. 144 LP AC, se remite al Derecho civil: "cuando el Estado (o las Administraciones Públicas) actúen en relaciones de Derecho privado", La alternativa es clara: si actúa en relaciones públicas es competente la jurisdicción contencioso-administrativa; si en relaciones privadas, la jurisdicción civil. En ningún caso es factible la intervención de la jurisdicción social.

6°.- Las "reclamaciones en materia de Seguridad Social" a que aluden tanto el art. 9.4 LOPJ como el art. 2.b LPL, son, como su propio nombre indica, las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la Seguridad Social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Nos remitimos al respecto al exhaustivo trabajo de CONDE

re la actuación de los mismos como actos propios de la Administración: es decir, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando daños por culpa de negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que sitúa el tema como propio del Derecho Civil. (SS. 3-3-73, 1-7-86, 16-3-87, 5-5 y 21-9-88). Aparece totalmente diferente la relación existente entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, y la que se origina entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, por unos daños sufridos como consecuencia de la negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil, para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual, de los arts. 1902 y, en su caso, del 1903 C.C; no se trata, pues, de un conflicto laboral entre las partes, circunstancias que lo indicarían en el art. 1 L.P.L 13-6-80, pues aun teniendo el beneficiario derecho a las prestaciones que ampliamente recoge el art. 98 D. 1065/74, la base de la presente demanda responde al supuesto de daños por culpa extracontractual, padecidos por el paciente como consecuencia de una extubación, que no fue corregida de inmediato por el personal del Centro, dando lugar con ello a unas gravísimas secuelas irreversibles de coma profundo; conducta negligente del personal que prestaba sus servicios laborales por cuenta y dependencia de X., que hacen a éste responsable directo y solidario en la indemnización de los perjuicios causados; planteamiento jurídico que impide equiparar esta litis a los pleitos sobre Seguridad Social, determinantes, por razón de la materia, de la competencia jurisdiccional del orden social, según el precitado art. 1 ; mucho más si tenemos en cuenta la doctrina sobre la "vis atractiva" en favor de la jurisdicción civil ordinaria, y los "principios de Economía procesal", todo ello unido a la evidente circunstancia de la inalterabilidad del concepto de la culpa extracontractual, supuesta y estudiada en este caso, aunque la acción se dirija solamente contra X., dada la falta de identificación de las personas directamente responsables, por su intervención directa en el evento (SS. 20-2-81, 1-12-87 y 13-6-88).

MARTIN DE HIJAR⁷, quien se remite a la doctrina y la jurisprudencia en cuanto las configuran como prestaciones de medio, pero no de resultado. La Seguridad Social garantiza que el enfermo será atendido, pero no que será curado. Ni siquiera es la propia Seguridad Social la que atiende al enfermo, sino Instituciones Hospitalarias y médicos al servicio de dicha Seguridad Social, que serán los únicos responsables de su "mala artis". No sólo no existe precepto alguno que establezca la jurisdicción de los Tribunales del orden social para el conocimiento de dichas reclamaciones, sino que de la normativa legal se deduce su exclusión:

a) La equiparación que efectúa el art. 2.b LPL de la "protección al desempleo" muestra claramente hasta qué punto las reclamaciones de que conoce la jurisdicción social son las derivadas de la obligatoriedad de las prestaciones de la Seguridad Social, no de los daños originados por una defectuosa prestación sanitaria.

b) El procedimiento a seguir para tales reclamaciones no es el ordinario de la jurisdicción social, sino el especial regulado en los arts. 138 a 144 LPL, que se refiere a "accidentes de trabajo", "enfermedades profesionales", o "revisión de actos declarativos de derechos", pero no menciona en absoluto la exigencia de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio de asistencia sanitaria.

c) Resulta evidente por tanto que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios "los servicios médicos y farmacéuticos", por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria ya prestada.

d) El art. 191.2 LPL, que constituye una norma especial en los procesos sobre Seguridad Social, obligando a las entidades gestoras a consignar el capital de la pensión a constituir, es total-

mente inaplicable a los procesos en los que no se reclama pensión alguna, sino una indemnización por daños y perjuicios totalmente incompatibles con dichos preceptos.

7°.- Pero es que además, debido al carácter residual de la jurisdicción civil, reconocido por el artículo 9.2 LOPJ, cualquier duda que pudiera plantearse en tomo a la competencia civil o social, debería resolverse necesariamente en favor de la primera por la mayor amplitud del ámbito en que actúa.

5.-Atribución por la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo a los Tribunales del orden civil de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria.

La contradicción existente entre la jurisprudencia de las salas I y IV del Tribunal Supremo provocaba en la práctica que el demandante pudiera optar entre acudir a la jurisdicción civil o a la laboral. La excepción de incompetencia de jurisdicción formulada ante los Tribunales inferiores normalmente, con algunas excepciones notables ya citadas, era desestimada con fundamento en la jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo del orden a que correspondía el órgano jurisdiccional que conocía de la primera instancia. E incluso cuando un órgano inferior discrepaba de la doctrina del Tribunal Supremo, su resolución podía ser revocada por dicho Tribunal Supremo⁸.

La única forma de superar dicha jurisprudencia contradictoria era acudiendo a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, integrada por un Magistrado de cada una de dichas Salas y presidida por el Presidente del Tribunal Supremo (Art. 42 LOPJ), debiendo suscitarse el conflicto por inhibitoria ante el órgano que se considerara competente (Art. 45 LOPJ).

En la práctica tenemos noticia de dos diversos conflictos de competencia entre las jurisdic-

⁷ CONDE MARTIN DE HIJAR, Jurisdicción Social ~ Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Concurrencia ~ conflictos en materias laborales ~ de Seguridad Social. en "Terceras Jornadas de Derecho Judicial", publicadas por el Ministerio de Justicia, I, ps 205 a 244.

⁸ Las Sentencias de 20 de abril y 23 de septiembre de 1992 de la Sala IV del Tribunal Supremo fueron dictadas precisamente con motivo de recursos de casación para unificación de doctrina.

ciones civil y social planteados ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo:

a) El primero de ellos, resuelto por el Auto de 23 diciembre 1992 a que nos referiremos seguidamente, se instó por el Servei Valencià de la Salut, y fue suscitado, previo dictamen favorable del Ministerio Fiscal, por el Juzgado de 1. Instancia número 21 de Valencia, que requirió de inhibición al Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en relación con una reclamación de una indemnización de doscientos millones de pesetas basada en "la omisión de determinada prueba diagnóstica, que hubiera posibilitado el conocimiento de la malformación fetal, que a su vez hubiera propiciado la realización de un aborto eugenésico". El Auto dictado por dicho Juzgado en 30 marzo 1993 es de una gran simplicidad,⁹ acorde con la sencillez del problema planteado. No habiéndose accedido al requerimiento por el Juzgado de lo Social, se remitieron los autos a la Sala Especial de Conflictos de Tribunal Supremo.

b) El segundo, relativo a una reclamación por daños derivados del supuesto contagio del virus del SIDA con ocasión de una transfusión sanguínea, se suscitó entre el Juzgado de 1 a Instancia número 25 de Barcelona y el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, encontrándose actualmente pendiente de resolución por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. Como principales diferencias entre este conflicto y el suscitado en Valencia cabe destacar que el Ministerio Fiscal dictaminó en sentido favorable a la jurisdicción social, y que el Auto dictado en 25 junio 1993 analiza en profundidad la jurisprudencia contradictoria de las Salas I y IV, fundándose tanto en la "vis atractiva" de la jurisdicción civil¹⁰, cuanto en

⁹ "Nos encontramos ante un claro supuesto de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 CC, por cuanto el perjudicado, con independencia de ser beneficiario de la Seguridad Social, es un particular que se ve afectado en sus bienes personales y privados, que pueden sufrir perjuicio por la imprudencia de quienes le atienden... A los argumentos anteriormente indicados debe añadirse que el art. 85 LOPJ recoge el carácter atrayente de la jurisdicción civil".

¹⁰ Teniendo la jurisdicción civil una doble vertiente: la específica: "las materias que le son propias", y la residual: "todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional" (Art. 9.1 LOPJ), por lo que "siendo que la jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales ya algunas específicas relacionadas con ella (Art. 9.4)" y que "las reclamaciones en materia de seguridad social" a que alude el art. 9.4

la negativa a considerar un concepto amplísimo de prestación sanitaria¹¹, destacando además las razones de economía procesal derivadas de la pluralidad de demandados¹², así como la inadecuación del proceso laboral¹³.

LOPJ, se consideran las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Esto unido al criterio de la "vis atractiva" de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de la unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 CE, todo lo cual y ante una determinación concreta y precisa legalmente que expresa el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por una supuesta responsabilidad contractual o extracontractual del organismo público, como consecuencia de no haber utilizado las técnicas adecuadas para la detección del virus VIH en la sangre, lleva a la conclusión de que han de ser los tribunales civiles los competentes.

¹¹ "La atribución del conocimiento a la jurisdicción social, por considerar que el daño sufrido con ocasión de la asistencia sanitaria forma parte de las "prestaciones de la Seguridad Social" a que tiene derecho el perjudicado, supondría aceptar un concepto de "prestación de la 5.5" amplísima, cuya extensión no se encuentra avalada por ningún texto normativo. La asunción por parte de la Administración del servicio público de la salud determina una obligación de medios y no de resultado, asume poner los medios precisos para que el asegurado y en general el beneficiario, reciban la atención precisa para hacer frente a sus dolencias, cumplida esa exigencia el éxito o el fracaso, y en su caso, los daños personales sufridos con ocasión de las mismas, sobrepasa el límite de la asistencia sanitaria y pasa a integrarse en uno o más de los supuestos de responsabilidad civil, sin que la particularidad determine una atribución competencial diversa de las ordinarias".

¹² "Son también razones de economía procesal las que sirven de fundamento para la atribución de estas causas a la jurisdicción civil; en efecto, en este tipo de procesos lo habitual es que además del causante del daño sea codemandada la Administración en sus diversas categorías, ello ha llevado al T.S., Sala I.a a reiterar una doctrina en los siguientes términos: "Siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa que correría el riesgo de fallos contradictorios, la demanda conjunta a la Administración junto con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico".

¹³ "Siendo este proceso (el civil) el más adecuado estructuralmente, a saber: 1) Para la prueba de la relación de causalidad y la necesidad de acreditar los daños efectivamente producidos, son precisas complejas pruebas periciales que no se compaginan con la simplicidad y oralidad del juicio ante el Juzgado de lo Social. 2) La simplicidad y limitación del recurso del proceso laboral construido sobre la base del juicio verbal civil cuando se trata de cuestiones de tanta complejidad y cuantía debe existir: un trámite de contestación escrito -debe cumplirse el principio de la doble instancia, inexistente en el ámbito laboral".

El Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, sin más argumentos que los extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴, no accedió a la inhibitoria, encontrándose actualmente las actuaciones pendientes de resolución ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

Pasando ya al examen concreto del Auto de 23 diciembre 1993 de dicha Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, nos interesa destacar los siguientes puntos:

a) Ante todo, que por el Ministerio Fiscal se informó en favor de la jurisdicción civil con la sucinta argumentación de que no se trataba de "un problema de Derecho Laboral, sino de un problema de aplicación del art. 1902 y ss. del Código Civil".

b) Aun cuando el Ponente de la sentencia fue el Magistrado de la Sala I Don Alfonso Barcala, no consta existiera voto particular del Magistrado de la Sala IV, Don Antonio Martín Valverde. Es de esperar por consiguiente que el criterio manifestado en este caso Concreto por la Sala Especial de Conflictos sirva Como precedente para ulteriores resoluciones de la Sala IV de lo Social¹⁵.

c) No deja de ser significativo que dicho Auto se apoye básicamente en las resoluciones dictadas por la Sala la de lo Civil, silenciando totalmente las contradictorias emanadas de la Sala IV de lo Social.

d) Descarta la resolución estudiada cualquier conexión con la jurisdicción social, distinguiendo entre el derecho a la prestación de los servicios sanitarios, cuya efectividad corresponde declararla a la jurisdicción social, de las consecuencias deri-

vadas del resultado dañoso consecutivo a dichas prestaciones que escapa totalmente del ámbito laboral¹⁶.

e) Menor importancia tiene el argumento de dicha resolución en torno a la fundamentación de la demanda en los arts. 1902 y 1903 CC. Sabido es que en méritos del principio "iura novit curia" la aplicación del derecho corresponde a los Tribunales, que no vienen en absoluto vinculados por la denominación que las partes confieran a la acción ejercitada. Aún cuando, como ocurre con la mayoría de las demandas presentadas ante la jurisdicción social, se silencien los arts. 1902 y 1903 CC, fundando la acción en los arts. 106.2 CE o 23.1 y 98 de la Ley de Seguridad Social, habida cuenta que el real fundamento de dichas demandas son los citados arts. 1902 y 1903 CC, corresponde su conocimiento a los Tribunales Civiles.

1) Concluye la resolución recurrida con una referencia a la "vis atractiva" de la jurisdicción civil, reconocida en el art. 9.2 LOPJ.

Podría pensarse que, a partir de la resolución comentada, ha quedado definitivamente determinada la atribución a la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de asistencia sanitaria¹⁷,

¹⁴ Es significativo que los Juzgados de lo Social normalmente no aporten argumentación propia, limitándose a la cita literal de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo. y es que en realidad no existe ningún argumento jurídico convincente que justifique la intervención de la jurisdicción laboral.

¹⁵ "No cabe tampoco omitir que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de manera generalizada que a la mentada jurisdicción compete el conocimiento de los perjuicios originados en el curso de una asistencia médico-quirúrgica encuadrada en los supuestos de culpa extracontractual, y así, sin propósito exhaustivo, son de citar, entre otras, las sentencias de las fechas siguientes, en cuanto contemplan casos análogos al que nos ocupa: 20 febrero 1981, 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 y 29 junio y 23 noviembre 1990".

¹⁶ "El art. 2.b LPL concierne a las cuestiones litigiosas promovidas en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo"; los arts. 23.1 y 98 del Decreto 2065/74, de 30 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, atañen, de modo respectivo, a la responsabilidad de las Entidades gestoras de la Seguridad Social en las prestaciones cuya gestión les está atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho de las mismas, ya que la asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo, atendiendo, de un modo especial, a la rehabilitación precisa para la recuperación profesional de los trabajadores; y el art. 7 de la Ley 14/86, de 25 abril, General de Sanidad, se limita a establecer que los servicios sanitarios, administrativos y económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad del mismo. Así mismo, las consecuencias antedichas no cabe incluirlas dentro del ámbito de la acción protectora que preconiza el art. 20.1.a) del precitado Decreto 2065/74, pues una cosa es que tal acción comprenda la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo", y otra bien distinta que el resultado dañoso derivado de una asistencia de semejante índole proceda atribuirle a la jurisdicción del orden social".

¹⁷ Ello no obstante un Auto del Tribunal Supremo, Sala IV, de fecha 20 diciembre 1993, dictado tres días antes de la sentencia comentada,

pero como observaremos en los próximos apartados, la verdadera utilidad de dicha resolución ha sido exclusivamente la de impedir el conocimiento del orden jurisdiccional social, pero no prejuzga si la jurisdicción corresponde a los Tribunales Civiles con preferencia a los Contencioso-Administrativos.

6.- Problemática en torno al conocimiento de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria por los Tribunales Contencioso-Administrativos .

No podemos abordar en estas notas con la debida extensión el problema relativo a cuál de las dos jurisdicciones, la civil o la contencioso-administrativa, debe conocer de las resoluciones en materia de asistencia pública sanitaria. Nos limitaremos simplemente a exponer cuál sea la situación actual y cuál sea a nuestro entender la solución que deba adoptarse.

Mientras no puede alegarse argumento alguno en tomo a la atribución a la jurisdicción social de dicha materia, existen poderosos argumentos que apoyan la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que exprese la atribuya:

"Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley"

b) La jurisdicción del orden contencioso-administrativo "conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias" (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es posible justificar que sean los Tribunales contencioso-

administrativos quienes deban conocer las reclamaciones frente a las Instituciones sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1º,- La pretensión formulada contra la Administración sanitaria "se deduce en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo" (Art. 9,4 LOPJ), y por consiguiente pueden ser competentes los Tribunales del orden contencioso-administrativo,

2º,- Se postula la "responsabilidad patrimonial de la Administración pública" (Art. 3,b UC), y por consiguiente puede conocer también la jurisdicción contencioso-administrativa,

3º,- El precepto en que se funda la demanda en cuanto al fondo. el art. 106.2 CE, está incluido dentro del Título IV de la Constitución, que por sí solo es más que expresivo: "Del Gobierno y de la Administración",

4º,- Con fecha 27 febrero 1993 entró en vigor tanto la Ley de Procedimiento Administrativo común, aprobada por Ley 30/1992, de 26 noviembre, como el R.D. 26 marzo 1993, aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública que lo desarrolla en materia de responsabilidad patrimonial, de los que resulta en forma indiscutible la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos, ya que:

a) El art. 139 LPAC, recogiendo el texto del antiguo art. 40 LRJAE, establece que

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de 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 normal o anormal de los servicios públicos".

b) El art. 141.6 y 7 LPAC destaca el carácter administrativo de la reclamación: "la resolución administrativa... pone fin a la vía administrativa" y que "si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de desestimación".

c) El art. 143 LPAC, al regular la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado, se remite para su exigencia al procedimiento regulado en los

inadmite un recurso de casación para uniformidad de doctrina tendente a que se declare la jurisdicción de los Tribunales Civiles insistiendo en la "doctrina reiterada de la Sala que establece la competencia de este orden jurisdiccional social para el adecuado encaje de las reclamaciones indemnizatorias de daños y perjuicios causados con ocasión del tratamiento médico-sanitario dispensado por las Entidades Gestoras a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social".

arts. 142 y 143 LPAC, comunes a la exigencia de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, y recurribles por tanto en vía contencioso-administrativa.

d) La Disposición Adicional del R.D. 26 marzo 1993 aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública se pronuncia claramente a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa al disponer que:

"De conformidad con lo establecido en los arts. 2º.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 la 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 previstas en dicha Ley y en el presente Reglamento".

5º.- Era reiterada la jurisprudencia contencioso-administrativa, dictada incluso con anterioridad a dichas disposiciones legales, fijando en dichos supuestos su jurisdicción:

a) La S. 15 junio 1991, en un supuesto relativo a lesiones sufridas por una enferma como consecuencia de una intervención quirúrgica que la sentencia de instancia declara realizada en forma incorrecta, tras hacer referencia a un conflicto de competencias entre la antigua Sala VI de lo Social de este Tribunal Supremo y la Sala III de lo Contencioso-Administrativo, resuelta a favor de esta última, confirma la sentencia dictada en primera instancia, condenando al INSALUD aplicando precisamente no sólo el art. 106.2 CE alegado en el presente proceso, sino también el art. 43 CE en que se reconoce el derecho a la salud.

b) La S 15 julio 1991, revoca la recurrida que había absuelto al INSALUD de la reclamación derivada del suicidio de una enferma internada en unas instalaciones hospitalarias, declarando expresamente la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos para pronunciarse en torno a

indemnizaciones por funcionamiento anormal de los servicios públicos, reconocido por los art. 40 LRJAE y 106.2 CE.

6º.- A mayor abundamiento, las indemnizaciones a personas que hubieran contraído el SIDA con motivo de asistencia sanitaria está regulada por el RDL 9/1993, de 28 de mayo, del que interesan a los efectos del presente estudio los siguientes artículos:

a) El art. 1.a incluye dentro del RDL a las personas que "hubieran recibido tratamiento con hemoderivados dentro del sistema sanitario público antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH"

b) El art. 5 se remite expresamente para el procedimiento a seguir a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Procedimiento Administrativo Común.

Pese a dicha argumentación, la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, en Auto de 21 de junio de 1991, había declarado la jurisdicción de los Juzgados de lo Social frente a los Tribunales contencioso-administrativos, lo que había impedido en la práctica la formulación de conflictos de jurisdicción a favor de estos últimos Tribunales.

Podía pensarse que la situación había cambiado radicalmente ante el claro precepto del Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública. Pese a ello las resoluciones de que tenemos noticia hasta la fecha no han sido concordantes:

a) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha pronunciado hasta la fecha en tres ocasiones sobre el particular:

1º.- Los Autos de la Sección la de fechas 9 y 19 noviembre de 1993 han mantenido la jurisdicción de los Juzgados de lo Social con argumentos de derecho transitorio, Según dichos Autos habrá que estar al momento en que se formula la reclamación administrativa: si ésta lo fue con anterioridad al día 27 de febrero de 1993, en que entró en vigor la Ley de Procedimiento Administrativo Común, es preferible la jurisdicción social a la contencioso-administrativa en cumplimiento del

Auto de 21 junio 1991¹⁸, Con la peculiaridad de que dicha Sección la, en una interpretación rigurosa del art. 49 LOPJ, estima que no cabe recurso alguno contra la negativa a la inhibitoria¹⁹, Si por el contrario la reclamación administrativa es posterior al 27 de febrero de 1993, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo,

2°.- Aplicando dicha doctrina el Auto dictado en 16 diciembre 1993 acordó requerir de inhibición al Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona, el cual no accedió a dicho requerimiento en Auto de 2 febrero 1993, negando eficacia al RDL 429/1993, de 26 marzo, por estimar que vulnera el principio de reserva de ley e infringe el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución al vulnerar el art. 9.5 LPL²⁰.

b) Por el contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en resolución de 6 de octubre de 1993, mantiene la postura negativa de su jurisdicción anterior a la Ley y al Reglamento de Procedimiento Administrativo con la siguiente argumentación:

¹⁸ Interesa destacar que los conflictos de jurisdicción tienen en todo caso carácter relativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia únicamente podía decidir entre sostener su jurisdicción y suscitar conflicto al Juzgado de lo Social, o denegar la inhibitoria a dichos Tribunales, pero en forma alguna podía declarar la jurisdicción de los Tribunales Civiles, que no entran en dicho conflicto.

¹⁹ Personalmente discrepamos de dicha doctrina, ya que el art. 49 LOPJ se refiere tan sólo a las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia (Art. 49 LOPJ), frente a las que al igual que las de sustanciación de las cuestiones de competencia (Arts. 88,93 y 97 LEC), no procede recurso alguno. Por el contrario, de la misma forma que contra las resoluciones finales de las cuestiones de competencia, bien por declarar no haber lugar al requerimiento de inhibición (Art. 87 LEC), bien por desistir de la inhibitoria (Art. 96 LEC), proceden los recursos ordinarios, proceden también dichos recursos contra los Autos que decidan los conflictos de competencia, bien declarando no haber lugar a requerir de inhibición, bien aceptando el requerimiento de inhibición, y en este sentido se pronuncia la más reciente monografía sobre la materia: LÓPEZ SIMÓ, La jurisdicción por razón de la materia. Madrid, 1991, p. 208.

²⁰ Ello no obstante, el Auto dictado en 2 febrero 1994 del Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona mantiene su jurisdicción frente a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, remitiéndose por tanto las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que deberá pronunciarse en fecha próxima sobre dicha cuestión.

1°.- El art. 139 LPAC recoge "una cláusula de responsabilidad patrimonial clásica en nuestro ordenamiento y que tiene su reflejo en el actual art. 106.2 CE, (por la que) no puede deducirse un cambio en la situación anterior a la entrada en vigor de la norma".

2°.- Pese a que incluso en las relaciones de derecho privado (Art. 144 LPAC), el recurso procedente sea el contencioso-administrativo en méritos de la remisión efectuada por este artículo a los arts. 142 y 143, ante "el silencio que guarda la Ley respecto de la responsabilidad antes excluida, de los servicios de la Seguridad Social, cuya revisión era antes residenciada en los órganos de la jurisdicción social, cabría entender que inclusio unius. exclusio alterius, la Ley habría dejado fuera de este procedimiento único de exigencia de responsabilidad a la que se deriva de este tipo de relaciones".

3°.- Pese a entender que el RDL 429/1993, de 26 marzo, "da un salto cualitativo" resolviendo definitivamente la cuestión, no lo aplica por estimar que "a juicio de la Sala esta norma reglamentaria vulnera los preceptos legales antes citados que atribuían la competencia a la jurisdicción social para el conocimiento de estas cuestiones",

Ciertamente, es lamentable que existiendo una disposición clara y terminante que atribuye la jurisdicción a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, éstos le nieguen aplicación o la apliquen restrictivamente. El error deriva de considerar que la jurisdicción social tiene atribuido legalmente el conocimiento de dichas pretensiones. Demostrado en los apartados anteriores que nunca debió haber conocido la jurisdicción social, y habida cuenta lo dispuesto en los arts. 144, 139 y 142 LPAC, y la Disposición Adicional del RDL 429/1993, de 26 marzo, forzoso es concluir:

a) Que no estando atribuidas por la Ley Orgánica dichas reclamaciones a los Juzgados de lo Social, no cabe referirse al principio de reserva de ley ni de jerarquía normativa. Precisamente la laguna legal existente en el art. 9 LOPJ habría sido cubierta por los preceptos citados de la Ley y del Reglamento de Procedimiento Administrativo.

b) Ciertamente, el RDL 429/1993 no puede nunca prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 9

LOPJ. Pero habida cuenta que dicho art. 9.4 confía precisamente a los Tribunales del orden contencioso-administrativo " las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias", resulta evidente que dicho RDL no es contrario a la Ley Orgánica, sino que la completa, interpretando auténticamente, a falta de cualquier otra legislación superior, que las pretensiones frente a la Administración sanitaria por daños y perjuicios derivados de acto médico, deben formularse ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Cosa distinta es que dicha normativa no esté exenta de críticas, pero éstas nunca pueden prevalecer sobre las claras disposiciones legales. Las principales críticas que pueden formularse son las siguientes:

a) Ante todo, la falta de desarrollo de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda prestar la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24 CE, sería indispensable que entraran en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, lo que permitiría una doble instancia, y eliminaría los retrasos inevitables de la actual organización transitoria. Es evidente que las Salas de lo Contencioso-Administrativo carecen de medios suficientes para resolver con plenas garantías las reclamaciones derivadas de defectuosa asistencia sanitaria. Pero este reproche es común al insatisfactorio desarrollo orgánico y requiere una urgente entrada en servicio de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

b) Otra dificultad la originarían las reclamaciones formuladas no sólo contra la Administración sanitaria, sino también contra los médicos responsables del daño. La peculiar estructura del recurso contencioso-administrativo, encaminado a velar por el ajuste a derecho de los actos de la Administración, impide que los particulares pue-

dan ser condenados en vía contencioso-administrativa, produciéndose con ello una peligrosa división de la contienda de la causa, al conocer de una misma materia dos distintos órdenes jurisdiccionales por razones meramente subjetivas. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicó en dichos supuestos la "vis atractiva" de la jurisdicción civil, doctrina que estimamos debería mantenerse pese a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Procedimiento Administrativo.

7.- Conclusiones.

Aún cuando en el momento actual subsistan gran número de problemas, forzoso es reconocer que si se elimina la infundada pretensión de la jurisdicción social de conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, se aclara extraordinariamente la problemática:

a) Si la reclamación se formula simultáneamente contra la Administración Pública Sanitaria y los profesionales médicos responsables, la jurisdicción corresponde en todo caso al orden civil.

b) Si la reclamación administrativa se inició antes del día 27 de febrero de 1993 exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde también al orden civil, si bien pueden formularse serias reservas a esta conclusión.

c) Por el contrario, iniciada la reclamación administrativa con posterioridad al día 27 de febrero de 1993 exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo.

d) La jurisdicción social no puede nunca conocer de dichas reclamaciones, siendo conveniente formular conflicto de competencia por inhibitoria en todos los asuntos pendientes ante dicha jurisdicción, tanto si están en primera instancia, como en suplicación, como en casación para uniformidad de doctrina.