

Capítulo III

El ámbito competencial de los restantes órdenes jurisdiccionales

1. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Seguidamente analizaremos los expedientes conforme a los cuales la jurisdicción civil se puede seguir entendiendo competente tras la aprobación de la Ley 30/1992 y la reestructuración jurisdiccional que esta Ley trajo consigo. Además de los criterios que a continuación se exponen, debe saberse que en ocasiones el orden jurisdiccional civil sigue conociendo de asuntos en los que se reclama la responsabilidad extracontractual de la Administración sin efectuar razonamiento alguno que justifique su proceder, y en consecuencia, dando por supuesto que le corresponde esta atribución¹.

1.1. La actuación al margen del desempeño de «servicios públicos» entendidos como funciones públicas o potestades administrativas.

Como tuvimos ocasión de exponer en el Capítulo I, la expresión «servicios públicos» operó como criterio de delimitación jurisdiccional durante la vigencia

1. Como se desprende de la SAP Teruel 3 mayo 1996 (ED 1996, 1349), relativa a los daños derivados del desarrollo de un espectáculo de fuegos artificiales organizado por el Ayuntamiento de Calamocha, quien había sido demandado conjuntamente con la empresa pirotécnica que realizó la exhibición. Por la naturaleza del asunto, cabe sospechar que la razón que justifica su atribución al orden civil radica en el argumento de su *vis atractiva*, que analizaremos más tarde. Sin embargo, la sentencia no recoge pronunciamiento alguno en este sentido, limitándose a proclamar la personalidad jurídica de que disfruta la Administración, lo que le otorga capacidad procesal pasiva en el asunto. En el mismo sentido, *vid.* la SAP Avila 28 septiembre 1995 (ED 1995, 953), que resuelve una reclamación de indemnización dirigida contra el INSALUD, dándose además la circunstancia de que la representación del organismo no alegó en el proceso su falta de legitimación pasiva; también, la SAP Avila 14 diciembre 1995 (ED 1995, 1139), que conoce de un supuesto de responsabilidad administrativa extracontractual, dirigida en este caso contra RENFE, sin pronunciarse sobre la inadmisibilidad del recurso; y la SAP Cáceres 3 julio 1996

de la LRJAE, debido a la asimilación que tanto el orden civil como el contencioso-administrativo efectuaron entre esta fórmula y la de «relaciones de Derecho público» contenida en el artículo 41 de la misma Ley. Este proceder se ha prorrogado, tras la aprobación de la Ley 30/1992, a supuestos en los que sus preceptos ya resultan de aplicación, siendo así que *algunos Tribunales civiles se han entendido competentes para conocer de las demandas de reparación dirigidas contra la Administración, al considerar que la actuación encausada tuvo lugar al margen del desempeño del servicio público*. En este sentido, la SAP Soria 21 mayo 1996 (ED 1996, 1728), razona que:

Con relación a la excepción de falta de jurisdicción, conviene anticipar la discrepancia que mantenemos respecto de la tesis de la «unidad del fuero» propugnada por la parte demandada según la cual, a raíz de la Ley 30/1992 (...) toda responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que fuese el tipo de relación de la que nazca, ya pública ya privada, debe exigirse ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. A nuestro juicio, la Ley 30/1992 no instaura la citada unidad de fuero. Por tanto, persiste la interpretación que, en orden a las reclamaciones frente a la Administración, deslinda el ámbito civil y el contencioso-administrativo considerando que cuando la lesión a los particulares sea consecuencia de una actuación administrativa o del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos su enjuiciamiento corresponde a los órganos contencioso-administrativos, mientras que cuando surja de relaciones de Derecho privado o de un hecho civil de naturaleza estrictamente jurídico-privada, la competencia reside en el orden jurisdiccional civil.

Existen otros muchos pronunciamientos coincidentes con el apuntado², que citamos por resultar el más elocuente de todos. En su virtud, cualquier daño

(ED 1996, 1921), que rechaza la excepción de falta de jurisdicción por falta de litisconsorcio pasivo necesario, con base, únicamente, en que se ha ejercitado una acción relativa al art. 1902 CC.

2. Por ejemplo, la SAP Las Palmas 4 diciembre 1995 (ED 1995, 779), acepta la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer, nada menos, que de la pretensión por resarcimiento dirigida contra un Ayuntamiento por los daños derivados de la retirada de un vehículo de la vía pública. El pronunciamiento sostiene que: «La Ley 30/1992 (...) ha derogado expresamente los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en sus artículos 139, 142, 69 y 144, si bien tiene en cuenta la distinción en la responsabilidad de las Administraciones Públicas según que actúen en relaciones de Derecho Público o de Derecho Privado, no utiliza, sin embargo, la distinción, a los efectos de determinar la atribución de una u otra jurisdicción, remitiendo en ambos casos al procedimiento sentado en los artículos de la propia ley (...). A efectos de la competencia atribuible a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, deben distinguirse los llamados “actos de administración” de los actos administrativos, mereciendo esta naturaleza únicamente los que emanan de la Administración Pública como consecuencia de un actuar de ésta con facultad de “imperium”»; con base precisamente en esta reflexión, y a pesar del supuesto encausado, se considera competente para conocer del asunto.

Asimismo, la SAP Toledo 7 mayo 1996 (ED 1996, 1615), al conocer de un supuesto en el

derivado de actividades materiales o de ejecución sería residenciable a efectos de responsabilidad ante el orden civil. El planteamiento, completamente imprevisible tras una aproximación desapasionada a la dicción literal de la Ley, sorprende en extremo. Al observar estos argumentos se diría que el artículo 41 LRJAE, aparentemente derogado y sustituido por otro de signo contrario, sigue encontrándose vigente, y resulta además susceptible de las mismas interpretaciones extensivas de que fue objeto durante su vigencia. De generalizarse este criterio, se restablecería el régimen de libre opción jurisdiccional imperante durante la vigencia de la LRJAE, en relación con los daños derivados de actividades

que se reclamaba responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por la caída de un árbol situado en dominio público adyacente a una carretera, comienza por sostener que la Ley 30/1992 no es instrumento válido para alterar el reparto de jurisdicción que resulta del art. 9 LOPJ; a continuación, afirma que el art. 9.2 de dicha Ley centra «la competencia contencioso-administrativa en el “acto administrativo”, acto reglado, que requiere una previa decisión de competencia administrativa, pero cuando el supuesto no se encuentra incardinado en dichas reglas, administrativamente no merece el calificativo de acto sino de “hecho”, cuyo enjuiciamiento, en virtud de la *vis atractiva* reiterada por la Jurisprudencia, debe someterse al conocimiento de los Tribunales Civiles». El pronunciamiento es suficientemente expresivo (y sorprendente) para merecer cualquier comentario adicional.

También de la AP Toledo es la Sentencia de 15 enero 1996 (ED 1996, 1124), relativa a una reclamación de daños derivados del escape de agua en la red municipal de abastecimiento de un municipio. En ella se vierte asimismo el razonamiento de que la LRJ-PAC no puede alterar el reparto de jurisdicción previsto por la LOPJ, para sostener a continuación: «En supuestos como el presente, en que la entidad demandante no impugna ningún acto o resolución administrativa, como la que pudiera ser la que pone fin al procedimiento seguido por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado, sino que acciona con fundamento en el acto mismo del que podría surgir dicha responsabilidad patrimonial de la Administración, y ostentando este acto un carácter eminentemente civil, pues se trata de una acción u omisión negligente generadora de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, sería la jurisdicción ordinaria la competente para su conocimiento (...). Un mismo hecho es susceptible de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración en base a la especial regulación citada, pero también puede producir el nacimiento de la obligación resarcitoria instituida por otras ramas del Derecho, ya que aquella no es excluyente de la establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil». Como se observa, la sentencia considera que *el procedimiento de responsabilidad administrativa extracontractual tiene carácter meramente potestativo* frente a los daños materiales derivados de la actividad administrativa, y si el particular prefiere no articular este procedimiento, podría reclamar la reparación del daño ante el orden civil, razonamiento que difícilmente encuentra encaje en la Ley 30/1992.

La SAP Vizcaya 18 marzo 1996 (AC 1996, 463), recoge planteamientos similares a los anteriores. Así, después de razonar que los arts. 40 y 41 LRJAE ya se encuentran derogados, afirma no obstante que: «en supuestos como el analizado, la intervención de la Administración pública, no puede alterar la situación, porque al hacerlo en estos supuestos (...) no lo hace con la potestad o imperio que le es característica, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público, sino privado. Por todo ello, procede desestimar la referida excepción de incompetencia de jurisdicción».

materiales o de ejecución (no así de actos administrativos restrictivos de derechos subjetivos). Y nótese que, cuando se enjuicia una actividad material de la Administración (o «hecho jurídico», como lo califican las sentencias citadas), lo que se pone a prueba verdaderamente no es la corrección de la actividad material misma, sino la de su origen jurídico (el acto que la apoya y revalida), que sólo de manera artificiosa cabe desligar de su ulterior ejecución material. Ello fue el principal motivo de reforma en la materia, sin que el esfuerzo legislativo invertido parezca haber deparado todavía resultados terminantes y definitivos.

Una vez más, el reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual se sumerge en el desconcierto, y da pie a la formulación de posicionamientos difícilmente inteligibles para el intérprete, habida cuenta de la literalidad de los textos legales. Incluso en los extremos que deberían resultar más claros y pacíficos, se instala de nuevo la confusión. De generalizarse el planteamiento, los resultados serían evidentes: volvería a instaurarse en la práctica un sistema de libre opción jurisdiccional, en el que tanto el orden civil como el contencioso-administrativo se pronunciarían sin obstáculos competenciales sobre cualquier pretensión de resarcimiento patrimonial dirigida contra la Administración pública, lo que no se corresponde con el diseño jurídico-positivo de la materia, ni con la lógica del sistema procesal de reparto competencial vigente.

1.2. Las vías de hecho.

Una actuación en vía de hecho constituye, por definición, una acción al margen del ejercicio de potestades administrativas, que sitúa a la Administración en el mismo nivel que los particulares, y puede determinar la generación de responsabilidad extracontractual. Con base en estas circunstancias, el orden jurisdiccional civil viene reconociendo su propia competencia para conocer de las demandas de responsabilidad extracontractual dirigidas contra la Administración sin apoyo legal previo, criterio que se mantiene, como es natural, incluso tras la aprobación de la Ley 30/1992³. Nada puede reprocharse a esta actitud, que resulta coherente con la figura de la vía de hecho, aunque cabe plantearse la conveniencia de que el ordenamiento jurídico persista en mantener un régimen como el establecido en la materia, sin distinción alguna de supuestos. Siendo cierto que, mediante la vía interdictal, la jurisdicción civil es susceptible de deparar una tutela judicial adecuada e inmediata frente a las usurpaciones de dominio, no lo es menos que, en materia de responsabilidad extracontractual,

3. *Vid.* SSAP Sevilla 15 abril 1993 (AC 1993, 830) y 17 mayo 1993 (AC 1993, 1047). Con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1992, *vid.* este mismo argumento en la STS 1 abril 1995 (RJ 1995, 2926).

resultaría más apropiado preservar en exclusiva el régimen jurídico-público, que presenta un mayor nivel de garantismo, al operar con criterios más flexibles de imputación. En efecto, la vía de hecho es perfectamente asimilable en muchos casos a los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, y precisamente en razón de esta circunstancia, los Tribunales contenciosos pueden conocer de la materia, por lo que en este sentido se instituye un régimen de dualidad jurisdiccional, que se corresponde asimismo con la dimensión jurídica de la vía de hecho en nuestro ordenamiento. La reconducción del reparto jurisdiccional articulado en la materia pasaría por potenciar la tutela cautelar del orden contencioso-administrativo, y reconocerle la competencia exclusiva frente a la actividad de la Administración, incluso cuando la misma incurriera en vía de hecho; problemática que excede las dimensiones de este trabajo, y en la que no conviene abundar.

1.3. La equidad y la justicia material como parámetros de extensión competencial en el orden civil.

Un tercer argumento con el que el orden jurisdiccional civil opera para ampliar su competencia a la responsabilidad extracontractual de la Administración es el principio de equidad. En su virtud, los Tribunales civiles resuelven estos asuntos, aun confesando abiertamente su incompetencia para hacerlo, al estimar que debe evitarse al justiciable un peregrinaje jurisdiccional que sólo depararía un retraso en la satisfacción procesal de sus pretensiones⁴.

Aunque pueda compartirse la preocupación que estas sentencias demuestran por la posición de los administrados, no cabe decir lo propio de los resultados que deparan. Si el orden civil no es competente para conocer del asunto, la lógica procesal exige que lo inadmita, incluso sin necesidad de que se hubiera sustanciado una excepción dilatoria de incompetencia, por cuanto este vicio es de orden público y debe ser apreciado de oficio por el Tribunal. En tal sentido, ha de recordarse el principio *dura lex, sed lex*, que impide sobreponerse a los

4. Así, STS 5 julio 1983 (RJ 1983, 4068). Tras la aprobación de la Ley 30/1992, y en relación con asuntos a los que esta Ley ya resulta de aplicación, puede consultarse la SAP Las Palmas 4 diciembre 1995 (ED 1995, 779), en la que se considera motivo valedero para justificar la competencia del orden civil «la evitación de lo que ha venido a llamarse “peregrinar” de actuaciones materiales, que mal concuerda con el principio constitucional de tutela efectiva (Sentencias de 25 octubre y 5 diciembre 1989), y las exigencias de la buena fe a que se refiere el art. 7.1 del Código Civil, así como el abuso de derecho, puesto que abuso entraña, como indica la última de las sentencias mencionadas [de las que no se ha indicado el Tribunal de procedencia], que la Administración consiga iniciar un nuevo camino procesal que de ningún modo significaría para el incremento de las garantías en defensa de sus derechos».

textos normativos a pesar de que, en ocasiones, comporten consecuencias aparentemente injustas. Máxime al recordar que, como el propio Tribunal Supremo tiene sentado, la equidad sólo es de aplicación cuando no exista precepto legal aplicable al caso⁵, lo cual no sucede en relación con el tema tratado, en el que el ordenamiento jurídico ha previsto cuál es el reparto de jurisdicción aplicable en materia de responsabilidad administrativa extracontractual. Verdaderamente, poco más puede decirse en la cuestión, salvo el hecho de que esta generosidad del orden civil resulta muy poco ejemplarizante para los recurrentes, quienes, al no ser convenientemente reprendidos mediante sentencias desestimatorias o pronunciamientos de inadmisión, no encuentran obstáculo a la reiteración de sus demandas, trasladando el encausamiento de la Administración desde su jurisdicción específica hacia otra diferente⁶. Y por último, debe percibirse la servidumbre que generan estos pronunciamientos en relación con la evolución normativa que, eventualmente, se produzca en la materia, pues aun en el caso de que del ordenamiento jurídico se desprenda con total claridad cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de estos asuntos, el civil se vería obligado a resolver las demandas a pesar de no serlo, para no incurrir en abiertas contradicciones con su propio poso de doctrina en la cuestión.

5. *Vid.*, entre otras, SSTS (Sala 1.ª) de 3 febrero 1995 (RJ 1995, 737) y 8 octubre 1992 (RJ 1992, 7539). En esta última puede leerse: «ha de tenerse en cuenta que la equidad en sentido estricto no es fuente del Derecho, antes bien como está configurada en el Código Civil, es una regla de interpretación y en su caso de aplicación de las leyes y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de vacío legal».

6. En análogo sentido ha comentado la doctrina civilista pronunciamientos semejantes a los expuestos: «Una de las manifestaciones de la inseguridad que rodea a este problema es la existencia de sentencias de nuestro Tribunal Supremo que, guiadas sin duda por un loable propósito de justicia material, se inspiran en razonamientos técnicamente dudosos pero movidos por el objetivo de evitar que el perjudicado demandante se convierta en víctima del sistema de dualidad de jurisdicciones, eliminando así el riesgo (como veremos, alguna sentencia habla de "juego de azar") que entraña la elección de unos u otros órganos judiciales a la hora de entablar la reclamación»; cfr. DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 428. El propio autor efectúa comentarios adicionales en la materia en las pgs. 444 y ss. de la propia obra.

«Desde el punto de vista de la equidad, no cabe ninguna duda de que las reflexiones del Tribunal son acertadas. Pero sería una lástima que se utilizaran para justificar el actual estado de cosas: desconocimiento o aplicación indebida de los datos normativos por parte de la jurisprudencia civil dominante y consecuente incerteza jurídica absoluta sobre los temas de este trabajo»; cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, *op. cit.*, pg. 62.

En cambio, se manifiesta partidario del criterio FERNÁNDEZ DE BOBADILLA CAMPOS, F.: «Competencia jurisdiccional para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración», *La Ley*, 1986-4, pgs. 583 y ss. El trabajo es un comentario a la STS 1 julio 1986 (RJ 1986, 4559), que se sirve asimismo del criterio de la equidad para atribuir la competencia del asunto al orden civil.

1.4. La responsabilidad extracontractual de las empresas mercantiles en mano pública, y la postergación del artículo 106.2 de la Constitución Española.

Como señala MONTROYA, la interpretación que en su momento efectuamos del artículo 2.2 LRJ-PAC supone que «quedan al margen del concepto de Entidades de Derecho público las personificaciones instrumentales de Derecho privado, es decir, básicamente las sociedades estatales mercantiles del artículo 6.1, a) TRLGP, aunque ejerzan potestades administrativas. Por consiguiente, con esta interpretación, queda a la discrecionalidad de la Administración su sujeción a la Ley 30/1992, al procedimiento administrativo común, aun en el caso de ejercicio de funciones públicas»⁷. En efecto, una de las consecuencias más sorprendentes de la autoorganización administrativa, conforme a los términos en que actualmente se plantea la ordenación del sector público, es que por un mero arbitrio coyuntural, con entera libertad de acción, y mediante un acto puramente formal, puede decidirse la exclusión de la actividad de un determinado ente del régimen jurídico-público, para someterlo al Derecho privado. Lo conocido del tema en su vertiente general elude la necesidad de abordar aquí su exposición detallada; pero hemos de destacar las consecuencias que de ello se derivan en relación con el reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración.

Debido a consideraciones de orden dogmático, actualmente el régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual opera únicamente cuando el sujeto del sector público que causa el daño se encuentra sometido a la LRJ-PAC. Caso contrario, la responsabilidad que eventualmente pueda existir deberá exigirse conforme al Derecho civil, y ante su jurisdicción específica. En consecuencia, la creación de una empresa mercantil que asuma funciones públicas comporta la exclusión del régimen de responsabilidad administrativa, sometiéndose su actividad al régimen civil de responsabilidad extracontractual.

Para ilustrar esta afirmación puede recurrirse a algún ejemplo concreto. Así, el representado por «Inturjoven, SA». Esta empresa, creada por la Comunidad Autónoma de Andalucía⁸, desempeña funciones de carácter público, como la gestión de instalaciones turísticas públicas o la realización de obras de infraestructura⁹. El simple hecho de que se constituya una empresa privada que realice

7. Cfr. MONTROYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pg. 484.

8. La Ley andaluza 5/1983, de 19 julio, de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, establece en su art. 6.1, a) que tendrán la consideración de empresas de la Junta de Andalucía las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Junta o de sus organismos autónomos». Mediante Decreto 153/1990, de 22 mayo, se crea la «Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, SA» (Inturjoven, SA).

9. Según el art. 2 del Decreto citado, «La sociedad tiene por objeto: a) La gestión de instalacio-

actuaciones que previamente desempeñaba directamente la Administración territorial supone, *ipso iure*, que el régimen de responsabilidad administrativa extracontractual que les resultaba de aplicación quede excepcionado, y opere en su lugar el dispuesto por el Derecho civil. De la misma manera, la financiación y ejecución de las obras de infraestructura que requería la celebración de los mundiales de esquí en Granada se canalizó a través de una sociedad mercantil, de manera análoga a lo que sucedió con las Olimpiadas de Barcelona¹⁰, o con la Exposición Universal de Sevilla¹¹. Este tipo de operaciones resulta muy frecuente, y en el futuro puede serlo aún más¹².

El artículo 106.2 CE remite al legislador la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual. Parece que si la ley

nes juveniles y cualesquiera otras de similares características que sean cedidas en uso a la misma por la Comunidad Andaluza y adscritas a la Consejería de Cultura, así como la de aquellas de propiedad privada o de otros entes públicos, sobre las que se establezcan convenios o consorcios. b) La planificación y gestión de los servicios de turismo juvenil que se presten por la Comunidad Autónoma, así como la de aquellos que pudiera recepcionar la misma de la Administración central. c) La elaboración de planes y ejecución de programas y trabajos que resulten necesarios para la mejor prestación de servicios a los jóvenes. d) La realización de obras de infraestructura, tanto de remodelación y acondicionamiento como de nueva construcción de instalaciones juveniles de la Comunidad Autónoma Andaluza. e) La redacción de estudios e informes, la prestación de servicios en materia de juventud y, de forma general, cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, consecuencia o desarrollo de las anteriores».

10. Vid. MALARET I GARCÍA, E.: *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona*, Civitas, Madrid, 1993.
11. Vid. NAVARRO PALACIOS, M.: «Las entidades instrumentales de las administraciones públicas: "Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, SA"», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Civitas e Instituto García Oviedo, Madrid, 1994, pgs. 1283 y ss.
12. Por ejemplo, los servicios sanitarios de urgencias y algunos hospitales públicos vienen configurándose recientemente como empresas públicas dependientes de los entes gestores del sistema de salud; así, por Ley 2/1994, de 24 marzo (desarrollada por el Decreto 88/1994, de 19 abril), la Comunidad Autónoma de Andalucía creó la «Empresa pública para la Gestión de los Servicios de Emergencias Sanitarias»; y la Disp. Adic. 18.ª de la Ley 4/1992 (desarrollada por el Decreto 104/1993, de 3 agosto), creó la «Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol». Desde aquí hasta la constitución de estos entes como sociedades mercantiles en mano pública sólo resta un paso.
Lo propio cabe decir de los puertos, los aeropuertos, o la RENFE.
La SAP Madrid de 16 de diciembre de 1996 (ED 1997, 518), aborda, precisamente, un asunto ilustrativo de cuanto se dice. Trata sobre los daños sufridos por unos viajeros del Metro de Madrid (SA), en las escaleras mecánicas. La Sentencia reconoce que el Metro presta un transporte ferroviario, del que son parte inseparable las escaleras mecánicas, a pesar de lo cual conoce del asunto y lo resuelve.

excluye de la aplicación de este régimen a entidades en mano pública con forma de personificación jurídico-privada, ello concordaría con el Texto Constitucional. Sin embargo, como tuvimos ocasión de comprobar en los Capítulos I y II, la acepción más extendida de la expresión «servicios públicos» la refiere al conjunto de la actividad administrativa, con independencia de la relación jurídica de fondo en la que se genere el daño. Cuando se aprueba la Constitución Española, la actividad materialmente administrativa del sector público se canalizaba mediante formas de personificación jurídico-públicas. La generalización del recurso a la empresa mercantil como instrumento de la actividad administrativa es un fenómeno posterior a esa fecha. Por ello, cabe cuestionarse la constitucionalidad de la exclusión del régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual que se consigue mediante la creación de sociedades mercantiles en mano pública que desempeñan actividades materialmente administrativas.

Debido al fenómeno privatizador, la actividad que venía desempeñando la Administración territorial se deriva masivamente hacia regímenes jurídico-privados. Pero, ¿resulta posible sostener que no se trata de una actividad administrativa, en el sentido constitucional, por cuanto es realmente un ente del sector público quien la desempeña? Si el artículo 106.2 CE quería referirse al conjunto de la actividad administrativa mediante el término *servicios públicos*, no parece legítimo extraer esa actividad del régimen constitucionalmente previsto para ella mediante una simple transformación formal de la persona jurídica que la desempeña¹³. Como tuvimos ocasión de sostener en el Capítulo I, no resulta

13. En el mismo sentido se ha escrito que «para que la responsabilidad cumpla adecuadamente ese papel profiláctico su régimen y regulación no debe depender de las formas organizativas, de régimen o de personificación, que adopten las Administraciones Públicas»; cfr. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 29. No obstante, el autor ciñe el razonamiento al ámbito organizativo jurídico-público, pues señala más adelante (pg. 52) que «la exclusión de las empresas públicas con fórmulas de personificación privada y régimen jurídico igualmente privado sí parece justificada». De otro lado, *vid.* otras afirmaciones semejantes del propio autor en relación con el problema apuntado en su trabajo «Medio ambiente y responsabilidad de la Administración», *REDA*, núm. 11, 1976, pgs. 646 y ss.

Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 168 y ss. y 173 y ss., entiende que en relación con los daños derivados de la actividad de las empresas mercantiles en mano pública debe aplicarse la doctrina del «levantamiento del velo» en orden a responsabilizar a la Administración de la que dependan. El razonamiento parece limitarse a la obligación de reparar, sin que llegue a plantearse la necesidad de que en estos casos la actividad lesiva se someta al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual.

En análogo sentido, sostiene MONTOYA MARTÍN, E.: *La empresa pública...*, *op. cit.*, pg. 554: «La responsabilidad extracontractual de la Administración requiere como primera condición que el daño dimane de un Ente público. De ahí que la responsabilidad extracontractual de los entes instrumentales bajo formas de personificación de Derecho privado se regule

posible disociar el daño que la Administración provoca en relaciones de Derecho público o privado, por cuanto la sujeción formal de la Administración al Derecho privado trae causa de las funciones públicas que tiene atribuidas, y se dirige a conseguir su dispensación con un mayor grado de eficacia, pero no con el debilitamiento de garantías jurídicas que alcanzan rango constitucional. Lo mismo sucede en el supuesto en examen, aunque con una dimensión más amplia: la creación de una empresa privada significa, de hecho, que en lugar de someter *parcialmente* al Derecho privado la actividad de la Administración, la derivación se produce *por entero*. Si cuando la Administración territorial actúa en relaciones de Derecho privado sigue vinculada por el régimen jurídico-administrativo (de alcance constitucional) de responsabilidad extracontractual, lo mismo debe suceder, a mi juicio, cuando se crea una persona privada que canaliza el desempeño de funciones públicas. De otro modo, se postergaría el régimen constitucional de responsabilidad administrativa, que es de carácter objetivo y, por consiguiente, más garantista que el civil.

El principal escollo con que nos encontramos en orden a redimensionar el alcance del artículo 106.2 CE se encuentra en el artículo 149.1.18.^a del mismo Texto e, indirectamente, en el actual concepto de Administración pública que se maneja en nuestro ordenamiento. El artículo 149.1.18.^a establece que corresponde al Estado la competencia legislativa para determinar el régimen jurídico de la responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Pero las sociedades mercantiles públicas no reciben tal calificativo, al considerarse que su forma jurídico-privada de organización no las hace meritorias de una cualidad o naturaleza jurídico-pública¹⁴. De modo que se bloquea dogmáticamente la aplicación

en principio por el Código Civil. Ello debe ser así, cuando la actividad que lleven a cabo sea estrictamente de carácter comercial o industrial, pero debe exceptuarse en los supuestos de gestión de servicios y funciones públicas. En estos casos, debe imponerse el régimen de la responsabilidad extracontractual objetiva y enjuiciarse, consiguientemente, por la jurisdicción contencioso-administrativa». En apoyo de esta postura, la autora cita el trabajo de PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991, pg. 129, en el que se recoge un planteamiento similar.

Por último, es común en la doctrina afirmar que, cuando el ente enclavado en el sector público desempeña servicios públicos, se encuentra sometido al régimen de responsabilidad administrativa extracontractual, al quedar comprendido en la regulación que al respecto establecen los arts. 121.2 y concordantes de la LEF. Los trabajos más recientes que inciden en la cuestión, y recogen las principales aportaciones doctrinales al respecto, son los debidos a GARCÍA ALVAREZ, G.: «Sobre la responsabilidad extracontractual de RENFE», *REDA*, núm. 74, 1992, pgs. 281 y ss. y CARBONELL PORRAS, E.: «Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos: régimen de responsabilidad», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1994, pgs. 1071 y ss.

14. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones la naturaleza jurídica-pública de las sociedades mercantiles en mano pública. Así, en la STC 35/1983, de 11

del artículo 106.2 CE debido a una construcción doctrinal que se refleja en el desarrollo legislativo estatal del artículo 149.1.18.^ª CE. En mi opinión, por el contrario, las empresas mercantiles en mano pública deben merecer el calificativo de Administración pública en nuestro ordenamiento, al menos a ciertos efectos, y la responsabilidad administrativa es uno de ellos. En este sentido, una sociedad anónima pública que causa un daño extracontractual debería someterse al régimen de la responsabilidad administrativa, pues la actividad que desempeñan encaja perfectamente en el concepto de servicios públicos que se plasma en el artículo 106.2 de la Constitución Española¹⁵.

Sin embargo, este planteamiento no se refleja aún en nuestro Derecho positivo. Ello quiere decir que, para reconducir la actividad de estos sujetos al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual, sería preciso abordar una reforma legislativa que declare la sujeción (cuando menos parcial) de estas entidades a la Ley 30/1992, y por consiguiente, que articule la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa en la materia. Todo lo expuesto en este epígrafe tiende a demostrar su necesidad, en orden a racionalizar el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa, recuperando su correcta dimensión constitucional, y encomendando su conocimiento y determinación al orden jurisdiccional que se encuentra en mejor disposición para ello.

1.5. Concurrencia de un sujeto privado en la producción del daño: la continen- cia de la causa y la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil.

El daño extracontractual que soporta un particular puede serle infligido a) por el personal propio de la Administración o por los agentes de ésta; b) por

mayo (RTC 1983, 35), se declara que TVE, SA, es un ente que se encuentra englobado en el concepto genérico de «poderes públicos» que aparece en la Constitución; y en la STC 14/1986, de 31 enero (RTC 1986, 14), se afirma que «la creación de una forma societaria atípica» supone incidir en «el régimen jurídico de las Administraciones públicas», pues si alguna institución puede encuadrarse en esta fórmula del modo más absoluto, ello es «precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación». Nótese que el Tribunal Constitucional no sólo califica de administraciones públicas a los entes societarios en mano pública, sino que además considera que la determinación de su régimen jurídico se encuentra incluida en la fórmula constitucional «régimen jurídico de las administraciones públicas» que aparece en el art. 149.1.18.^ª CE. Si ello es así, también puede afirmarse que la actividad de estos entes se encuentra incluida en la expresión constitucional «servicios públicos» que aparece en el art. 106.2 CE.

15. Por la dimensión y finalidad de nuestro trabajo, no resulta posible detenerse ahora a analizar el modo de incluir estos entes en el concepto de Administración pública, aunque en mi opinión, sería posible hacerlo conforme a los criterios que maneja cada una de las teorías existentes al respecto, sin que ello cuestione su propia coherencia interna.

los concesionarios de servicios públicos y contratistas de la Administración; c) conjuntamente por la Administración y un particular no vinculado a ella mediante relaciones de servicio público. En los tres casos puede existir responsabilidad extracontractual de la Administración (exclusiva o concurrente). A pesar de que cada una de estas cuestiones merece un encuadre sistemático diferente, en todas ellas se presenta un mismo problema de fondo, que condiciona el reparto de jurisdicción articulable en la materia, a saber: el hecho de que junto a la Administración, se recurre contra un particular¹⁶.

A) *La inoperancia de estos criterios jurisdiccionales de atribución competencial en materia de responsabilidad administrativa extracontractual.*

El orden jurisdiccional civil se entiende competente con generalidad para conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual de la Administración cuando junto a ésta se recurre contra un particular, lo que sucede en cualquiera de los tres supuestos anticipados. El principal argumento que maneja el orden civil para extender su competencia en este caso es el de su *vis atractiva*, que, según sus propias afirmaciones, le habilita a conocer de los procesos en que se manifieste litisconsorcio pasivo entre la Administración y un particular en materia de responsabilidad extracontractual, incluso cuando se trate de relaciones de Derecho público o del desempeño de servicios públicos entendidos como funciones administrativas. La reciente jurisprudencia, recaída tras la aprobación de la Ley 30/1992, y en supuestos a los que el nuevo régimen de la materia resulta de aplicación, confirma y reproduce estos clásicos planteamientos¹⁷, que también se encuentran respaldados por la doctrina del Tribunal de

16. Como acertadamente se ha advertido en este punto, «El dilema, pues, radica en que al existir pluralidad de demandados, las Administraciones públicas, actuando en la gestión de servicios públicos, sean los particulares atraídos a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando estén implicados en daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»; cfr. CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pg. 242.

17. *Vid.* SAP Cáceres 21 febrero 1995 (AC 1995, 218). La sentencia analiza el art. 144 LRJ-PAC, y aceptando el cambio de situación que representa en relación con las demandas dirigidas en exclusiva contra la Administración, preserva no obstante la anterior jurisprudencia recaída en relación con la *vis atractiva* del orden civil, y sostiene su propia competencia cuando junto con la Administración se demanda a un particular. *Vid.*, asimismo, la SAP Pontevedra 15 mayo 1996 (ED 1996, 1331) y la SAP Las Palmas 4 diciembre 1995 (ED 1996, 779).

Por su parte, la SAP Salamanca 18 abril 1996 (ED 1996, 1462), sostiene que sigue siendo posible proclamar la competencia jurisdiccional del orden civil con base en el argumento de la *vis atractiva*, siempre que «concurran condiciones objetivas de naturaleza y extensión de la obligación reclamada que justifique la dirección de la demanda frente a la Administración y el particular conjuntamente, no bastando pues el mero voluntarismo del actor», razón por la que entiende que en el caso analizado no resulta competente el orden civil.

Conflictos de Jurisdicción en la materia¹⁸, pero no son compartidos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹⁹. La base argumental de las sentencias radica en la inconveniencia de separar la contienda de la causa, esto es, la desaconsejabilidad de dividir en dos pleitos diferentes el análisis procesal de la responsabilidad de la Administración y la que es propia del funcionario o agente.

Así, en la SAP León de 23 de septiembre de 1996 (ED 1997, 196 y 819), puede leerse: «Esta Sala se ha hecho eco en anteriores resoluciones de la controversia existente en orden a la determinación de cuál sea el orden jurisdiccional competente cuando se trata de exigir responsabilidad extracontractual a las administraciones públicas (...). La entrada en vigor –producida el 25 de febrero del 93– de la Ley 30/1992, antes citada, supuso la derogación de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) y la introducción de un nuevo régimen –art. 144 Ley 30/1992–, que pese a su aparente claridad, entendemos no ha resuelto definitivamente la cuestión ni puesto fin a la controversia, pues, producida la entrada en vigor de la nueva Ley, la jurisprudencia de la Sala 1.^a continúa proclamando que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, se impone la *vis atractiva* de la jurisdicción civil (...). Por ello, entendemos nosotros, debe mantenerse la competencia de la Jurisdicción Civil en los supuestos –como el de antes– en que la Administración es demandada conjuntamente con una persona –física o jurídica– privada, siempre que exista un vínculo de solidaridad entre ellas, cuidándose de evitar (...) que la vinculación de los codemandados dependa del mero voluntarismo del actor, debiendo hacerse depender de condiciones objetivas referidas a la naturaleza y extensión de las obligaciones reclamadas».

El mayor inconveniente que presenta esta formulación es la posibilidad de instrumentalizar el mecanismo procesal del litisconsorcio, recurriendo estratégicamente contra el funcionario o particular causante del daño y la Administración, a los solos efectos de derivar hacia el orden civil asuntos que, en pura lógica, sólo deberían ser conocidos y resueltos por el orden contencioso-administrativo. Como tuvimos ocasión de exponer en el Capítulo II (§6.1), la Administración, en tanto persona jurídica, actúa siempre por mediación de sujetos

18. Como confirma el reciente análisis de MESTRE DELGADO, J. F.: «Crónica...», *op. cit.*, pgs. 346 y ss. Algunos de los pronunciamientos recaídos al respecto son los de 4 abril 1994 (RJ 1994, 3195) y 20 junio 1994 (RJ 1994, 5025).
19. Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «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», publicado como anexo a su monografía *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pg. 7, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo entra a conocer de los supuestos en que junto a la Administración han participado sujetos terceros en la generación del daño, circunstancia que es ponderada a efectos de atemperar la responsabilidad de la Administración, pero sin que la Sala se pronuncie sobre la posible responsabilidad del particular.

físicos, por lo que toda actuación administrativa resulta imputable en último extremo a un particular determinado. El orden civil se entiende competente, en primer lugar, para conocer de las pretensiones de responsabilidad dirigidas contra los particulares, y seguidamente, en virtud de la *vis atractiva*, arrastra junto a él a la Administración, siendo así que el objeto del recurso no resulta ser propiamente la exigencia de responsabilidad del particular, sino de la Administración misma, cuya condena, en la práctica, la erige finalmente en responsable único del daño²⁰. No se discute que deba ser así, sino el modo de conse-

20. Como ejemplo de la instrumentalidad consustancial a ciertas demandas, cabe citar la STS 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9209). Se encausan los daños derivados del derrumbamiento de un edificio privado, declarado en ruina por la Administración. La jurisdicción civil se entiende competente para conocer del asunto con base en el hecho de que la Administración es demandada junto a los propietarios de inmueble. El conocimiento del asunto permite al ponente alegar que ha existido una evidente negligencia de la Administración, al no proceder a la ejecución subsidiaria de la demolición, razón por la cual la condena. Parece evidente que determinar en este caso si existe o no una actitud negligente por parte de la Administración debe corresponder al orden contencioso-administrativo, que puede decidir con fundamento qué grado de cumplimiento de sus obligaciones legales ha exhibido el Ayuntamiento. Se está sustanciando una pretensión de responsabilidad administrativa en el más estricto sentido de la palabra, a pesar de lo cual el orden civil conoce y resuelve el asunto, con el uso instrumental del litisconsorcio que venimos comentando. Debe notarse que, al hacerlo, se está falseando el régimen de responsabilidad administrativa, pues como ha afirmado GÓMEZ PUENTE, M.: «Responsabilidad por inactividad...», *op. cit.*, pgs. 149 y ss., es imposible proclamar la existencia de responsabilidad extracontractual por omisión de actividad administrativa cuando no existe una obligación legal de actuación impuesta por los textos positivos, y la existencia o no de tal obligación debe ser ponderada, en toda lógica, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el mismo sentido sostiene DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 479: «No pocas reclamaciones se formulan [ante el orden civil] solamente contra la Seguridad Social, fracasando unas y prosperando otras en razón al fondo del asunto [no, por tanto, debido a causas de inadmisión]. Pero no faltan casos en que la demanda se entabla contra la Seguridad Social (muy frecuentemente el INSALUD) y a la vez contra médico o médicos participantes en la actuación sanitaria por cuyo desenlace se demanda. Pues bien, hay que hacer notar que en este segundo caso hay sentencias que condenan exclusivamente a la Seguridad Social, esto es, que absuelven a los facultativos también demandados, a pesar de que en las sentencias se parte del hecho de que la actuación de los médicos merece el reproche de negligente o inexperto». Asimismo, según PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 60, «la facultad de reclamar también la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración sólo ha sido utilizada en la práctica con el fin de atraer a los Tribunales civiles las cuestiones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas».

Otro ejemplo reciente de cómo la jurisprudencia puede instrumentalizar el argumento del litisconsorcio pasivo viene representado por la SAP Salamanca de 17 de junio de 1996 (ED 1996, 1836), en la que se analiza la eventual responsabilidad en que habría incurrido un Ayuntamiento, debido a la autorización de las obras de una urbanización, cuya realización provocó (según el recurrente) una mayor afluencia de agua, de la que se derivó un deslizamiento de tierras que le perjudicó. Debe notarse que el orden civil se estima competente

guirlo: conforme al fenómeno expuesto parece claro que se desnaturaliza el diseño legal de la materia, mediante instrumentos procesales convenientemente utilizados por los recurrentes, y consentidos por la jurisprudencia²¹, la cual, además, extiende los supuestos de responsabilidad *de la Administración* a supuestos en los que, existiendo evidentemente un deber de indemnizar, difícilmente se puede imputar la responsabilidad a la Administración conforme a criterios jurídico-administrativos²², lo que exigiría su absolución y la condena exclusiva del resto de encausados.

La doctrina civilista, por lo general, comparte los criterios de su jurisdicción específica, valorando positivamente la apreciación de la *vis atractiva* del orden civil en los casos de litisconsorcio²³. Sostienen la operatividad de la competencia

para pronunciarse sobre la eventual responsabilidad del Ayuntamiento, que finalmente excluye.

Por el contrario, la STS (Sala 3.ª) de 24 de abril de 1997 (AJA 1997, núm. 287/40) estima la reclamación de responsabilidad dirigida contra la Administración del Estado como consecuencia de los daños derivados de un corrimiento de tierras producido por las obras de modificación del trazado de una carretera.

21. En este sentido, se ha afirmado: «Cuando existe una posible concurrencia de causas, los perjudicados suelen demandar conjuntamente ante los Tribunales civiles a la Administración y a personas físicas o entes de naturaleza privada (...). Pero esa “solución”, que la práctica ha impuesto, bien que *contra legem* y facilitada, claro es, por los propios reclamantes, era y es contraria a los datos normativos»; cfr. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 65. Asimismo, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 21, sostiene: «Carece de base legal alguna la tesis de que el hecho de que el funcionario o empleado de la Administración haya actuado negligentemente, optando el perjudicado por construir jurídicamente su pretensión indemnizatoria contra la Administración sobre dicha negligencia, haya de servir en todo caso para fundamentar la competencia de los Tribunales civiles». Y en la perspectiva general de la concurrencia de causas generadoras del daño entre la Administración y un tercero, *vid.* los comentarios del propio autor, en pgs. 97 y ss. y de MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 105 y ss.
22. Reproche que ha sido planteado por MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 111-114 y ss. Un poco más tarde (pgs. 171 y ss.) postula la necesidad de restringir los supuestos de solidaridad en materia de responsabilidad extracontractual, de manera que no baste «la simple presencia de la Administración en el procedimiento decisor lesivo, o su participación lejana en la causación de los daños, para declararla responsable».
23. La bondad del planteamiento jurisprudencial es defendida por DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 446, con las siguientes palabras: «otra vez nos movemos en el terreno de la traslación al demandante del serio compromiso de “juzgar” de antemano el asunto que le va a empujar a demandar, pues no se acierta a comprender con qué criterio podría el tribunal, en un caso concreto, formular la eventual declaración de que la demanda contra el particular era manifiestamente infundada y justificativa de la sospecha de que haberlo hecho así era sólo para buscar la competencia de la jurisdicción civil. Búsqueda de competencia que, por otra parte, tampoco se explica que pueda ser objetivo deliberado por parte

jurisdiccional civil incluso cuando el particular co-demandado resulte absuelto y la imputación de responsabilidad recaiga sobre la Administración en exclusiva²⁴. Esto último pone de manifiesto como ningún otro hecho que el mecanismo procesal comentado puede operar con facilidad como un instrumento perturbador del sistema, y desnaturalizar la diferencia de regímenes jurídicos que separa la responsabilidad civil de la administrativa.

Sin embargo, el orden jurisdiccional civil se autoimpone una excepción a esta regla general de extensión competencial, con arreglo a una doctrina que tuvimos ocasión de comentar en el Capítulo I (§1.2): se trata del supuesto en que la Administración actúa en ejercicio de *ius imperii*, entendido como potestades de autoridad o soberanía. En el contexto que analizamos, de litisconsorcio pasivo, el ejemplo paradigmático viene representado por las reclamaciones por daños dirigidas contra agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Conforme a esa línea jurisprudencial, completamente consolidada, que ya conocemos, la jurisdicción civil se considera incompetente para conocer del asunto, sin que pueda sobreponerse a la incompetencia el argumento procesal del litisconsorcio pasivo. En estos casos se valora que *la materia es distinta a la responsabilidad extracontractual civil*, sin que puedan operar las causas de extensión de la competencia jurisdiccional. Se entiende, con un criterio absolutamente correcto desde mi punto de vista, que es inoperante el conocido argumento en cuya virtud no puede separarse la continencia de la causa (conforme al cual se arrastra a la Administración al orden civil cuando se recurre junto con ella a un particular), pues en estos asuntos no se pondera la responsabilidad *civil* conjunta de la Administración que actúa mediante funcionario y la de este último, sino la responsabilidad *administrativa* en la que incurre la Administración en virtud de la actuación de su funcionario, lo que constituye un supuesto radicalmente distinto.

de ningún perjudicado, pues no hallamos razones que permitan sostener que esa jurisdicción es "mejor" para el demandante que la contencioso-administrativa».

Vid., asimismo, los comentarios de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., a varias sentencias en que la jurisdicción civil amplía su competencia con base en el argumento del litisconsorcio pasivo, en *CCJC*, núms. 10, pgs. 3187 y ss. y 13, 1987, pgs. 4351 y ss. En cuanto a los tratadistas, *vid.*, por todos, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pgs. 480 y 488.

En contra de tales planteamientos, *vid.*, en la propia doctrina civilista, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 59.

24. *Vid.*, en particular, DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 445 y ss.: «Demandar junto con la Administración a un particular no puede ser, en principio, determinante de incompetencia de jurisdicción cuando no se aprecia causa de imputación de responsabilidad al particular. Mantener otra opinión sería tanto como obligar al demandante a elaborar *a priori* un complejo análisis de la situación que le permitiera llegar a la "conclusión segura" (que por paradoja nunca puede ser de verdad segura) de que en su caso hay culpa de la Administración y del particular, o sólo de la primera».

En mi opinión, esta última doctrina jurisprudencial debería generalizarse, de manera que los Tribunales civiles no conozcan de los asuntos en que se ventilen cuestiones relativas a la responsabilidad administrativa. Considero posible afirmar en este momento que la jurisdicción civil no resulta competente en la materia, ni en virtud de litisconsorcios pasivos, ni de su *vis atractiva*, ni con el argumento, derivado de los dos anteriores, referido a la inconveniencia de separar la continencia de la causa²⁵.

En relación con la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil, este criterio de atribución competencial, en tanto que cláusula de cierre del reparto de jurisdicción, opera en favor del orden civil sólo en aquellos supuestos que no se encuentren expresamente atribuidos a otros órdenes jurisdiccionales, pero no resulta operativo cuando el ordenamiento jurídico haya previsto la jurisdicción competente para conocer de un tipo de asuntos. La materia «responsabilidad administrativa extracontractual» se encuentra atribuida unitariamente al orden contencioso-administrativo, en virtud del juego conjunto de disposiciones que al respecto contemplan la LRJ-PAC y la LJCA, como quedó dicho en el Capítulo II (§4.3). Por tanto, debemos concluir que la extensión competencial del orden civil no puede prosperar con esta base argumental.

Frente a los dos argumentos restantes de la jurisprudencia civil, el fundamento de la exclusión competencial es sólo uno: según se demostró en el Capítulo I (§3) *la responsabilidad administrativa es una materia específica*, que disfruta de una naturaleza jurídica propia, se rige por un derecho sustantivo especial que establece parámetros diferenciados de imputación, y se encuentra atribuida a una concreta jurisdicción (la contencioso-administrativa), que es la única competente para conocer todos los supuestos que se produzcan en la materia. *Las causas de extensión competencial de un determinado orden jurisdiccional decaen, como comprobamos en la Introducción de este trabajo, cuando difiere la materia a su conocimiento*; y si la responsabilidad administrativa y la civil son materias diferentes, el orden civil, salvo atribución específica de la correspondiente competencia jurisdiccional, no puede conocer de la primera, aunque deba conocer de la segunda²⁶.

Con los elementos analizados podemos introducirnos en el estudio específico de los diferentes supuestos a comentar, exponiendo el reparto jurisdiccional operativo en cada caso.

25. La expresión «continencia de la causa» es calificada como vaga y ambigua en el ámbito jurídico-procesal; *vid.*, por todos, ALMAGRO NOSETE, J.: «Objeto del recurso», en *Derecho procesal*, tomo I, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pgs. 296 y 298 y ss.

26. *Vid.* Capítulo II, §4.3.

B) *Actuación imputable a funcionario o agente de la Administración.*

La inoperancia de la *vis atractiva* del orden civil aparece respaldada por la Ley 30/1992. La redacción recibida por el artículo 145.1 LRJ-PAC, que establece de modo imperativo que la responsabilidad extracontractual de los funcionarios y agentes de la Administración se exigirá directamente a ésta, bloquea la posibilidad de que sea demandada ante el orden civil mediante el recurso al litisconsorcio pasivo junto con el funcionario causante del daño. En efecto, la regulación sustantiva de la responsabilidad administrativa abarca tanto la que es propia de la Administración, como la que resulta imputable a su personal a título propio. En atención al límite material que es consustancial a la ampliación de las competencias jurisdiccionales, el orden civil no puede conocer ni de una ni de otra. Por consiguiente, no sólo queda descartada la posibilidad de que se recurra contra la Administración a través del orden civil: además, no podrá pleitearse contra el funcionario o agente en exclusiva cuando éste haya actuado en el marco de sus atribuciones, ni tampoco será posible configurar litisconsorcios pasivos entre la Administración y el funcionario²⁷.

El ordenamiento jurídico ha querido que el personal de la Administración no responda directamente frente a terceros de las consecuencias dañosas derivadas del ejercicio de funciones públicas. El particular lesionado ha de recurrir contra la Administración, quien eventualmente podrá ejercer una acción (administrativa) *de in rem verso* contra el funcionario o agente, para repetir lo pagado. En estas condiciones, ¿cómo habría de reconocerse la posibilidad de recurrir contra el personal de la Administración en vía civil? Y si no se puede recurrir contra el personal, ¿cómo se podrá sostener además que el recurso interpuesto contra éste arrastra consigo a la Administración, y la hace someterse a parámetros civiles de imputación de responsabilidad? Nótese, de otro lado, que, con independencia de que lo haga solidaria o subsidiariamente, conforme al Derecho civil el funcionario respondería siempre con su propio patrimonio (de otra forma, no cabría reconocer en modo alguno competencia jurisdiccional del orden civil), con el grave quebranto que ello puede suponer, siendo así que, además, se le aplican al funcionario los criterios de imputación *por riesgo* de la actividad *de la Administración*, para quien el sujeto actuante no es más que un instrumento, todo lo cual parece absolutamente desproporcionado.

No obstante, existen dos supuestos en los que puede exigirse responsabilidad *civil directa* de los funcionarios públicos, como se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 146 LRJ-PAC, 81.3 LFCE y, antiguamente, con el artículo 414 de la Ley de Régimen Local, que a su vez se remitía a la Ley Maura de 5 abril 1904 sobre responsabilidad de los funcionarios públicos, y a

27. *Vid.* lo que sobre el particular se expuso en el §6.2 del Capítulo II.

su correspondiente reglamento ejecutivo. Resaltamos el término «civil» porque no se trata aquí de responsabilidad administrativa; y destacamos el adjetivo «directa» para comentar más adelante (punto 2.º) en qué posición se sitúa la Administración en este caso.

1.º *La responsabilidad civil directa del funcionario por actuaciones realizadas en el ejercicio de su función y con abuso de ella.*

En primer lugar se encuentra el supuesto de que el funcionario público hubiera actuado en el ejercicio de su cargo con infracción de algún precepto jurídico-positivo²⁸. La materia se encuentra regulada por un compuesto normativo heterogéneo²⁹, cuya pervivencia, en algunos casos, se discute³⁰. Cuando un tercero desee reclamar directamente en vía civil contra el funcionario público causante del daño, deberá en primer término promover una declaración administrativa de que el funcionario público se hubiera extralimitado en sus funciones gubernativas, declaración que resultará impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la declaración, el particular podría instar la correspondiente responsabilidad civil ante los Tribunales ordinarios. De donde se desprende que, para exigir tal responsabilidad, resulta preceptivo agotar previamente la vía administrativa descrita y, eventualmente, acceder a un recurso contencioso-administrativo, al que se le anudaría, en su caso, un ulterior proceso civil. El mecanismo resulta inútil desde que la LJCA autoriza a promover simultáneamente la pretensión de anulación de los actos administrativos y la correspon-

28. Sobre el particular, *vid.* GUAITA, A.: «El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos», *ADC*, 1953, pgs. 94 y ss.; FÁBREGAS DEL PILAR: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 701 y ss.; RIVERO YSEKN, E.: «La responsabilidad del funcionario público frente a la Administración», *REVI*, núm. 177, 1973, pgs. 1 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 97 y ss.; GARCÍA MACHO, R.: «Función pública...», *op. cit.*, pgs. 675 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pgs. 83 y ss. y ENTRENA CUESTA, R.: *Curso...*, *op. cit.*, pgs. 309 y ss.

En el plano jurídico-procesal, puede verse GIMENO SENDRA, V.: «Procedimiento para exigir responsabilidad civil a los funcionarios», en AA VV: *Derecho procesal*, tomo I, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pgs. 307 y ss. El planteamiento de fondo del autor sobre los supuestos en que resulta de aplicación este procedimiento coincide plenamente con lo que señalamos en el texto.

29. Entre los que cabe destacar el art. 81.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y la Ley de 5 abril 1904, sobre responsabilidad civil de los funcionarios públicos (a la que remitía el art. 135 REF, hoy derogado). Por otra parte, los arts. 44 y ss. LRJAE, 30/1992, han sido derogados por la Ley 6/1997 (LOFAGE), por lo que ya no resultan de aplicación.

30. En particular, por lo que se refiere a la Ley de 5 abril 1904; *vid.* MARTÍN REBOLLO, L., *op. loc. ult. cit.*

diente indemnización por los perjuicios causados. Del mismo modo, resulta inoperante en atención a la circunstancia de que la jurisdicción contencioso-administrativa considera en estos casos que la extralimitación del funcionario resulta enmarcada en el concepto de «servicios públicos» a efectos de imputación de responsabilidad de la Administración. Todo ello ha deparado que, en la práctica, los particulares no ejerciten esta vía, prefiriendo proceder en su lugar a través del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad administrativa extracontractual³¹. Por último, la derogación de los artículos 44 y ss. LRJAE, en virtud de la Disposición Derogatoria de la LOFAGE, pone más aún en entredicho la pervivencia del régimen jurídico expuesto.

2.º *La responsabilidad civil del funcionario actuante al margen del ejercicio de funciones públicas; régimen de responsabilidad de la Administración en tales casos.*

Distinta consideración merece el hecho de que el funcionario público causante del daño haya actuado al margen del ejercicio de funciones públicas. Es el supuesto paradigmático del agente del orden que utiliza su arma de fuego en riñas particulares, fuera de servicio, ocasionando perjuicios a terceros. En este caso el funcionario o agente no actúa por cuenta de la Administración, sino a título particular. A mi juicio, no se trata de un supuesto de funcionamiento de los servicios públicos, y en consecuencia, no podemos entender que nos encontramos ante un caso de responsabilidad administrativa de la Administración, ni tampoco de responsabilidad administrativa del funcionario. El supuesto debe regirse por las reglas generales de la responsabilidad civil. En ellas se determina, por interpretación constante de la doctrina académica y jurisprudencial, que la eventual responsabilidad de la Administración sería en este caso por acto ajeno (no por hecho de órgano propio, como en el caso anterior); la necesidad de exigir aquí mediación de culpa por parte de la Administración se supera mediante el recurso a los latos criterios de imputación que imperan en el Derecho civil contemporáneo, aplicándole la doctrina de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* en relación con el personal causante del daño, respondiendo con carácter solidario de los daños generados³².

31. Sin duda, siguiendo las recomendaciones de la doctrina, que ya tempranamente advirtió la conveniencia de actuar conforme a lo expuesto; *vid.* FÁBREGAS DEL PILAR: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 732 y, más recientemente, GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 928 y PANTALEÓN PRIETO, F., *op. loc. ult. cit.*

32. La doctrina civil mayoritaria entiende que la relación reflejada en el art. 1903 CC no es exhaustiva, y da cabida a otros supuestos de responsabilidad por interpretación analógica. En su virtud, la Administración sería responsable por actos de sus funcionarios o agentes como los señalados, esto es, desempeñados al margen del servicio público, pero que presentan relación con el mismo. Este aspecto no recibe regulación específica en el Derecho civil,

Ello se corresponde con la interpretación extensiva de la expresión «servicios públicos» y «relaciones de Derecho público» que ha manejado el orden jurisdiccional contencioso-administrativo durante la vigencia de la LRJAE, en cuya virtud, «el artículo 41 se refiere a la responsabilidad que a la Administración puede alcanzar [...] *por los actos cometidos por sus funcionarios cuando estos actos, por no ser de la Administración y sí la conducta extraadministrativa de sus funcio-*

y resulta diferente del que representa la actuación de la Administración por medio de sus funcionarios o agentes en relaciones de Derecho privado. En este último supuesto si fuese de aplicación el Derecho civil, se encontraría incluido en el art. 1902 CC (responsabilidad directa de la Administración, que necesariamente actúa por mediación de su personal). Por el contrario, el caso anterior es expresivo de una actuación individual del agente, al margen de la actividad de la Administración, supuesto en el que no opera la división entre relaciones de Derecho público y privado, pues se enclava verdaderamente en una esfera exterior de la actuación administrativa; es entonces cuando resulta de aplicación analógica el art. 1903 CC, por cuanto establece un principio general de responsabilidad por acto ajeno. Por ejemplo, si el agente causa un daño fuera de servicio con su arma reglamentaria ello se debe a que la Administración no ejerció correctamente su labor de vigilancia sobre el agente, o eligió para desempeñar tal función a quien no reunía las cualidades necesarias para ello.

Como hemos comprobado anteriormente, esta doctrina se ha manejado por la jurisdicción civil para atribuirse competencia en relación con los daños generados por agentes del orden al margen del desempeño de sus funciones, en tanto que, si actuaban en ejercicio de funciones públicas (p. ej., disolviendo una manifestación), la competencia se atribuye en exclusiva al orden contencioso-administrativo, por tratarse de ejercicio de autoridad (*vid.* Capítulo I, §1.2). Al propio tiempo, conviene precisar que la diferencia expuesta entre los arts. 1902 y 1903 CC no ha sido compartida en todo caso por la jurisprudencia civil, pues el art. 1903 ha servido en ocasiones como fundamento de su competencia para conocer de actuaciones propias de la Administración desempeñadas por sus funcionarios o agentes, con el argumento de que se trata de relaciones de Derecho privado; *vid.*, a título de ejemplo, las SSTS 21 septiembre 1988 (RJ 1988, 6847); 7 junio 1988 (RJ 1988, 4825) y 1 diciembre 1987 (RJ 1987, 9170).

Sobre la diferencia sustantiva entre los arts. 1902 y 1903 CC *vid.* especialmente SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad...*, vol. I, *op. cit.*, pgs. 489 y ss.; y también DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, *op. cit.*, pg. 626, donde puede leerse: «tenemos una responsabilidad del dependiente o empleado fundada en la culpa del art. 1902 (o en las disposiciones legales que la imponen) y una responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* del empresario. Pero la responsabilidad de éste es directa, según admite reiteradamente la jurisprudencia, no necesariamente subsidiaria de la del empleado, por lo que el perjudicado puede demandar sólo al empresario».

En relación con la interpretación analógica del art. 1903 CC *vid.*, entre otras, las SSTS 23 noviembre 1990 (RJ 1990, 9042); 8 mayo 1990 (RJ 1990, 3690); 23 septiembre 1988 (RJ 1988, 6854); 7 junio 1988 (RJ 1988, 4825); 7 marzo 1988 (RJ 1988, 1603) y 23 febrero 1976 (RJ 1976, 880); así como las obras científicas en materia de responsabilidad civil citadas en la cabecera del §3.2 del Capítulo I. Y sobre el hecho de que esta responsabilidad es directa y no subsidiaria, *vid.* esas mismas obras y las SSTS 29 junio 1990 (RJ 1990, 4945); 17 junio 1990 (RJ 1990, 4696) y 1 julio 1983 (RJ 1983, 4066), entre otras muchas.

narios, no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»³³. Sin embargo, debe notarse que, en muchos casos, la jurisdicción contencioso-administrativa ha conocido y resuelto estos mismos asuntos,

33. Interpretación que aparece en el Decreto de la Presidencia de 7 septiembre 1960, siguiendo un Dictamen del Consejo de Estado, como recoge PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 31; el propio autor destaca la recepción de estos planteamientos por la jurisprudencia contencioso-administrativa. El asunto, sobradamente conocido, versa sobre los daños derivados de un incendio provocado por funcionarios de correos que encendieron una hoguera para calentarse; el Decreto afirma, en este sentido, que «el fin que aquellos funcionarios perseguían con los actos que pusieron en práctica ha de considerarse, siquiera indirectamente, como formando parte del propio servicio público, en cuyo caso el supuesto contemplado entra indudablemente en los hechos descritos en el art. 40 LRJAE, correspondiendo, en consecuencia, el conocimiento de la responsabilidad que de ello se derive para el Estado a la Administración Pública» (téngase presente que lo que se resuelve es un conflicto de competencia entre la Administración y los Tribunales civiles). La doctrina citada comporta la adscripción al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de todas las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la actuación del personal de la Administración en el desempeño de sus funciones, y por consiguiente, en el conjunto de la actividad administrativa. Si se analizan con detenimiento las consecuencias que se derivan de estos planteamientos, se comprobará que la LRJ-PAC no ha introducido en la práctica novedades en la cuestión, pues la jurisdicción contencioso-administrativa venía operando de hecho conforme a los mismos postulados que ahora se desprenden de la nueva regulación. Sin embargo, dado que la jurisdicción civil no compartía estos criterios, la nueva Ley, un poco más clara en su literatura que la LRJAE, debería provocar un cambio de rumbo en su doctrina, determinando, como se dice en el texto, su propia incompetencia para conocer de los asuntos en que se reclame responsabilidad administrativa extracontractual, incluso cuando junto con la Administración se demande al funcionario o agente causante del daño.

Del mismo modo, lo antedicho confirma la posibilidad (reconocida por la jurisprudencia contencioso-administrativa) de que la Administración responda por los daños derivados de la actividad de sus funcionarios y agentes cuando éstos, aun actuando al margen del servicio público, guarden todavía un cierto vínculo o relación que permita imputar a la Administración responsabilidad por hecho ajeno, en el marco no excluyente del art. 1903 CC, en cuyo caso la responsabilidad podría exigirse por vía civil. Es el caso, repetidamente comentado, del agente del orden que, fuera de servicio, inflige lesiones a un tercero con su arma reglamentaria.

En esta última materia debe tomarse en consideración la peculiar naturaleza jurídica de las funciones encomendadas a los agentes de la autoridad, quienes, conforme al art. 5.4 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, deben intervenir, se hallen o no de servicio, y en cualquier tiempo y lugar, en defensa de la seguridad ciudadana, lo que no quiere decir que se encuentren permanentemente de servicio; *vid.* todo ello en BARCELONA LLOP, J.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 364 y ss., donde se efectúa un detallado análisis de esta cuestión específica (a mayor abundamiento, puede verse la monografía del mismo autor *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, IVAP, Oñati, 1988). Esta particular circunstancia justifica sin duda que la jurisdicción contencioso-administrativa extienda su competencia incluso a los supuestos en que el agente actúa claramente al margen del

enjuiciándolos conforme a parámetros jurídico-administrativos, y aplicándoles la doctrina del riesgo potencial de la actividad administrativa³⁴.

Por último, parece claro que la responsabilidad de la Administración que se presenta ahora no podría operar frente a actuaciones del funcionario o agente claramente desconectadas del servicio público (de la función pública), pues en tales casos no existiría culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la Administración: la Ley no persigue erigir a la Administración en responsable directo de cualquier actividad de su personal, pues cuando éste actúa claramente en su esfera privada

servicio público, y guiado por actitudes personales impropias de su condición, lo que sin embargo comporta grandes contradicciones por parte de esta jurisprudencia al conocer y resolver de estos asuntos, como pone de manifiesto el autor en las pgs. 367 y ss. de la obra citada.

34. Vid. NAVARRO MUNEZERA, A.: «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», *REDA*, núm. 60, 1988, pgs. 603 y ss. El autor reprocha esta doctrina, alegando que «para hacer posible la imputación a la Administración del hecho lesivo, éste debe provenir, aunque sea en última instancia, mediatamente, de una actividad administrativa, del funcionamiento de un servicio público» (pg. 608).

El pronunciamiento que da pie a este comentario es una sentencia del Tribunal Supremo que condena a la Administración por los daños derivados del uso de su arma reglamentaria por un agente de policía que se encontraba fuera de servicio. El Tribunal razonó que el agente portaba el arma aun encontrándose fuera de servicio, lo cual es indiciario de un sistema del que derivan grandes riesgos, consentidos por la Administración en la medida que viene exigido por el funcionamiento global del servicio, por lo que debe asumir los resultados lesivos o dañosos que de ello se deriven.

Probablemente, no le falte razón al Tribunal, pero su planteamiento se corresponde mejor con la doctrina civil de imputación por acto ajeno. En mi opinión, es este Derecho sustantivo el que debería haberse aplicado, y en consecuencia, debería ser el orden jurisdiccional civil el que conozca y resuelva estas pretensiones. Vid. además lo expuesto acerca de esta misma cuestión en la nota anterior.

De otro lado, en orden a consultar la aplicación de la doctrina de la culpa *in vigilando* o *in omitiendo* por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en asuntos que considera comprendidos en el marco del funcionamiento de los servicios públicos, vid. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: «Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in omitiendo*», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. 1, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, Madrid, 1988, pgs. 893 y ss.

También se corresponde el planteamiento con la corriente doctrinal del orden civil que limita la posibilidad de acceder ante el mismo mediante interpretaciones forzadas o voluntaristas, como sostiene la SAP Salamanca 18 abril 1996 (ED 1996, 1462), en la que se falla la desestimación del recurso precisamente con base en este argumento, afirmando que para que resulte operativa la *vis atractiva* del orden civil «es preciso que concurren condiciones objetivas de *naturaleza y extensión de la obligación reclamada* que justifique la dirección de la demanda frente a la Administración y al particular conjuntamente». En análogo sentido, vid. la SAP León 23 septiembre 1996 (ED 1997, 196 y 819).

propia, la Administración no puede resultar responsable bajo ningún concepto. Pasemos a analizar, seguidamente, este supuesto específico.

3.º *El papel del artículo 146 LRJ-PAC en materia de responsabilidad administrativa extracontractual.*

Todo ello se corresponde con una interpretación sistemática de los artículos 142.6, 144 y 146 LRJ-PAC. En mi opinión, el artículo 146 no se dirige a establecer el régimen jurídico de aplicación cuando se recurra conjuntamente ante el orden civil contra la Administración y el funcionario por daños derivados del desempeño de servicios públicos, pues la operatividad de esta acción conjunta se encuentra excluida expresamente por el juego combinado de los artículos 145.1, 142.6 y 144 LRJ-PAC. Con el artículo 146 no se busca, por consiguiente, habilitar la competencia del orden civil para aquellos casos en que el lesionado recurra conjuntamente contra la Administración y el agente del daño, sino especificar que cuando el personal de la Administración actúe en su esfera privada no le resulta de aplicación el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa, sino que se somete a las reglas comunes del Código Civil³⁵. En tales circunstancias, evidentemente, la Administración no es responsable subsidiaria ni solidaria, por cuanto el personal no actúa en el marco de funciones públicas, y no surge en este caso responsabilidad administrativa.

4.º *Recapitulación.*

Antes de abandonar el punto, conviene destacar la radical diferencia de regímenes jurídicos que resulta de lo expuesto:

1.º) La generación de un daño por parte del personal de la Administración en ejercicio de funciones públicas constituye un supuesto de *responsabilidad directa, esto es, de la Administración, no de su personal, que resulta atribuido en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa* (arts. 142.6 y 144 LRJ-PAC). La Administración podrá repetir el pago conforme a un procedimiento administrativo, caso de que el agente sea culpable de su acto conforme a criterios de imputación específicos del Derecho administrativo. *No procede entonces recurrir ante la jurisdicción civil ordinaria, ni contra el personal de la Administración en exclusiva, ni conjuntamente contra éste y la propia Administración, por cuanto la Ley tan sólo quiere que el personal de la Administración sea responsable cuando así resulte de aplicar criterios jurídico-públicos de imputación, nunca las reglas privadas manejadas por los Tribunales ordinarios.*

35. En el mismo sentido, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pgs. 56 y ss.

2.º) Sería posible articular una vía civil de reclamación de responsabilidad civil del personal de la Administración, para lo que se requiere una previa declaración administrativa de imputación de responsabilidad (impugnable ante la jurisdicción contenciosa), circunstancia que, unida a la posibilidad de instar en estos casos la anulación del acto de aplicación (a la que se anuda la pretensión de resarcimiento), y también, al hecho de que el supuesto resulta incluido en el ámbito del «funcionamiento anormal del servicio público», determina la inaplicación práctica de este régimen jurídico.

3.º) Cuando el daño se produce al margen del servicio público, pero en relaciones próximas al mismo (agente fuera de servicio, uso privado de vehículo público, etc.), la eventual responsabilidad de la Administración se enclavaría en la categoría de responsabilidad por acto ajeno (art. 1903 CC). La imputación a la Administración, en estos casos, opera con criterios de culpa *in vigilando* o *in eligendo*, propios del Derecho civil, y sería exigible ante esta jurisdicción.

4.º) Si el funcionario o agente genera un daño claramente desvinculado del servicio público, responderá únicamente a título personal, siendo exigible la reparación en vía civil (art. 146 LRJ-PAC), sin que proceda reclamar solidaria o subsidiariamente contra la Administración.

5.º) Lo que viene sucediendo en la práctica es que los Tribunales civiles conocen incorrectamente de todas las reclamaciones de responsabilidad administrativa extracontractual en los que el recurrente demande conjuntamente a la Administración y a un tercero (salvo en el supuesto de que se haya ejercido una función de soberanía o autoridad), lo que constituye una práctica *contra legem*, que vulnera normas procesales de orden público.

C) *Las demandas conjuntas contra la Administración y los particulares no ejercientes de funciones públicas en supuestos de concurrencia de causas productoras del daño.*

El análisis del reparto de jurisdicción en este tema resulta tremendamente complejo, debido a la circunstancia de que, en la producción del daño, confluyen sujetos sometidos a regímenes sustantivos diferentes de responsabilidad extracontractual. Conforme a la directriz que hemos seguido hasta aquí para analizar el sistema de reparto de jurisdicción en la materia, el conocimiento del asunto debería corresponder simultáneamente a dos órdenes diferentes, el civil y el contencioso-administrativo, cada uno de los cuales aplicaría el Derecho material específico que corresponde a su respectivo ámbito de atribuciones³⁶. La

36. Debido a esta circunstancia, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 111, sostiene que el supuesto pone en crisis el sistema de reparto de jurisdicción articulado en la materia, basado en la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

solución no parece aconsejable, tratándose, probablemente, del único supuesto en que resultaría aceptable la articulación de un criterio análogo al de indivisión de la continencia de la causa (operativo, exclusivamente, en relación con la acumulación de acciones, pero no en orden a extender el ámbito competencial de un orden jurisdiccional), dado que, de seguirse otro, el tercero lesionado podría obtener finalmente sentencias absolutorias en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales. En efecto, si el reparto se establece aquí con delimitaciones rigurosas, cuando el tercero dañado inicie las correspondientes acciones ante un orden determinado, desconocerá, probablemente, a qué concreto sujeto de los implicados en la generación del daño le debe ser imputada la responsabilidad. Durante la sustanciación del proceso, puede constatarse que la responsabilidad corresponde precisamente al sujeto que no debe ser encausado en la vía jurisdiccional iniciada, desembocando en una sentencia absolutoria que obligaría al tercero a iniciar nuevamente la vía jurisdiccional correcta.

El Derecho positivo no ha previsto un tratamiento específico para este supuesto, lo cual ha sido reprochado por la doctrina³⁷. El intento de solución normativa del asunto reflejado en una de las versiones del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa será comentado en el último Capítulo³⁸. Resta pues consignar aquí los criterios que al respecto maneja la jurisprudencia.

El orden civil, consecuentemente con el resto de su doctrina jurisprudencial, se entiende competente para conocer de estos asuntos, así como para resolverlos, incluso en el *quantum* de la indemnización que debe corresponder a cada

37. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, anexo, pg. 17: «la solución podrá ser una u otra. Pero lo que no resulta admisible en buena técnica legislativa es eludir el problema (...). La norma en ellos contenida podrá ser o no la mejor. Pero siempre será preferible a dejar al administrado en la aporía actual». Una impresión semejante cabe extraer de MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial...» (1994), *op. cit.*, pgs. 89 y ss., donde expone las distintas alternativas de reparto existentes en la materia, y señala los inconvenientes que se presentan, sin excepción, en todas ellas.

38. Donde también se consignan las propuestas doctrinales al respecto, especialmente, las que postulan, respectivamente, la competencia exclusiva del orden civil o contencioso-administrativo en la materia.

Un planteamiento más moderado, que no se recoge en ese lugar por circunscribirse al objeto específico de estudio que en este momento nos ocupa, viene representado por MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, especialmente pg. 116, quien no encuentra inconveniente en que conozca de la materia el orden civil, para aplicar, en la medida que resulte preciso, los criterios jurídico-administrativos de imputación de responsabilidad, aunque el autor recuerda la necesidad de que en tales casos la regla general sea la de postular responsabilidad subsidiaria y no solidaria de la Administración, en orden a evitar que sea ella sola quien responda finalmente con carácter exclusivo.

uno de los sujetos implicados en la causación del daño, sea cual fuere su naturaleza jurídica. Imputa la responsabilidad con arreglo a los criterios comunes del Código Civil, y frecuentemente, como ya se anticipó, condena exclusivamente a la Administración y absuelve a los restantes implicados³⁹; este orden de cosas no ha sido alterado tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992. El orden contencioso-administrativo, asimismo, se entiende competente en la materia, pero sólo pondera la participación en la generación del daño que corresponde a la Administración, y valora la de los restantes sujetos únicamente a los efectos de debilitar la relación de causalidad (concurso de causas generadoras del daño), y reducir la cuantía de la reparación que corresponde a la Administración, eludiendo pronunciarse (y por supuesto, condenar) a los restantes participantes en la generación del daño, sobre cualquier importe adicional que deba ser sufragado por ellos⁴⁰.

Este estado de cosas propicia una gran confusión, que se puede incrementar en el futuro si recaen sentencias con pronunciamientos de inadmisión en el orden civil, fundadas en la unificación del procedimiento de responsabilidad referente a las administraciones públicas, y correlativamente, de la competencia jurisdiccional en la materia en beneficio del orden contencioso-administrativo, pues podría desembocarse en supuestos de total indefensión del sujeto que soporta el daño frente a los particulares que hubieran concurrido en su generación. Esta circunstancia se añade a las restantes que hemos resaltado, para reclamar un tratamiento normativo específico que resuelva el problema. En el último Capítulo ofreceremos nuestra opinión sobre el reparto de jurisdicción que debería articularse al respecto.

D) *Responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración. Reenvío.*

Este punto fue tratado con anterioridad, tanto en el Capítulo I (§1.4, donde se analiza el régimen previsto por la LEF), como en el Capítulo II (§7 donde se estudia la nueva regulación dispuesta en la materia por la LCAP, y su encaje

39. Un ejemplo reciente viene representado por la STS 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9209), citada, en la que se condena exclusivamente a la Administración, frente a una demanda dirigida conjuntamente contra ésta y un particular, propietario de un inmueble declarado en ruina, que se desplomó, provocando daños a un viandante.

40. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, anexo, pg. 7. Esta doctrina jurisprudencial parece corregir otra que se manifestaba con anterioridad en estos supuestos, condenando el orden contencioso-administrativo solidariamente a la Administración y a los terceros que hubieran participado en el daño, postura que adolece de las mismas insuficiencias que con anterioridad hemos destacado en relación con la del orden civil, cuando éste condena a sujetos que se encuentran sometidos a un régimen jurídico-administrativo de responsabilidad.

con la anterior), sin que resulte preciso efectuar aquí comentarios adicionales en la cuestión.

1.6. Concurrencia de un sujeto privado en la garantía del pago: los contratos de seguros de las administraciones públicas.

Un hecho novedoso en los últimos años es que, de manera cada vez más generalizada, las administraciones públicas vienen suscribiendo pólizas de seguros que cubren los riesgos derivados de la actividad administrativa. Originalmente, este tipo de actuaciones se limitaban a corresponderse con las normas sectoriales que imponen seguros obligatorios⁴¹. Después, se han extendido a otros ramos de actividad, en los que se genera un volumen particularmente intenso de responsabilidad administrativa extracontractual, como es el caso de la prestación de asistencia sanitaria⁴², o la celebración de espectáculos públicos⁴³. Por último, algunas administraciones públicas están suscribiendo *pólizas que cubren los riesgos derivados de su entera actividad, tanto pública como privada, y a pesar de que suponga el ejercicio estricto de autoridad, o que derive de actos administrativos*⁴⁴.

41. Como las relativas a la circulación de vehículos de motor; *vid.* Capítulo I, §3.4.

42. En relación con este aspecto, se han superado así las complicaciones derivadas de la imposición de condenas a los facultativos de centros públicos, en las que los fallos, ocasionalmente, se limitaban a condenar al Estado con carácter subsidiario: «Hoy en día se ha solucionado este problema debido a que en primer lugar la Generalitat y después el Gobierno central han suscrito una póliza de seguro que protege a todos sus empleados de cualquier contrariedad que surja en su trabajo»; *cfr.* JORNET, J.: *Malpraxis II: consecuencias*, Ancora, Barcelona, 1993, pg. 125. Sobre esta cuestión pueden verse, además, ALARCÓN FIDALGO, J.: «El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias», en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid, 1994, pgs. 147 y ss.; PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 311 y las obras citadas por ellos mismos.

43. *Vid.* la jurisprudencia en la materia que citamos en la última nota de este epígrafe.

44. Por lo que se refiere a la Administración del Estado, la operación ha encontrado incluso respaldo presupuestario específico, como se observa en la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, que dispone: «*Contratación de seguros de responsabilidad civil*. Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideren incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Entidad o Servicio correspondiente».

Ello ha dado lugar a la suscripción de una póliza por parte del INSALUD que cubre la responsabilidad civil de los médicos adscritos al mismo. Asimismo, se conocen proyectos

Todos estos supuestos se encuentran complicados en la problemática que a continuación se reseña.

El planteamiento representa un nuevo frente de conflictos en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, y a pesar de su interés, debemos hacer a un lado el análisis relativo a la legalidad de la operación y a su encaje con la legislación administrativa en el último de los casos referidos⁴⁵, concentrándonos en las cuestiones derivadas de este régimen que nos corresponden tratar. En este sentido, se recordará que el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS) concede a los siniestrados una acción procesal directa contra la compañía aseguradora del riesgo⁴⁶. Para nosotros el problema reside, naturalmente, en determinar el orden jurisdiccional competente para conocer del asunto, habida cuenta de que en el mismo puede entablarse la demanda contra la aseguradora la Administración, o tan sólo contra la primera.

Debe notarse, en este sentido, que las pólizas citadas cubren los daños de los que resulten *civilmente* responsables los asegurados, por lo que, si el sistema

manejados en este mismo sentido por el Ministerio del Interior, en orden a asegurar la responsabilidad derivada de las actuaciones de los agentes de policía y de los guardias civiles.

Por otra parte, y según informa TORRENT I RIBERI, P. J.: *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 113 y ss., la Generalidad de Cataluña ha suscrito una póliza con un conjunto de aseguradoras, entre cuyos daños cubiertos figuran, según el autor citado:

1. Las responsabilidades derivadas de los actos administrativos, de cualquiera de sus agentes y funcionarios, órganos y servicios, excluidos los de carácter normativo.

19. Las derivadas de los daños causados en el patrimonio de terceros que no sean consecuencia de un daño corporal o patrimonial previo.

Asimismo, es sabido que, cada vez más frecuentemente, las corporaciones locales (tanto municipios como provincias) están suscribiendo pólizas comparables a la citada de la Generalitat de Cataluña.

45. Problemas que son de considerable envergadura. Así, suscita perplejidad el supuesto de que, eventualmente, llegue a sustanciarse una reclamación de responsabilidad administrativa en un caso cubierto mediante póliza, lo que depara la necesidad de que la Administración se pronuncie al respecto, siendo así que las pólizas suelen prohibir a los asegurados reconocer su propia responsabilidad. O también, la eventual desnaturalización que todo ello comporta sobre las funciones que desempeña la responsabilidad administrativa extracontractual en nuestro ordenamiento, que no se ciñen a las meramente resarcitorias, pues despliega también consecuencias sobre el estándar de rendimiento de los servicios públicos y sobre la dimensión constitucional de la Administración en tanto que potencial generadora de riesgos que benefician a la colectividad. Cabe plantearse, incluso, la naturaleza tributaria que podría tener la cobertura, que podría ser entendida como retribución en especie.
46. Sobre el particular, *vid.* la reciente monografía de CLAVERO TERNERO, M. F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995, así como la bibliografía que cita en la materia en pg. 56.

fuera coherente, estaríamos ponderando ahora un reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad *civil*. En línea de principio, se debería excluir de la cobertura la responsabilidad de la propia Administración, que resulta ser jurídico-administrativa (y no civil) en todo caso. Por ello, a pesar de la generosidad con la que aparecen redactadas las pólizas, su activación sólo parece correcta cuando medie responsabilidad *privada* (esto es, civil y no administrativa) del personal de la Administración. Estos casos se restringen, como más arriba se comprobó, a un número muy reducido de supuestos, debido a que la responsabilidad de la Administración por actuaciones de su personal en ejercicio de sus funciones es directa, sin que los terceros lesionados cuenten con legitimación activa contra ellos. Parece, por otro lado, que esta previsión puede desempeñar un importante papel en materia de responsabilidad civil derivada de delitos, pues como comprobaremos en el epígrafe siguiente, en estos casos la condena de la Administración es sólo subsidiaria, y el particular dependiente de la Administración deberá sufragar en primer término con su propio patrimonio los daños derivados de su actuación. Creo que, en la práctica, la activación de las pólizas debería restringirse, de hecho, a estos supuestos, sin extenderse al resto⁴⁷, por cuanto ya se excedería del ámbito civil de la responsabilidad extracontractual, para adentrarse en el jurídico-administrativo (recuérdese, en este sentido, el análisis efectuado en el Capítulo II, §6).

Sin embargo, todos los razonamientos anteriores merecen contrastarse con el previsible desarrollo práctico que se derivará de la suscripción de pólizas de

47. En cambio, TORRENT I RIBERT, P. J.: *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 114 y ss., no parece encontrar obstáculo a que la responsabilidad de la aseguradora se extienda asimismo a los supuestos de responsabilidad administrativa. En este sentido, considera que podrían producirse tres supuestos distintos en relación con la vía procesal a seguir: a) *Reclamación exclusiva contra la Administración pública*: Debe tramitarse por la vía administrativa, de acuerdo con la Ley 30/1992, quedando prohibida la vía civil. La aseguradora queda al margen del procedimiento. b) *Reclamación conjunta contra la Administración pública y la aseguradora*. Debe tramitarse forzosamente por la vía administrativa y posteriormente por la contencioso-administrativa, pues en opinión del autor, al demandarse conjuntamente contra la Administración pública y una aseguradora, debe imponerse el fuero de la primera; el autor recuerda, en este sentido, la unificación jurisdiccional operada en la materia por la Ley 30/1992. c) *Reclamación directa y exclusiva contra la aseguradora*. El autor descarta, en primer lugar, la posibilidad de que este supuesto se generalice, para añadir que en el caso de que así fuera, resultaría plenamente posible y ajustada a la legalidad, habida cuenta del art. 76 LCS. Advierte, no obstante, que en tal caso la vía procedente sería la civil, sin que pueda codemandarse a la Administración. El particular se arriesgaría a ver desestimado el recurso en atención a cláusulas concretas incluidas en la póliza.

El análisis podría compartirse si no fuera por dos circunstancias. La primera, ya consignada en el texto, relativa a la naturaleza de la responsabilidad asegurada, que en mi opinión, sólo puede ser la civil, habida cuenta del art. 73 LCS y, en lo que se refiere a la Administración del Estado, a la Disp. Adic. 6.ª de la Ley 31/1990, ya citada. La segunda circunstancia

seguros por las administraciones públicas. En principio, el siniestrado parece libre de optar entre la reclamación administrativa y el recurso por vía civil, conforme al artículo 76 LCS, por cuanto la compañía aseguradora es una empresa privada, y el contrato que la vincula con la Administración también reviste esa misma naturaleza. Y debe recordarse que las pólizas en examen cubren toda clase de riesgos, incluso los derivados del funcionamiento de los servicios públicos en sentido estricto. A mayor abundamiento, el inciso final de este mismo precepto obliga al asegurado a poner en conocimiento del tercero perjudicado o de sus herederos la existencia de la póliza y su contenido. El orden civil, previsiblemente, conocerá y resolverá sin problemas el recurso, en particular cuando la demanda se dirija exclusivamente contra la aseguradora. Y resulta asombroso recordar que tal posibilidad existe, incluso, en supuestos de ejercicio de *ius imperii*, que tradicionalmente eran resueltos por el orden civil mediante pronunciamientos de incompetencia, debido a que se encausaba la responsabilidad de la Administración en relaciones de servicio público, en la acepción más estricta del término que manejaba dicho orden jurisdiccional.

Quedan sin resolver tres cuestiones. La primera, si la doctrina apuntada en el epígrafe 1.5 de este Capítulo en relación con la *vis atractiva* del orden civil se generalizará en el futuro en relación con este mismo problema, en cuyo caso también conocerá sin trabas competenciales de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y la aseguradora; doy aquí por reproducidas las razones que entonces se apuntaron para oponerme a esta práctica. La segunda, consiste en la posibilidad de que se excluya la responsabilidad de la aseguradora en atención a cláusulas específicas de la póliza o de otras circunstancias, en cuyo caso podría suceder que el orden civil condenara en exclusiva a la Administración, como venía ocurriendo con anterioridad a la Ley 30/1992; entiendo, por el contrario, que semejante pronunciamiento sólo puede recaer ante el orden contencioso-administrativo y tras la sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo. Por último, merece recordarse la acción de regreso que corresponde a la aseguradora que hubiera satisfecho la indemnización contra el asegurado, cuando hubiera mediado conducta dolosa por parte de éste (art. 76 LCS), siendo así que la imputación de responsabilidad del personal de la Administración se efectúa conforme a parámetros específicos previstos por el Derecho administrativo; parece que, en este caso, el correcto encaje de unas y otras previsiones normativas debería suponer la subrogación de la aseguradora en la posición de la Administración, debiendo seguirse el procedimiento administrativo comentado en orden a que la aseguradora repita el pago anticipado contra el particular que actuó culpablemente. Debo puntualizar, en todo caso, que apunto esta posibilidad aun estimando, como ya quedó dicho, que la res-

se expone seguidamente en el texto, y hace referencia a la actitud que cabe esperar de la jurisdicción civil en la materia.

ponsabilidad *administrativa* no puede ser objeto de esta clase de contratos de seguros; pero creo conveniente conducirme en la cuestión con un mínimo de realismo, y en este sentido, me parece que los resultados que deparará en la práctica el aseguramiento de responsabilidad extracontractual por parte de la Administración desembocará en un sistema como el descrito.

Todo ello aparece confirmado ya, de otro lado, por varios pronunciamientos recaídos al respecto ante el orden jurisdiccional civil, en supuestos a los que resulta de aplicación la Ley 30/1992. En estas sentencias se condensan, prácticamente, la totalidad de problemas analizados, y conviene tener presente que conocen y resuelven sin traba competencial alguna los recursos, siendo así que, en uno de los casos, ni siquiera existe litisconsorcio pasivo entre la Administración y la correspondiente compañía aseguradora⁴⁸.

48. La primera de ellas es la SAP Valladolid, de 28 junio 1996 (ED 1996, 1628). En ella se sustancia la reclamación dirigida contra un Ayuntamiento y la compañía que aseguró la celebración de un festejo taurino organizado por la corporación municipal. La compañía aseguradora alega en apelación que el contrato no cubría el supuesto dañoso, entrando el Tribunal a conocer de la cuestión y a resolverla. La sentencia condena solidariamente a los encausados, con base en que el Ayuntamiento incumplió elementales condiciones de precaución y seguridad: «Debió el Ayuntamiento, como Organizador del Festejo, prever y arbitrar otras medidas más eficaces y seguras (...) pero en ningún caso iniciar el encierro sin antes haber retirado todos los vehículos que se hallaran en el recorrido, o haber advertido a sus propietarios de esta circunstancia y de sus consecuencias. Al no haber actuado así, es claro que incurrió en una responsabilidad civil por culpa extracontractual *ex art.* 1902 del Código Civil».

El segundo caso corresponde a la SAP Toledo 15 enero 1996 (ED 1996, 1124), en la que se enjuicia la responsabilidad extracontractual del Ayuntamiento por daños derivados del defectuoso estado de conservación de la red general de saneamiento del municipio. Parece claro que el asunto incide en el funcionamiento de los servicios públicos a que se refiere la legislación jurídico-administrativa en materia de responsabilidad extracontractual. El pronunciamiento resulta especialmente expresivo por cuanto el juez de instancia se declaró incompetente para conocer del asunto en virtud del nuevo régimen dispuesto en la materia por la Ley 30/1992. La Audiencia dedica unos extensos razonamientos a la consideración de que esta Ley ha unificado la competencia jurisdiccional en la materia, para afirmar después que «la doctrina de referencia no dispone, sin embargo, de un acogimiento jurisprudencial y doctrinal generalizado», para abundar después en las razones que justifican la postura contraria. Concluye por considerar que resulta competente para conocer del asunto, en atención a que en el supuesto encausado, junto a la Administración, se demanda a «una persona jurídica privada, como es la entidad aseguradora del Ayuntamiento, de quienes se predica la condición de responsables solidarios», precisando que no cabría concluir del mismo modo si la Administración hubiera sido demandada en solitario. A continuación, de manera por completo sorprendente, recuerda que el supuesto encausado encaja en el concepto de funcionamiento de los servicios públicos, trayendo a colación toda la normativa jurídico-administrativa de responsabilidad extracontractual, Constitución española incluida. Para concluir, acepta el recurso de apelación interpuesto contra el pro-

Por último, resulta preciso consignar aquí una apreciación, tal vez impropia de la temática del trabajo, pero justificada por la necesidad de atemperar las consecuencias derivadas de situaciones como las descritas, en las que las Administraciones públicas dejan de ser responsables en la práctica de los daños generados con su actividad, para desviar los recursos y reclamaciones hacia las compañías aseguradoras, lo que restablecerá, como ya se ha comprobado, la competencia del orden civil en la materia. Parece que esta operación afecta profundamente al régimen de responsabilidad administrativa extracontractual previsto por la Constitución, y en consecuencia, que deberá ser convenientemente atendida por el legislador: no limitándose a reconocer las partidas presupuestarias precisas en orden a la suscripción de las pólizas, como hasta ahora ha hecho; sino asimismo, y sobre todo, dotando al supuesto de una regulación sustantiva específica, que supere las contradicciones que acabamos de reseñar.

En este sentido, no me parece descabellado postular que los seguros en examen sean configurados como contratos administrativos atípicos, sometiendo-los al régimen jurídico-administrativo de suscripción y *atribución jurisdiccional* arti-

nunciamiento de incompetencia, y condena solidariamente a la Administración y a su aseguradora, con base en estas consideraciones: «La simple constatación de que el hecho fundamentador de la reclamación ante la jurisdicción civil también puede originar responsabilidad patrimonial de la Administración ante la jurisdicción contenciosa no es suficiente, como ya se ha visto, para despojar a la primera de la competencia que le es propia cuando la pretensión se funda en normas de Derecho privado de las que, además, deriva la eventual corresponsabilidad solidaria de un tercero también demandado en el proceso. Un mismo hecho es susceptible de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración en base a la especial regulación citada, pero también puede producir el nacimiento de la obligación resarcitoria instituida por otras ramas del Derecho, ya que aquélla no es excluyente de la establecida en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil».

En el último supuesto, reflejado en la SAP San Sebastián de 8 febrero 1996 (ED 1996, 1721), se enjuicia la responsabilidad solidaria entre un Ayuntamiento, la Federación Atlética y una compañía aseguradora, derivada de un accidente de circulación provocado por el emplazamiento de unas vallas publicitarias colocadas para señalar el recorrido de una prueba de maratón. En la sentencia no se recoge posicionamiento alguno en relación con la competencia jurisdiccional para conocer del asunto, a pesar de que en su fundamento jurídico primero se declara expresamente que no es parte en el proceso la compañía aseguradora. El Tribunal condena al municipio con base, nada menos, que en el art. 54 LRBRL, que como se sabe establece un régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual. Y al propio tiempo, condena solidariamente a la compañía aseguradora, mediante la aplicación del art. 76 LCS, a pesar de que, como se dijo, no era parte en el proceso.

Sobre el particular pueden verse, asimismo, las SSAP Cádiz 18 noviembre 1996 (ED 1997, 336) y Valladolid 28 enero 1997 (ED 1997, 718), en las que también se conoce y resuelven asuntos en los que se recurre solidariamente contra entidades locales y compañías aseguradoras, dándose el caso de que, en estos supuestos, los tribunales no se llegan a plantear problemas de incompetencia jurisdiccional.

culado en relación con la contratación administrativa, lo que unificaría nuevamente la materia en beneficio de la jurisdicción contencioso-administrativa, satisfaciendo simultáneamente todas las necesidades enfrentadas presentes en el supuesto: 1.º) La correcta funcionalidad de la responsabilidad administrativa extracontractual como categoría específica⁴⁹; 2.º) La integridad patrimonial del personal de la Administración; 3.º) El encausamiento de la aseguradora junto con la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que no encontraría obstáculo procesal alguno al ventilarse en el pleito cuestiones relativas a la inteligencia y ejecución de los contratos administrativos; y 4.º) La correcta tutela jurídica del tercero lesionado, que no se arriesga a obtener sentencias absolutorias basadas en las cláusulas del contrato, pues en todo caso será responsable la Administración o la aseguradora, y de ambas responsabilidades sería competente para conocer la jurisdicción contencioso-administrativa, como acaba de afirmarse. No por deseable parece más cercana esta operación legislativa, aunque debe recordarse la enorme trascendencia que adquiere en el marco de la responsabilidad administrativa extracontractual un complemento normativo inmediato en ésta y en otras cuestiones, como venimos destacando repetidamente a todo lo largo del trabajo.

1.7. El papel correctivo de la Sala primera del Tribunal Supremo en la materia.

Antes de abandonar el análisis competencial de la jurisdicción civil, conviene precisar que los pronunciamientos recaídos hasta hoy en el orden civil, en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, a los que ya resulta de aplicación la LRJ-PAC, han sido evacuados por la jurisprudencia menor, sin que la Sala primera del Tribunal Supremo se haya pronunciado todavía sobre estas cuestiones. Del análisis efectuado se desprende, como hemos procurado poner de relieve, una interpretación tremendamente forzada de la Ley 30/1992, que depara un desconocimiento absoluto de sus postulados, haciéndola devenir completamente inoperante en algunos supuestos. En mi opinión, el Tribunal Supremo tiene ante sí una tarea correctiva de trascendental importancia, que, de no llevarse a cabo, podría vaciar de contenido la LRJ-PAC, dejando inalterado el régimen de dualidad jurisdiccional que imperaba durante la vigencia de la LRJAE. Debemos esperar que efectúe esta tarea de manera responsable y serena, clarificando definitivamente el reparto de jurisdicción en la materia; de

49. En cambio, según PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 311, mediante la generalización de estas pólizas se conseguiría una nueva dimensión de la socialización de los riesgos derivados por la actividad administrativa, con arreglo a una vía distinta de la que ofrece la responsabilidad extracontractual de la Administración, lo que es valorado positivamente por el autor (cuyo análisis, por otra parte, se circunscribe a la responsabilidad derivada de prestación deficiente de asistencia sanitaria).

otro modo, los intérpretes jurídicos (y en particular, los lesionados recurrentes) seguirán sumidos en la perplejidad y el desconcierto, desconociendo verdaderamente ante qué orden jurisdiccional deben sustanciar sus demandas.

Cabe esperar que, con el tiempo, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo reconduzca la situación a su adecuado parámetro legal. Pero igualmente, debe recordarse la conveniencia de suprimir en la regulación de esta materia la literatura que tradicionalmente la ha caracterizado, sustituyéndola por otra más actual, precisa y contundente, que disipe de manera definitiva los equívocos a que su aplicación da lugar.

2. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DERIVADA DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS O AGENTES DE LA ADMINISTRACION

La primera precisión que conviene consignar es el debate doctrinal que suscita la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual derivada de delito, concebida, principalmente por la doctrina penalista, como una institución peculiar, distinta de la responsabilidad extracontractual civil, y llamada a desempeñar funciones distintas de ésta⁵⁰. En tal sentido, se manifestaría cierta correspondencia con los planteamientos que desde aquí se sostienen en relación con la peculiar naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa extracontractual. La percepción de este mismo matiz en la responsabilidad penal extracontractual justificaría su regulación en el Código Penal, que resulta de aplicación preferente en esta materia por su carácter de ley especial; y así se desprende, además, del artículo 146.1 LRJ-PAC. En todo caso, cabe extraer de este debate una mínima consecuencia de interés para nosotros: en defecto de

50. Como la de erigirse en mecanismo disuasorio y preventivo de la actuación punible, o la de ser cauce para la aplicación de ciertos beneficios penitenciarios (suspensión de la pena de privación de libertad, o sustitución de la pena de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana o multa); *vid.* sobre todo ello, MOLINA BLÁZQUEZ, C.: «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, pg. 128.

En cambio, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pgs. 617 y ss., y 628 y ss., sostienen que la responsabilidad civil *ex delicto* constituye una manifestación de la responsabilidad civil general, distinta de la responsabilidad penal, pero regulada en el Código Penal por concretas razones históricas (la ausencia de regulación civil en la materia cuando se efectuó la codificación penal).

Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pgs. 1005 y ss., considera que no tiene razón alguna de ser la dualidad de regímenes que en este punto se manifiesta en materia de responsabilidad civil extracontractual, opinión que comparte PANTALEÓN PRIETO, F.: «*Perseverare diabolicum*», *Jueces para la Democracia*, núm. 19, 1993, pgs. 6 y ss.

la imputación de responsabilidad extracontractual penal, deberán aplicarse al supuesto las normas generales que regulan la responsabilidad administrativa extracontractual, activándose las normas civiles sólo en defecto de éstas, o en la medida que expresamente lo contemplen. El matiz nos previene, además, contra la necesidad de abordar un estudio detallado del tema, por cuanto no constituye una manifestación de la responsabilidad administrativa extracontractual, sino de otro régimen jurídico diferente. Existen, no obstante, evidentes conexiones entre ambos, que son, precisamente, las que pretendemos destacar aquí.

Hecho este primer encuadramiento, se sabrá que el Código Penal de 1995 ha introducido modificaciones en la materia⁵¹. En primer lugar, extendiendo

51. El art. 121 CP 1995 dispone: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión habrá de dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

De otro lado, la Disposición Derogatoria única del mismo cuerpo legal deja a salvo el art. 22.2 del antiguo Código Penal, en cuya virtud: «Igualmente será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria a las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

Sobre la tramitación parlamentaria de esta cuestión, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, L.: «Crónica parlamentaria», en *Especial monográfico del Código Penal*, Tapia, Madrid, 1996, pgs. 387 y ss. Por último, conviene saber que el Proyecto inicial difería sustancialmente del texto finalmente aprobado, en un punto que reviste especial interés para nosotros: el relativo al orden jurisdiccional competente para ventilar la responsabilidad extracontractual derivada de delito. El Proyecto, en efecto, excluía la posibilidad de que recayesen en el orden penal pronunciamientos de condena en la materia, derivando toda pretensión de resarcimiento hacia el procedimiento administrativo regulado en la LRJ-PAC. La redacción final restablece, en este sentido, la normativa anterior, como tendremos ocasión de comprobar durante la exposición. *Vid.* un análisis de la cuestión en PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 42, nota 22; y «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 405.

Sobre este mismo asunto se ha pronunciado la STS (Sala 2.ª) de 30 enero 1996 (RJ 1996, 189), en la que los recurrentes sostenían que tras la Ley 30/1992, y en virtud de su art. 145.1, no resultaba de aplicación el art. 22 CP (antiguo), debiendo exigirse la responsabili-

expresamente el régimen de responsabilidad a los daños derivados de la actuación de toda clase de agentes o dependientes de la Administración, lo que, como se sabe, ya venía sucediendo en la práctica durante la vigencia del anterior Código Penal⁵². En segundo lugar, restringiendo la responsabilidad a los delitos dolosos o culposos, y excluyendo la derivada de faltas⁵³. Asimismo, incluye una referencia expresa a la responsabilidad administrativa extracontractual, permitiendo activar simultáneamente el proceso penal y el procedimiento administrativo de responsabilidad (previsión que también se contempla en el art. 146.2 LRJ-PAC⁵⁴), sin que pueda darse dualidad indemnizatoria, como precavidamente contempla el precepto.

En cambio, mantiene otras precisiones que ya se contenían en la regulación anterior, como el hecho de que la responsabilidad de la Administración sea en este caso subsidiaria y no directa. Esta circunstancia se corresponde con la peculiaridad sustantiva que refleja la responsabilidad extracontractual penal, pues de no efectuarse tal previsión, la Administración devendría de hecho responsable único del pago. Sin embargo, suscita las críticas generalizadas de la doctrina, que reprocha la contradicción que representa el hecho de que la responsabilidad extracontractual administrativa en que se incurra por el ejercicio de funciones públicas sea directa, y en cambio, que la responsabilidad extracon-

dad extracontractual de los dependientes de la Administración directamente a ésta. El Tribunal rechaza tal motivo, y se declara competente para resolver la cuestión.

52. El alcance de este régimen es de considerable envergadura, por cuanto se somete a responsabilidad subsidiaria de la Administración cualquier conducta delictiva cometida por un particular que se encuentre en relaciones de vinculación o dependencia de la Administración, como es el caso de la STS 7 abril 1995 (RJ 1995, 2831), en la que se la declara responsable civil subsidiario *ex delicto* cometido por un recluso a otro, en un centro penitenciario, con un compás de dibujo. En el mismo sentido, las SSTS 20 abril 1996 (RJ 1996, 2889), y 13 diciembre 1995 (RJ 1995, 8959), que condenan subsidiariamente a la Administración por los daños infligidos por un preso a otro.
53. Lo que reprochan PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pgs. 406 y ss. y MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M: *Derecho penal...*, *op. cit.*, pgs. 627 y ss., estos últimos, debido a que en la regulación jurídico-administrativa de la materia el Estado es responsable de toda lesión, y no sólo de las producidas con ocasión de delitos dolosos o culposos; sin embargo, aventuran la finalidad que con ello se persigue: la de evitar una masiva desviación de acciones hacia el orden penal, en punto a conseguir la rápida satisfacción procesal del resarcimiento mediante el forzamiento de la responsabilidad penal.
54. Que dispone: «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 necesaria para la fijación de responsabilidad patrimonial».

tractual penal en el mismo caso sea sólo subsidiaria⁵⁵. Esta aparente contradicción, respetada por la jurisprudencia penal, no se correspondía con la sentada por la civil cuando conocía de los supuestos relativos a responsabilidad civil derivada de delito, debido a la reserva de la acción civil por parte del recurrente con ocasión de la interposición de la penal, pues en estos asuntos imputaba a la Administración responsabilidad directa y solidaria⁵⁶. La reiteración de la misma redacción que aparecía en el Código derogado hace previsible un cambio en la orientación doctrinal y su readaptación a la ley, aunque en materia de responsabilidad extracontractual, como es sabido, no conviene aventurar conclusiones precipitadas, antes de haber analizado la jurisprudencia que vaya recayendo en la materia. Por lo demás, y como respuesta a la aparente contradicción resaltada, cabe recordar que el artículo 146.2 LRJ-PAC, y el propio artículo 121 CP, autorizan a ejercer simultáneamente la acción penal y la de reclamación administrativa por daños, lo que deja en manos del lesionado el beneficiarse directamente del régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual, que no se excepciona, por consiguiente, en este supuesto⁵⁷. De otro lado, la suscripción

-
55. Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 151 y ss.; PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 307 y ss. y PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 44, en nota. El Consejo de Estado asumió y rechazó esta contradicción, declarando que la promulgación de la LRJAE transforma en objetiva la responsabilidad de la Administración, a pesar de que se exija por razones de economía procesal ante los Tribunales penales, como explica MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 96. No obstante, como aclara el propio autor, el orden penal no ha seguido esta postura, que sí se encuentra respaldada por la doctrina civil, como tendremos ocasión de comprobar un poco más adelante. Por su parte, LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad...» (1993), *op. cit.*, pg. 404, se alinea con los planteamientos transcritos del Consejo de Estado en la materia. En la opinión contraria parece situarse SOTO NIETO, F.: «Responsabilidad subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, vol. 2, Madrid, 1988, pgs. 1832 y ss., quien razona que la responsabilidad penal y la administrativa se cimentan sobre bases conceptuales diferentes, lo que justifica correlativamente esta disparidad de tratamiento.
56. Vid. STS (Sala 1.ª) de 15 diciembre 1994 (RJ 1994, 10112). Como ya se ha dicho, esta doctrina no se corresponde con la recaída en la misma materia ante el orden penal, que aplica estrictamente el criterio de responsabilidad subsidiaria consagrado en el art. 22 CP; *vid.*, en este sentido, las SSTS (Sala 2.ª) de 29 febrero 1996 (RJ 1996, 925); 28 octubre 1995 (RJ 1995, 7914); 17 julio 1995 (RJ 1995, 5606); 10 julio 1995 (RJ 1995, 5430); 8 junio 1995 (RJ 1995, 4563) y 5 mayo 1995 (RJ 1995, 3560).
57. Lo que ha sido valorado favorablemente por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. II, *op. cit.*, pg. 422; GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pg. 393; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad...» (1993), *op. cit.*, pgs. 406 y ss.; y BARCELONA LLOP, J.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 377. En cambio, pone de manifiesto ciertas complicaciones MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pgs. 98 y ss.

de pólizas de seguros por parte de la Administración en orden a cubrir la responsabilidad civil y/o penal de sus dependientes neutraliza todo reproche sobre la eventual insolvencia en que éstos puedan incurrir, además de articular una acción directa contra la aseguradora ante el propio orden penal, todo lo cual configura un sistema que, a mi juicio, resulta completamente satisfactorio.

Si se aprecia mediación de responsabilidad penal, el Juez se pronunciará en relación con el *quantum* indemnizatorio que corresponde abonar en el asunto con ocasión de la sentencia (art. 742.2 LECrim). Esta circunstancia, unida al hecho de que la responsabilidad de la Administración puede activarse en este caso, justifica, a mi juicio, el litisconsorcio pasivo necesario que pide el artículo 121.2 CP en orden al encauzamiento y condena de la Administración, pues de esta manera su defensa letrada puede conseguir, eventualmente, la exclusión de responsabilidad⁵⁸. Para ello, se exigiría demostrar que el funcionario o agente actuó a título particular y con total desprendimiento del ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso resulta responsable único de las lesiones, sin que la Administración deba responder subsidiariamente.

En cambio, si con ocasión del proceso no se imputa responsabilidad penal, la responsabilidad extracontractual habrá de exigirse conforme a sus reglas propias de imputación, y ante el orden jurisdiccional competente para conocer de la materia. Quiere con ello decirse que, en este caso, hay que reproducir el análisis efectuado más arriba (§1.5 de este Capítulo) en relación con el ámbito competencial respectivo de los órdenes civil y contencioso-administrativo. Si lo que se reclama es responsabilidad administrativa extracontractual, habrá que iniciar la vía administrativa y el asunto será residenciable ante la jurisdicción contenciosa⁵⁹. Por tanto, la jurisdicción penal sólo será competente en la materia cuando el lesionado acumule en vía penal la acción penal y la pretensión de resarcimiento. La jurisdicción civil resultará competente cuando sea de aplicación el régimen común de responsabilidad, esto es, cuando a) el funcionario o

58. En este sentido, durante los últimos años de vigencia del antiguo Código Penal comenzó a tomar cuerpo en la Sala Segunda del Tribunal Supremo una línea de jurisprudencia que reputaba legitimada a la defensa de la Administración en orden a reconducir la tipificación del hecho o incluso a excluir la responsabilidad penal, pues de todo ello depende la eventual puesta en escena de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración; *vid.*, en este sentido, las SSTS 7 abril 1994 (RJ 1994, 2900); 1 marzo 1994 (RJ 1994, 2079); 7 mayo 1993 (RJ 1993, 3859) y 25 marzo 1991 (RJ 1991, 3153).

En contra, sin embargo, del litisconsorcio pasivo necesario mencionado, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 44, en nota; y asimismo en «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 406, nota 3.

59. En el mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal...*, *op. cit.*, pg. 628.

agente actúen en su esfera privada; b) cuando a pesar de ello quepa imputar a la Administración culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Sólo en este último caso cabrá condenar a la Administración ante el orden civil⁶⁰, y lo propio cabe decir, además, en relación con la determinación de su responsabilidad subsidiaria *ex delicto* en el proceso penal⁶¹. Ello se corresponde, por lo demás, con el artículo 146 LRJ-PAC, cuya dimensión fue analizada asimismo en el lugar señalado, sin que se requiera reiterar ahora aquellos razonamientos. No obstante, debe destacarse la previsión que contempla el apartado segundo de este mismo artículo en relación con la prescripción de la acción administrativa, cuestión que, excediendo de las dimensiones propias de este trabajo, no conviene analizar aquí. Este hecho, unido a la ya conocida doctrina de la Sala primera en la materia, hacen previsible que esta última siga conociendo de los recursos en que se demande conjuntamente a la Administración y el particular tras la exculpación penal.

3. COMPETENCIA JURISDICCIONAL DEL ORDEN SOCIAL. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR MALPRAXIS SANITARIA

Una de las materias en que la litigiosidad relativa a la responsabilidad administrativa extracontractual resulta más elevada es la referente a la prestación deficiente de asistencia sanitaria en los centros del sistema público de salud. Cada vez son más frecuentes los asuntos en que se ventila esta cuestión⁶². Antes de la aprobación de la Ley 30/1992, tres órdenes jurisdiccionales distintos ve-

60. En cambio, MOLINA BLÁZQUEZ, C.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 153, sostiene que la Administración puede ser demandada en solitario ante el orden civil en estos casos, con base en los arts. 142 y 143 LRJ-PAC.

61. Como confirman QUINTERO OLIVARES, G. y otros: *Curso de Derecho penal. Parte general*, CEDECS, Barcelona, 1996, pg. 534: «Las administraciones públicas responden subsidiariamente (...) siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (...). Otra cosa será, y nunca se confundirá, el delito cometido por el funcionario completamente al margen de su actividad en la Administración. Especial trato merece, no obstante, el particular régimen de obligación permanente y de responsabilidad permanente de la Administración respecto de los funcionarios autorizados para el porte y uso de armas por los delitos que cometan en uso de éstas».

Sobre el particular pueden verse, *in extenso*, BARCELONA LLOP, J.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 380 y ss. y SOTO NIETO, F.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, especialmente pgs. 1823 y ss.

62. Vid. PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 283 y ss. Sin embargo, CONDE, J.: «La responsabilidad de la Administración y de los profesionales en la práctica médica», en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid, 1994, pg. 16, sostiene que «la conflictividad litigiosa en España aún está muy lejos de resultar preocupante».

nían conociendo de estas reclamaciones: el social, el civil, y el contencioso-administrativo, quienes además aplicaban a los asuntos un derecho sustantivo diferente, deparando grados diversos de tutela procesal⁶³. La imposibilidad de que el orden civil siga conociendo de la materia se apoya en los mismos argumentos ya analizados en el §1 de este Capítulo, por lo que no procede efectuar comentarios adicionales en la cuestión, salvo el lógico recordatorio de que, atendidos los pronunciamientos contradictorios que se vienen manifestando ante ese orden en relación con la responsabilidad administrativa extracontractual, debe suponerse la reproducción de los mismos planteamientos en el tema que nos ocupa, como demuestra ya alguna jurisprudencia menor recaída al respecto⁶⁴.

63. Vid. SERRANO ALONSO, E.: «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho. Revista Semanal de Actualidad Jurídica*, septiembre de 1992, pg. 4; SALA FRANCO, T.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 148; MUGA MUÑOZ, J. L.: «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por el contagio de SIDA», *RAP*, núm. 136, 1995, pgs. 302 y 305; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia sanitaria. Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 diciembre 1993», en *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 1, 1994, pg. 7; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Los anteojos...», *op. cit.*, pg. 244; DESDENTADO DAROCA, E.: «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *RAP*, núm. 136, 1995, pg. 313; NOGUERA DE LA MUELA, B.: «La unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pg. 598; DE ANGEL YAGÜE, R.: «La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pgs. 55 y ss. y GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, pgs. 172 y ss. En cambio, MUÑOZ MACHADO, S.: «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, pg. 265, considera que la jurisdicción civil ha llegado a los mismos resultados que la jurisprudencia administrativa que aplica los principios de la responsabilidad objetiva. En el mismo sentido, PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 329.

De otro lado, los conflictos de jurisdicción en la materia distan mucho de ser novedosos, como atestigua el trabajo de CASTELLS ARTECHE, J. M.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia hospitalaria», *RAP*, núm. 79, 1976, pgs. 217 y ss.

64. Jurisprudencia que, tras la aprobación de la Ley 30/1992, y en supuestos a los que esta Ley ya es de aplicación, no resulta, en absoluto, homogénea. Así, la SAP Guadalajara 18 enero 1996 (AC 1996, 48), desestima el recurso y declara competente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En cambio, la SAP Cáceres 21 febrero 1995 (AC 1995, 218), considera competente al propio orden civil, con base en el criterio de la *vis atractiva*; el pronunciamiento dispone de un voto particular que atribuye la competencia al orden contencioso-administrativo. En la misma línea, la SAP Zaragoza 8 octubre 1996 (ED 1996, 2423), que toma en consideración una reclamación por daños que acaecieron en agosto de 1993, afirma: «Se dice que de una parte, uno de los demandados, el Instituto Nacional de la Salud, está integrado en la Administración pública y que las doctoras codemandadas, al trabajar para el INSALUD, también se integran en la Administración pública, por lo que

Existe, no obstante, un argumento adicional que esgrime el orden civil para entenderse competente en la materia, y que no ha sido analizado hasta ahora. Se trata de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre un particular y la Administración cuando se recibe asistencia sanitaria en un centro público de salud. Para el orden civil, esta relación es de naturaleza contractual, por lo que los daños derivados de ella se enmarcan en un supuesto de responsabilidad *contractual*, sobre el que dicho orden se entiende competente para conocer [*vid.*, en este sentido, la reciente STS (Sala 1.^a) 18 febrero 1997 (AJA 1997, núm. 283/2)]. Evidentemente, no podemos compartir estas conclusiones, pues como se verá más adelante (§3.2.B de este Capítulo), la asistencia sanitaria en centros públicos no se configura en nuestro ordenamiento como una relación jurídica de naturaleza contractual, sino como una prestación que la Constitución Española impone a los poderes públicos; constituye, por consiguiente, un derecho constitucional, cuyo contenido viene determinado por el ordenamiento jurídico, y no un contrato de adhesión que los particulares suscriban con la Administración .

En cambio, merece ser tratado específicamente el alcance competencial del orden social, de manera que podamos determinar si efectivamente le corresponde o no conocer de esta materia. Para introducirnos en la cuestión conviene presentar el tema mediante una serie de pronunciamientos judiciales, recientemente recaídos, en los que se encuentran las claves del problema.

la Jurisdicción competente para conocer de la reclamación indemnizatoria contenida en la demanda era la Contencioso-Administrativa y no la Civil ordinaria. Pero lo cierto es que la excepción dilatoria comentada, no puede ser acogida por dos razones: 1.^a) Por cuanto, como ya declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 1989 (RJ 1989, 2997), la actuación de la Administración en los concretos menesteres de la curación de enfermos en los centros hospitalarios que mantiene, ha de estimarse como una actuación de Derecho privado; y 2.^a) Que en modo alguno puede aceptarse que los médicos, u otros facultativos sanitarios, que prestan sus servicios en los centros hospitalarios que sostiene la Administración pública, concretamente por medio del INSALUD, adquieran por este solo hecho el *status* de funcionarios públicos por lo que en todo caso habría que aplicar lo que nos enseña el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 4466), acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la Jurisdicción Civil ordinaria para su conocimiento, por el carácter atractivo de la misma, pues, siendo solidarias sus responsabilidades, de separar la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico». Como se observa, la sentencia desconoce por completo la promulgación de la Ley 30/1992, y se limita a repetir incorrectamente la doctrina, ya caducada, del Tribunal Supremo en la materia. Por lo demás, y como se afirma en el texto, en el §1.5 de este mismo Capítulo hemos ofrecido la oportuna respuesta a todos y cada uno de los argumentos que esta sentencia recoge, y hemos desembocado en la conclusión de que la competencia en la materia no se encuentra atribuida en modo alguno al orden civil.

En primer lugar, el Auto de 7 julio 1994 (RJ 1994, 7998), de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que ya ha sido objeto de varios comentarios doctrinales monográficos⁶⁵, afirma:

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 precepto específico que así lo establezca, que en materia de relaciones propias de Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculadas a la Administración del Estado, y, por tanto, Administraciones Públicas a los efectos de la ley –art. 2.2–, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

Este pronunciamiento, con el que sólo discrepo en la apreciación de que la Ley 30/1992 es técnicamente positiva en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, se ha visto inmediatamente contradicho por otros posteriores, que polemizan con el auto citado y llegan incluso a recordar «el carácter no vinculante de las expresadas resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia, no obstante la consideración que, en su momento, puedan merecer»⁶⁶. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 10 de julio de 1995 (RJ 1995, 5488)⁶⁷, estimando un recurso de casación para la unificación

65. DESDENTADO DAROCA, E.: «La determinación...», *op. cit.*, pgs. 309 y ss.; IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción...», *op. cit.*, pgs. 413 y ss. y NOGUERA DE LA MUELA, B.: «La unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pgs. 597 y ss.

66. Cfr. STS 17 abril 1995 (RJ 1995, 3052). Con un talante próximo al que subyace en esta sentencia, la posterior de 10 julio 1995 (de la que nos ocuparemos en profundidad más adelante) afirma: «El planteamiento de esta materia ha llevado a soluciones de diversidad que ha hecho decir a alguna sentencia de este Tribunal Supremo que se deba, respecto de lo civil, lo social y lo contencioso-administrativo un “lamentable peregrinaje jurisdiccional” (...). Pero para superar esta dificultad acaso hubiera sido preciso que el Tribunal dispusiera de una Sala de composición mixta y con un número paritario de miembros procedentes de las tres distintas Salas del Tribunal, donde hubieran podido debatirse y resolverse definitivamente estas cuestiones, con carácter de generalidad y sin daño a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de certeza del Derecho». En la primera de estas sentencias, la Sala de lo Social considera que no resulta de aplicación al caso de autos el nuevo diseño resultante de la Ley 30/1992, por traer causa la reclamación de un hecho anterior a su entrada en vigor. En consecuencia, se declara competente para conocer del asunto (conforme al reparto jurisdiccional teóricamente vigente antes de la promulgación de la Ley 30/1992), y remite la consideración del auto de la Sala de Conflictos a un momento posterior, cuando deba pronunciarse sobre un asunto generado bajo la vigencia de la nueva Ley. Idénticas apreciaciones se realizan, más comedidamente, en la STS 23 enero 1995 (RJ 1995, 402).

67. *Vid.* un comentario monográfico sobre la misma en DE PALMA DEL TESO, A.: «El lamentable

de doctrina, interpuesto contra una Sentencia de 8 julio 1994, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (confirmatoria de otra del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo), que desestimaba una pretensión de resarcimiento por prestación deficiente de asistencia sanitaria⁶⁸, contradice abiertamente el Auto de la Sala de Conflictos y, en recurso *para la unificación de doctrina*, se sienta lo siguiente:

Aquí no se ventila una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público. (...) La relación que liga al beneficiario de la prestación con la Administración sanitaria sitúa la cuestión determinante no ya en la responsabilidad que se reclama, sino en la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. (...) Se reclaman, en definitiva, las consecuencias de una prestación en que se ha producido, según se dice, una actuación negligente de los servicios médicos. (...) No se diga que no se está ante una prestación de la Seguridad Social a menos que se quiera trocear lo unitario (...). Debe estimarse el recurso de esta clase en su día interpuesto por los demandantes y declarar que el orden social de la jurisdicción es el competente para el conocimiento de la reclamación interpuesta.

La sentencia, que ha sido comentada demoledoramente por PANTALEÓN⁶⁹, dispone de un voto particular contrario a los planteamientos de la mayoría⁷⁰, y se ha visto confirmada posteriormente por otras semejantes⁷¹. Por consiguiente,

peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, núm. 89, 1996, pgs. 135 y ss.

68. Según los antecedentes de hecho de la sentencia, el señor A. P. fue intervenido clínicamente por dos veces, sin que se pusiera remedio a un proceso cancerígeno que le había sido diagnosticado en varias ocasiones, y de cuyas resultas falleció el 2 de marzo de 1992. Sus herederos presentaron «reclamación previa» ante el INSALUD el 2 de julio de 1993, y ante la Consejería de Salud del Principado de Asturias el 19 del mismo mes y año, solicitando una indemnización de diez millones de pesetas. Tras la desestimación presunta de lo pedido, accedieron a la jurisdicción social. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo no llegó a pronunciarse sobre el fondo, por declararse incompetente; señaló la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto. El recurso de súplica interpuesto contra su sentencia fue desestimado por la Sala 4.ª del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.
69. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pgs. 404 y ss.
70. El voto particular fue formulado por cinco magistrados, en tanto que el sector mayoritario agrupó a once.
71. Así, SSTS (Sala 4.ª) 9 febrero 1996 (RJ 1996, 1008); 18 mayo 1996 (RJ 1996, 4477); 24 junio 1996 (RJ 1996, 6100) y 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 6579). *Vid.*, asimismo, la STSJ Galicia 8 enero 1997 (AJA 1997, núm. 287/17). Estas sentencias resultan menos extensas en su fundamentación, probablemente, porque la citada en el texto recayó en recurso para la unificación de doctrina, lo que evita la necesidad de extenderse en consideraciones que

el desconcierto ha vuelto a instalarse en la cuestión. Para valorar dónde deben sustanciarse estos asuntos, seguiremos el criterio de determinar en primer término qué naturaleza jurídica ostenta el daño soportado por los particulares en los centros públicos de salud, para proceder después a analizar el reparto jurisdiccional que corresponde a esta materia.

3.1. La malpraxis sanitaria en centros públicos como supuesto de responsabilidad administrativa extracontractual.

La Sentencia de 10 julio de 1995 (RJ 1995, 5488) considera que la *responsabilidad* por deficiencia en la prestación de asistencia sanitaria es una materia incluida dentro del concepto mismo de *asistencia sanitaria*. El fundamento jurídico de esta construcción, que el pronunciamiento sólo recoge implícitamente, sería el siguiente: *Primero*: El artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS-A⁷²), establece: «La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo». *Segundo*: el artículo 41 LGSS-A afirma: «Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas». Estos dos preceptos son puestos en conexión por la jurisprudencia social, sosteniendo que las Entidades gestoras son responsables de la prestación de asistencia sanitaria, la cual constituye un *derecho subjetivo* del particular, que abarca tanto el derecho a la asistencia misma, como el *derecho a ser indemnizado por su prestación deficiente*⁷³.

ya han merecido este tratamiento. Por todo ello, las referencias que se hagan en adelante serán a la Sentencia de 10 julio 1995.

72. El Real Decreto Legislativo citado, por el que se aprueba un texto refundido, no deroga ciertos artículos del Real Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 mayo, por el que se aprobó en su día el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En consecuencia, existen actualmente dos textos refundidos con la misma nomenclatura, pero distinto contenido y numeración. He considerado que, a efectos de citas abreviadas, resulta oportuno añadirle al más reciente la letra «A», y al más antiguo la letra «B».

73. Así pueden interpretarse los siguientes párrafos, extraídos de la sentencia comentada: «Aquí no se ventila una responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino una reclamación referida a la prestación de asistencia sanitaria, y por tanto, en los términos del art. 2 LPL, una reclamación de la Seguridad Social.

No se diga que no se está ante una prestación de la Seguridad Social. A menos que se quiera trocear lo unitario, esto es la asistencia sanitaria como prestación comprendida en la acción protectora del sistema (art. 38 LSS).

La asistencia sanitaria en un régimen público de Seguridad Social que garantiza el art. 41

Erigida en derecho subjetivo, la asistencia sanitaria incorporaría, inevitablemente, una vertiente de garantía, constituida por la eventual reclamación que el particular podrá interponer cuando existan deficiencias en la prestación, o una negativa a proporcionarla. Ello revela que *el verdadero problema en todo este asunto reside en determinar el alcance material del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria*, pues en función del contenido del derecho se reconocerán los mecanismos de respuesta adecuados contra su frustración.

En este sentido, estimo que no todo daño ocasionado por las entidades gestoras de la Seguridad Social puede considerarse como una prestación deficiente de asistencia sanitaria. En mi opinión, sólo debe considerarse aparejada al derecho subjetivo mencionado la indemnización correspondiente a la deficiencia *en la prestación*, pero no el eventual derecho a resarcimiento que ostentan los particulares a consecuencia *de la prestación*, es decir, de los daños soporados en un centro sanitario de la Seguridad Social.

A modo de ejemplo, el derrumbamiento de un centro hospitalario es un supuesto de funcionamiento anormal de un servicio público. Creo indiscutible la afirmación de que la indemnización patrimonial a la que tienen derecho los afectados no puede conectarse en este caso con su derecho subjetivo a la asistencia sanitaria, y también considero evidente que no cabe valorar el suceso como una prestación deficiente del servicio. Más bien, parece que nos encontramos en presencia de otro derecho materialmente distinto, que no se desprende del artículo 38 LGSS-A, sino del artículo 106.2 CE y de su desarrollo legislativo en la Ley 30/1992.

CE, es una prestación propia de la Seguridad Social, articulada como derecho público subjetivo frente a la Entidad Gestora de la misma, el INSALUD o el Servicio o Insitituto de la Comunidad Autónoma al que se haya verificado la transferencia correspondiente» (Fundamento jurídico II).

«Exigir las consecuencias de la prestación asistencial insuficiente, como exigir la prestación misma o como pedir el reintegro de los gastos ocasionados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social (...) son acciones comprendidas en el desarrollo de la acción protectora del sistema. Dividir los tres miembros del planteamiento indicado para escoger uno y excluir otro resulta artificial, pues si cabe exigir la prestación toda ante su incumplimiento total y hasta reclamar lo gastado por la negativa a la asistencia, no debe decirse que el incumplimiento parcial o erróneo escapen del mismo marco prestacional» (Fundamento jurídico V).

Idéntico planteamiento subyace en la STS (Sala 4.ª) 19 septiembre 1994 (RJ 1994, 7162), en cuyo fundamento jurídico II puede leerse: «El plazo de prescripción para exigir resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la defectuosa dispensación de la prestación de asistencia sanitaria que incluye la acción protectora del sistema de Seguridad Social, es el de cinco años que establece el art. 54 de la Ley General, *teniendo en cuenta que tal acción es inherente a la referida prestación y consecuencia de la misma*» (la cursiva es nuestra). Esta sentencia, recaída igualmente en un recurso para la unificación de doctrina, se dicta en un caso de fallecimiento por prestación defectuosa de asistencia sanitaria.

Sin embargo, la frontera entre uno y otro derechos no siempre resulta nítida; por ejemplo, el fallecimiento de un enfermo como consecuencia de una evidente negligencia médica: ¿dónde se engarza aquí el derecho al resarcimiento, en el componente reaccional del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria, o bien directamente en el artículo 106.2 CE? Creo que la respuesta viene ofrecida por el derecho positivo, que se ha detenido a perfilar el concepto de «asistencia sanitaria», y al hacerlo, nos desvela igualmente el alcance reaccional de este derecho subjetivo.

En efecto, de los artículos 98 y 99 LGSS-B⁷⁴ se desprende claramente el carácter dinámico de la asistencia sanitaria, que *no es concebida como una prestación económica, sino como una actividad prestacional* de la que pueden disfrutar los beneficiarios del servicio. Del artículo 98 LGSS-B resulta, a mi juicio, una delimitación muy precisa de la «asistencia sanitaria», que se conceptúa como una actividad de «prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud». Para abarcar este aspecto en toda su amplitud, podemos mencionar los preceptos positivos que perfilan el alcance de los servicios médicos y farmacéuticos a que se refiere el artículo citado⁷⁵.

En lo que se refiere a las *prestaciones médicas*, según el artículo 103 LGSS-B⁷⁶ los administrados tienen derecho a ser atendidos médicamente, a ser hospitaliza-

74. Art. 98 LGSS-B: «*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».
- Art. 99 LGSS-B: «*Hecho causante*. En la extensión y términos que se fijan en esta Ley, las contingencias cubiertas por las prestaciones de la asistencia sanitaria serán la enfermedad común o profesional, las lesiones derivadas de accidente, cualquiera que sea su causa, así como el embarazo, el parto y el puerperio».
75. Además de las prestaciones médicas y farmacéuticas que se analizan en el texto, la asistencia sanitaria puede dar lugar a «otras prestaciones», concentradas principalmente en facilitación de prótesis y vehículos para desplazamiento de incapacitados, cuestiones ambas separadas igualmente del tema que nos ocupa, y que por esta razón no son tratadas con mayor detenimiento. Coinciden con nuestro planteamiento las SSTs 23 febrero 1993 (RJ 1993, 1271); 28 abril 1993 (RJ 1993, 3379) y 26 mayo 1994 (RJ 1994, 4305), dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina.
76. El art. 103 LGSS-B dispone: «1. La asistencia médica prestada por el Régimen General a sus beneficiarios comprenderá, con el alcance determinado en esta Ley, los servicios de Medicina general, especialidades, internamiento quirúrgico y Medicina de Urgencia, así como el tratamiento y estancia en Centros y Establecimientos sanitarios».
- Tal vez interese conocer, asimismo, el art. 104 LGSS-B: «*Modalidades de la prestación médica*.

dos, a ser intervenidos quirúrgicamente, etc. Y por lo que concierne a la *prestación farmacéutica*, ésta se configura por el artículo 107 LGSS-B como dispensación de medicamentos, que en unos casos es totalmente gratuita, y en otros casos, parcialmente sufragada por el beneficiario. Es decir, incluso en este tipo de asistencia sanitaria, la teleología del sistema no comporta que el particular recibe una ayuda económica para la adquisición del medicamento, por cuanto que la prestación se construye técnicamente a la inversa: la Administración dispensa el medicamento, y el particular participa parcialmente en el gasto que ello comporta⁷⁷.

Como afirma la propia STS (Sala 4.^a) 10 julio 1995 (citada), la asistencia sanitaria «Es una *prestación técnica en especie*, de finalidad reparadora, consistente en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud»⁷⁸ (la cursiva es nuestra). En consecuencia, los titulares del derecho subjetivo pueden reclamar la prestación de la asistencia cuando exista un rechazo a dispensarla, y en ello consiste la vertiente reactiva de su derecho. Pero como regla general, no disponen de derechos económicos frente a la Administración por este concepto⁷⁹. Como se ve, la asistencia sanitaria no incluye

1. La asistencia médica podrá prestarse en el domicilio del enfermo, en régimen de ambulatorio o internado, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en sus normas de aplicación y desarrollo».

77. Art. 107.1 LGSS-B: «La dispensación de medicamentos será gratuita en los tratamientos que se realicen en las Instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social y en los que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. En los demás casos participarán los beneficiarios mediante el pago de una cantidad fija por receta o, en su caso, por medicamento, cuya determinación corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical».
78. Apreciación que comparte el voto particular emitido contra el parecer mayoritario en este asunto.
79. En ello coincide la doctrina laboralista, que, al analizar las prestaciones recogidas en el marco de la asistencia sanitaria, excluye toda mención a la reclamación por prestación defectuosa de la asistencia, de cuya omisión se desprende, en sentido contrario, que esa doctrina no la considera incluida en el ámbito material de la asistencia sanitaria; *vid.* APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social...*, *op. cit.*, pgs. 234 y ss.; DEL VAL DE LA FUENTE, E.: *Lecciones...*, *op. cit.*, pgs. 49-1 y ss.; ORDEIG FOS, J. M.: *El sistema español...*, *op. cit.*, pgs. 256 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, *op. cit.*, pgs. 142 y ss.; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pgs. 237 y ss.; LLOBET FERNÁNDEZ-GRANDE, E.: *Todo sobre la Seguridad Social y sus prestaciones*, De Vecchi, Barcelona, 1986, pgs. 80 y ss.; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios a la Ley de Seguridad Social*, vol. III, Lex Nova, Valladolid, 1983, pgs. 381 y ss.; AA VV: *Lecciones de Seguridad Social...*, *op. cit.*, pgs. 63 y ss.; AA VV: *Curso de Seguridad Social*, *op. cit.*, pgs. 234 y ss., y especialmente, 250 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Asistencia sanitaria de la Seguridad Social», en *EJB*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 608 y ss.; ALVAREZ NEBREDÁ, C.: *Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pgs. 50 y ss. y CORVO, V.: *La seguridad social de los funcionarios de las administraciones públicas*, La Casa del Abogado, ISBN

tampoco el reconocimiento de indemnización de alguna clase en compensación por las minusvalías derivadas de los hechos causantes de la prestación⁸⁰.

Existen, efectivamente, ejemplos en los que la prestación en especie parece sustituirse por su equivalente económico. Se trata de aquellos supuestos en los que se reconoce al beneficiario una indemnización, cuando la Seguridad Social no pudo prestar el servicio sanitario, y resultó preciso acudir a una entidad exterior al Sistema Nacional de Salud que lo ofreciese. Caso de existir irregularidades en el reintegro de las cantidades adelantadas, el particular goza de acciones en la vía social que preservan su derecho. Este argumento es empleado por la Sentencia de 10 junio 1995 para afirmar que la prestación de la asistencia sanitaria, y la entrega de cantidades líquidas relacionadas en sentido genérico con la misma, son componentes de una misma materia, que no puede compartimentarse, a riesgo de dividir lo unitario.

Sin embargo, creo que en estos casos no se produce una sustitución de la prestación por su equivalente económico; sucede, más bien, que *la Administración reintegra al particular los gastos originados a consecuencia de una prestación que no pudo atender ella misma* –aunque debía hacerlo–, bien por urgencia, bien por insuficiencia de medios⁸¹. La prestación se produce, y la Seguridad Social la

84-604-8675-3 (no consta lugar ni fecha), pgs. 29 y ss. De hecho, algunos autores incluso destacan que la asistencia sanitaria es una excepción en el marco de las prestaciones de Seguridad Social, por configurarse como un servicio, y no como suma de dinero; *vid.* ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 31.

La omisión de toda referencia a la responsabilidad extracontractual se produce incluso en la monografía de BARBA MORA, A.: *Prestaciones económicas de la Seguridad Social*, CISS, Valencia, 1994.

80. En el mismo sentido, el voto particular formulado por cinco magistrados en el asunto que nos ocupa sostiene que: «La asistencia sanitaria de la Seguridad Social es configurada en el sistema español de Seguridad Social como una prestación en especie, o más exactamente como un conjunto de prestaciones en especie, que sólo en casos excepcionales tasados puede dar lugar a su sustitución por el equivalente pecuniario del reembolso de gastos médicos. (...) Lo que, a nuestro juicio no tiene cabida en el concepto de prestación de Seguridad Social, por mucho que éste se quiera dilatar, es la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa, que no se menciona para nada en la legislación de Seguridad Social».

81. Los dos supuestos en que cabe reclamar el reintegro de los gastos de asistencia originados en centros ajenos al Sistema Nacional de Salud son: a) la denegación injustificada de los servicios sanitarios en las entidades gestoras del sistema; b) la asistencia urgente de carácter vital, es decir, que suponga un riesgo inminente de pérdida de la vida o de órganos fundamentales para el desarrollo normal del vivir, y que deba prestarse cuando resulte extremadamente difícil o médicamente desaconsejable acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social; *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, *op. cit.*, pg. 154. La cuestión aparece regulada en el Real Decreto 63/1995, que establece asimismo un procedimiento especial para repetir el pago de los gastos generados por estos conceptos.

sufraga, aunque en razón a las circunstancias del caso el particular adelantó su coste a la entidad que le dispensó la asistencia, y repitió luego el pago contra la Administración. Se trata, por consiguiente, de un *reembolso* de gastos ocasionados, precisamente, por una prestación de asistencia sanitaria que no fue dispensada por los servicios propios de la Seguridad Social, a pesar de que el hecho causante se encontraba bajo la acción protectora del sistema. Entiendo que la cuestión difiere radicalmente de la indemnización operante frente a los daños físicos y morales causados por malpraxis sanitaria, y por tanto, que no puede servir como argumento para la interpretación analógica sobre esta última materia⁸².

Todo ello me permite abundar en la opinión de que son materia de Seguridad Social las deficiencias *en la prestación*, pero no las deficiencias derivadas *de la prestación*. En el primer caso, la cuestión bascula sobre una prestación en especie, que debe ser sufragada por la Seguridad Social, cualquiera que sea la entidad que haya dispensado finalmente la asistencia. De este modo, cuando se producen deficiencias *en la prestación*, que la han hecho desviarse hacia entidades no integradas en el Sistema, nos encontramos frente a una materia de Seguridad Social, y el particular podrá reclamar a las entidades gestoras la correspondiente compensación por los gastos realizados. Pero cuando existen daños

Por otra parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre el alcance y contenido del derecho a reintegro de gastos de asistencia sanitaria, sintonizando con el planteamiento que recogemos en el texto. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las SSTs (Sala 4.ª) 14 abril 1993 (RJ 1993, 3338); 12 diciembre 1991 (RJ 1991, 9065); 1 julio 1991 (RJ 1991, 5864); 5 marzo 1991 (RJ 1991, 1829); 27 diciembre 1990 (RJ 1990, 9846) y 17 julio 1990 (RJ 1990, 6419).

82. Resulta muy ilustrativa de cuanto ha sido expuesto la STS (Sala 4.ª) 22 noviembre 1990 (RJ 1990, 8598), que conoció de un asunto en el cual, ante un diagnóstico meramente verbal que preveía la amputación de una pierna del beneficiario, sus familiares decidieron trasladarlo a una clínica privada, en la que se le practicó otro tratamiento con el que consiguió restablecerse sin necesidad de amputación. La sentencia considera que el alta solicitada fue de carácter voluntario, renunciándose deliberadamente a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y optando en su lugar por otra de carácter privado, lo que no se contempla en la normativa de referencia (para el caso en examen, el Reglamento de Asistencia Sanitaria, aprobado por Decreto 2766/1967, de 16 noviembre, hoy derogado por el RD 63/1995, citado) como supuesto de reintegro de los gastos efectuados por utilización de servicios distintos a los de la Seguridad Social. A mi juicio, podría ofrecerse este caso como ejemplo de prestación deficiente de asistencia sanitaria; pero la jurisdicción social excluye el supuesto de toda posibilidad de resarcimiento bajo el concepto de reintegro, alegando que no consta prueba fehaciente del diagnóstico que proponía la amputación, por haberse efectuado verbalmente, el día concreto (señalado en autos por su fecha) que se le practicaron al enfermo unas biopsias. Tal vez, si se hubiera sustanciado una reclamación por daños en vía administrativa, en lugar del procedimiento seguido por el recurrente, la pretensión habría tenido otro desenlace.

derivados de la prestación (intervenciones quirúrgicas equivocadas, fallecimientos por negligencia médica, contaminación de un virus por transfusión sanguínea, etc.), no se trata de una materia de Seguridad Social⁸³, sino de un supuesto de responsabilidad administrativa, en cuyo caso el particular podrá reclamar a la Administración una indemnización por daños y perjuicios⁸⁴.

De otro lado, el *hecho causante* que da origen a la asistencia sanitaria es concretamente la enfermedad, las lesiones derivadas de accidente, el embarazo, el parto y el puerperio. En consecuencia, la prestación deficiente del servicio puede constituir un hecho causante de la prestación del propio servicio, pero sólo en la medida que se requiera el disfrute de asistencia sanitaria adicional. Así, una intervención quirúrgica desafortunada, como la extirpación por error de un riñón sano, puede ser el hecho causante de una nueva intervención, en la que se extirpe el enfermo y se implante un nuevo riñón; en este ámbito sí nos encontraríamos en materia de Seguridad Social, y el administrado podría

83. Sintonizando con este planteamiento general, la propia Ley distingue netamente la asistencia sanitaria de las prestaciones económicas que puede prestar la Seguridad Social, recogiendo estas últimas en un párrafo distinto del art. 38.1 LGSS-A: su letra a) se refiere a la asistencia sanitaria, en tanto que las prestaciones económicas aparecen en la letra c) Dice el art. 38.1, c) LGSS-A: «Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen (...)». El precepto se cita en un intento por transmitir la finalidad de las prestaciones en examen, dado que pone de manifiesto, a mi juicio, la imposibilidad de incluir en las mismas los supuestos de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas. Las prestaciones económicas se reconocen para hechos ajenos a los daños ocasionados por prestación deficiente de la asistencia sanitaria, y por consiguiente, con base en este precepto tampoco puede sostenerse que las reclamaciones por responsabilidad administrativa sean materia de Seguridad Social.
84. Conclusión a la que también llegan IRURZUN MONTERO, F.: «La jurisdicción...», *op. cit.*, pg. 431: «La asistencia sanitaria en su aspecto médico no es una cuestión propia de la Seguridad Social. Bajo este concepto sólo cabe encuadrar el derecho del beneficiario de la Seguridad Social a recibir gratuitamente las prestaciones sanitarias cubiertas por el sistema, pero no se extiende a la atención sanitaria en su aspecto meramente médico» y MUGA MUÑOZ, J. L.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 303: «La discrepancia doctrinal reside en el contenido de la prestación de Seguridad Social. No es posible extraer de ninguna norma jurídica, social o no, tan amplio concepto que incluya la responsabilidad por los daños causados en la asistencia sanitaria. Es más, los arts. 20 y ss. y 83 y ss. de la LGSS regulan las prestaciones, y una lectura detenida de los mismos manifiesta la imposibilidad de comprender dicha responsabilidad dentro de su regulación». *Vid.*, en el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 141; DESDENTADO DAROCA, E.: «La determinación...», *op. cit.*, pg. 325 y PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 321.

reclamar esta nueva operación mediante esa vía jurisdiccional, en el extraño caso de que le sea denegado el tratamiento. Por el contrario, la indemnización que merece el particular en razón al menoscabo físico que le ha supuesto la pérdida del riñón sano, no es un componente de su derecho a la asistencia sanitaria, sino un derecho distinto, de alcance constitucional, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución Española.

En el mismo sentido, el propio ponente de la sentencia comentada tuvo ocasión de transcribir en otra, dictada el 6 mayo 1992 (RJ 1992, 3511), que la petición de resarcimiento económico es cuestión diferente de las prestaciones por invalidez que pueda generar una misma actuación dañosa de la Administración. En ese caso, la asistencia sanitaria defectuosa sería, por una parte, el *funcionamiento normal o anormal* que genera un derecho a resarcimiento económico; y por otra, el *hecho causante* de una concreta prestación de Seguridad Social. Se trata, en definitiva, de dos materias diferentes, como nosotros mismos hemos indicado, frente a la opinión contraria que sostiene el mismo magistrado en la sentencia que venimos comentando durante la exposición.

En conclusión, el concepto de asistencia sanitaria no incluye, a mi juicio, la indemnización que se debe reconocer en los supuestos de funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios, cuando se hayan infligido al particular daños físicos o morales. *Estos daños no pueden considerarse, en mi opinión, como materia de Seguridad Social.* En otros asuntos el Tribunal Supremo ha considerado, igualmente, que la responsabilidad por malpraxis médica no es materia de Seguridad Social; así lo afirmó recientemente, en un conflicto de jurisdicción que enfrentó al orden civil con el social: «La configuración de la reclamación que indica el actor en su escrito impide entender que estemos ante una materia propia de la Seguridad Social» (ATS 23 diciembre 1993, de la Sala de Conflictos de Competencia)⁸⁵.

3.2. La competencia jurisdiccional en la materia.

Una vez convenido que la malpraxis sanitaria constituye un supuesto de responsabilidad administrativa extracontractual, hemos de determinar el orden

85. El conflicto de competencia no implicaba en este caso al orden contencioso-administrativo; pero aun así, la conclusión del Tribunal es extrapolable a cualquier otro asunto. Su doctrina en este caso sostiene que la responsabilidad extracontractual o aquiliana no puede considerarse materia de Seguridad Social, y con base en este argumento, la Sala declaró la competencia del orden jurisdiccional civil, considerando que el fondo de la pretensión se sustentaba sobre los artículos 1902 y 1903 CC.

Tal vez interese saber que el Tribunal Supremo sí entiende materia propia de Seguridad Social otros supuestos de responsabilidad que considera de carácter contractual, como es

jurisdiccional al que corresponde la materia, pues resulta posible que las normas sustantivas o procesales la atribuyan al orden social, como excepción puntual a la regla general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en estos asuntos.

Como ya se dijo, antes de la aprobación de la Ley 30/1992, tres órdenes jurisdiccionales distintos se consideraban competentes al propio tiempo para conocer un mismo tipo de pretensiones, aunque sus respectivas doctrinas en la cuestión (en especial, la del orden civil) no eran unívocas, y ocasionalmente, se declaraban incompetentes en la materia. Tampoco la Sala de Conflictos de Competencia ha esclarecido la cuestión, pues en sus Autos de 21 junio 1991, y 27 octubre 1994, atribuye la competencia al orden social, en tanto que en el Auto de 23 diciembre 1993, lo hace al orden civil (y elude de la relación el Auto de 7 julio 1994, pues aplica un Derecho sustantivo diferente). La causa principal de esta situación era el artículo 41 LRJAE, el cual, como sabemos, establecía una dualidad jurisdiccional para las pretensiones de responsabilidad dirigidas contra la Administración, en función del carácter (público o privado) de la relación jurídica en que se hubiera producido el daño. El argumento ha desaparecido, tras la derogación de la Ley, por lo que nos concentraremos en exponer únicamente las razones que cabe alegar actualmente al orden jurisdiccional social para entenderse competente en la materia, procediendo después a exponer los argumentos que determinan la atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A) *Preceptos alegados por la jurisdicción social para justificar su competencia en la materia.*

Antes de introducirnos en el estudio de este punto, conviene advertir que en las aportaciones doctrinales relativas a las normas procesales laborales no suele hacerse referencia a la atribución de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual al orden social⁸⁶. Por consiguiente, la construcción que comentamos, extensiva de la competencia jurisdiccional del orden social a la responsabilidad *administrativa* extracontractual, es puramente jurisprudencial. El orden social fundamenta su competencia en los siguientes preceptos:

el caso de los accidentes laborales producidos por incumplimiento de la normativa de salud e higiene en el trabajo; en este sentido, *vid.* los AATS 23 diciembre 1993 y 4 abril 1994, recaídos asimismo en conflictos de competencia entre los órdenes civil y social.

86. Tal vez con las solas excepciones de BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Trotta, Madrid, 1995, pg. 26, donde el problema se enuncia sin ofrecer posicionamiento específico y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Jurisdicción y competencia», en *Estudios sobre la nueva LPL*, CGPJ, Madrid, 1991, pg. 23.

Primero: la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, cuyo artículo 9.5⁸⁷ dispone: «Los [Tribunales] 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». Tomando en consideración en primer lugar la expresión «reclamaciones en materia de Seguridad Social», debe efectuarse en este punto la misma precisión que adelantábamos en relación con la prestación de asistencia sanitaria, pues la Ley se refiere aquí a las *prestaciones* dispensadas por el sistema público de Seguridad Social⁸⁸, y la única en la que cabe encuadrar la responsabilidad extracontractual que comentamos es precisamente en la asistencia sanitaria, concepto que, como ya ha quedado expuesto en el epígrafe anterior, no incluye las indemnizaciones derivadas de la malpraxis sanitaria⁸⁹.

En el marco del mismo precepto, la expresión «responsabilidad del Estado» es puesta en conexión por la jurisprudencia comentada del orden social con el artículo 41 LGSS-A, que postula la responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por las prestaciones cuya gestión les esté encomendada,

-
87. Precepto que ha sido calificado como ambiguo; *vid.* BAYLOS GRAU, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 29 y AA VV: *Ley de procedimiento laboral*, Deusto, Bilbao, 1990, pg. 24.
88. «A pesar del carácter omnicompreensivo con el que aparece la citada remisión dentro de la LOPJ, posteriormente vía jurisprudencia o legislación de desarrollo se van a ir produciendo sucesivas detracciones que provocan que la materia quede centrada en las pretensiones en relación con las prestaciones derogadas por el Sistema público de Seguridad Social», *cfr.* CRUZ VILLALÓN, J.: «El control judicial de los actos de la Administración de la Seguridad Social», en *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pg. 49 (la cursiva es nuestra). En análogo sentido, *vid.* LORCA NAVARRETE, A., y otros: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Dykinson, Madrid, 1993, pgs. 71 y ss.; ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho procesal del trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pgs. 48 y ss.; AA VV: *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1993, pgs. 41 y ss. y ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Valoración crítica de la LBPL», en *La reforma del proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1989, pg. 28.
89. Al análisis material que entonces efectuamos conviene asociarle ahora la reflexión jurídico-procesal que efectúa SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 141: «Es bien sabido jurisprudencialmente que (la prestación de asistencia sanitaria) se trata de una prestación de medios, nunca de resultados. Lo que tiene que procurar, en definitiva, la Administración Sanitaria, es que se preste al enfermo la asistencia. Si no se presta será competencia de la Jurisdicción Laboral; si se presta y se presta defectuosamente, nunca será competencia de la Jurisdicción Laboral. No será competencia porque no lo dice la Ley. Sería una ampliación excesiva. De lo contrario, cualquier eventual accidente que tuviera lugar con motivo de la asistencia sanitaria (un atropello, cuando una ambulancia conduce al enfermo y tiene un accidente), sería competencia de la Jurisdicción Laboral. La Jurisdicción Laboral sería en este caso competente en todo, lo cual realmente escapa a su función».

operación con la que se persigue justificar la competencia jurisdiccional para conocer en materia de responsabilidad extracontractual⁹⁰. Sin embargo, este último precepto hace mención, realmente, de la responsabilidad *prestacional* de la institución pública, esto es, la obligación que se le impone de ofrecer la prestación de Seguridad Social⁹¹. Por ello, es común en la doctrina laboralista entender que cuando las normas procesales relativas al orden social mencionan la responsabilidad del Estado, hacen referencia a la responsabilidad de carácter estrictamente *laboral*, es decir, a aquellos supuestos en que la legislación *laboral* ha previsto específicamente la responsabilidad del Estado⁹²; no se trata aquí

90. En este sentido, el Fundamento Jurídico II de la STS (Sala 4.ª) de 10 julio 1995 (RJ 1995, 5488), afirma: «Se reclama, en definitiva, las consecuencias de una prestación en que se ha producido, según se dice, una actuación negligente de los servicios médicos de la Entidad Gestora de la Seguridad Social, que han ocasionado el incumplimiento debido de la prestación sanitaria, pues dicha entidad es la que administra y gestiona los servicios sanitarios y la consiguiente prestación sanitaria de los sujetos protegidos; es el INSALUD, como resulta del art. 57.1, b) TR LSS 1994, y del art. 41.1 de la misma, que dispone que “Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida”».

91. En efecto, debe entenderse que la *responsabilidad en orden a las prestaciones* proclamada por el art. 41 LGSS-A, atañe estrictamente a la vertiente asistencial –médica y farmacéutica– analizada en el epígrafe anterior. Es decir, que el art. 41 LGSS-A señala los sujetos responsables de prestar la asistencia; precisión ésta de carácter *subjetivo*, actuable contra la inactividad, que persigue, precisamente, conseguir la actividad. Este precepto no pretende reconocer un derecho reaccional de los particulares frente a la actividad de dichos sujetos –precisión de carácter *sustancial*–; así lo ha entendido en otros casos el Tribunal Supremo. Concuerdan con esta interpretación las SSTS 1 junio 1990 (RJ 1990, 5002); 13 junio 1990 (RJ 1990, 5070) y 15 abril 1991 (RJ 1991, 3270), recaídas en asuntos análogos a la cuestión que nos ocupa.

En mi opinión, la interpretación que realiza la sentencia comentada del art. 41 LGSS-A, concibiéndolo como norma sustantiva que reconoce un derecho al resarcimiento por la prestación deficiente de asistencia sanitaria, y enclavándolo además en el marco del derecho subjetivo a la prestación, es muy forzada, y sólo encuentra justificación desde un criterio teleológico sumamente flexible, insusceptible de sobreponerse al alcance literal del precepto. Evidentemente, no es lo mismo ser responsable de dispensar las prestaciones, que de indemnizar los daños derivados de ellas.

92. Así, los casos en los que el Estado actúa como empresario; los salarios por tramitación superior a dos meses de los expedientes de despido; las reclamaciones dirigidas contra el FGS; etc. En este sentido se ha afirmado: «La dicción de la LOPJ lo es genérica a cualquier tipo de responsabilidad que se le pueda imponer al Estado *por la legislación laboral*. Entendiendo el término en sentido no estrictamente técnico (...), cabría incluir dentro de este apartado todas aquellas *obligaciones de abono dinerario impuestas por la legislación laboral en el ámbito de las relaciones laborales*»; cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: «El control...», *op. cit.*, pg. 51 (la cursiva es nuestra); este párrafo también puede leerse en el trabajo del mismo autor: «El control judicial de los actos de la Administración laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa», en *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, Ministe-

de la responsabilidad *administrativa* extracontractual que resulte imputable a la Administración (al Estado), sino de otro tipo de responsabilidades (patrimoniales o no), en que pueda incurrir el Estado. Por tanto, este precepto no persigue atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de cualquier asunto en que una entidad integrada en el sistema de la Seguridad Social incurra en responsabilidad patrimonial. Ello se corresponde con la interpretación restrictiva que el propio Tribunal Supremo propone del mencionado artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹³.

Segundo: El artículo 25 LOPJ establece que en el orden social la jurisdicción española será competente «en materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España». Sin embargo, como ya sabemos, la responsabilidad administrativa no puede calificarse como materia de Seguridad Social, y en consecuencia, el precepto citado no provoca una asignación específica de esta materia en beneficio de la jurisdicción social.

Tercero: El mismo comentario merece el artículo 2, b) del Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), al disponer que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en materia de Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo». Se excluyen expresamente del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios en materia de Seguridad Social, pero como ya sabemos, esta materia no

rio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 263. *Vid.*, igualmente, LORCA NAVARRETE, A., y otros: *Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 66; del mismo autor: *Derecho procesal civil, laboral y contencioso-administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987, pgs. 256 y ss.; ALONSO OLEA, M. y MINAMBRES PUIG, C.: *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pg. 54; MONTERO AROCA, J.: *El proceso laboral*, Bosch, Barcelona, 1982, pg. 69; AA VV: *Curso de procedimiento laboral*, *op. cit.*, pgs. 35 y ss.; AA VV: *Ley de procedimiento laboral*, *op. cit.*, pg. 33 y AA VV: *Práctica procesal laboral. Criterios de aplicación de la LPL*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pg. 15.

De otro lado, el autor que consagra mayor atención a la «responsabilidad» de la Seguridad Social es ORDEIG FOS, J. M.: *El sistema...*, *op. cit.*, pgs. 219 y ss., quien le dedica nada menos que tres capítulos de su monografía, sin que en ninguno de ellos se haga referencia a la responsabilidad extracontractual derivada de la prestación deficiente de asistencia sanitaria, y restringiendo su análisis a la responsabilidad de carácter laboral a la que hemos hecho referencia.

93. «La expresión rama social del Derecho, determinante de la competencia del orden jurisdiccional social, según el art. 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, no tiene la amplitud de contenido que de su mera literalidad pudiera deducirse a los efectos de determinar el contenido y alcance de dicha jurisdicción; se precisa pues una interpretación sistemática e integradora del precepto que ponga de relieve el exacto contenido y alcance de la regla determinante de cuáles son los supuestos que han de atribuirse al conocimiento de una jurisdicción»; cfr. STS 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 6941).

abarca el concepto de reclamación administrativa por malpraxis sanitaria; por tanto, el precepto no resulta esclarecedor en lo que se refiere a la asignación de competencia acerca de esta otra materia⁹⁴.

Cuarto: El artículo 2, a) LJCA establece que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que, «aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones». Este artículo suele ser citado como argumento justificativo para la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa en las reclamaciones de responsabilidad por prestación deficiente de la asistencia sanitaria. El precepto, sin embargo, no ostenta en sí mismo contenido dispositivo alguno, pues se limita a recordar una exclusión de competencia que sólo puede activarse cuando exista una norma expresa que asigne cierta materia a la jurisdicción social, y ello no ocurre en el caso que nos ocupa. Para que prospere esta exclusión, resulta preciso fundarla en algún precepto específico adicional⁹⁵, lo que hasta aquí no se ha conseguido, dado que no se ha llegado a asociar al artículo 2, a) LJCA el complemento normativo indispensable que requiere para cobrar funcionalidad en la materia.

Quinto: La disposición adicional sexta de la Ley 30/1992 afirma: «La impugnación de los actos de Seguridad Social y Desempleo, en los términos previstos en el artículo 2.º del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 abril, así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley». Como se observa, la Ley 30/1992 remite a la LPL, cuyo art. 2 ya ha sido comentado más arriba, llegando a la conclusión de que no provoca una asignación de esta materia a la competencia de la jurisdicción social. No puede verse en la Disposición Adicional sexta LRJ-PAC –precepto remitente– lo que no aparece en el artículo 2 LRJ-PAC –precepto remitido–; en mi opinión, interpretar aisladamente la Disposición Adicional sexta LRJ-PAC, confiriéndole un contenido sustantivo que no se desprende

94. Sin embargo, con ocasión precisamente del comentario de este precepto, algunos autores exponen el problema que representa la determinación de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, aún sin consignar su posición al respecto; *vid.* BAYLOS GRAU, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 26.

95. «El art. 2.º de la Ley de la Jurisdicción dispone que no corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social, siendo criterio determinante y decisivo en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social, la materia del asunto, *que deberá estar comprendida, para corresponder a los mismos, en alguno de los apartados que contiene el art. 1.º del aludido Texto Refundido*»; *cfr.* PUIGBÓ OROMÍ, J.: *El proceso contencioso-administrativo en materia de Seguridad Social y laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pg. 34 (la cursiva es nuestra).

del artículo 2 LPL, como hace la Sentencia de 10 julio⁹⁶ de 1995 (RJ 1995, 5488), constituye una operación forzada y poco convincente, que desnaturaliza el auténtico significado del precepto, e intenta encontrar en él lo que en realidad no contiene.

Sexto: La jurisprudencia en examen también estima que la Ley 30/1992 no ha supuesto una modificación del anterior estado de cosas, situación que habría pretendido solventarse con ocasión de la aprobación del RD 429/1993, preceptos ambos (el legal y el reglamentario) que no ostentan la naturaleza adecuada para alterar el reparto de jurisdicción en materia alguna, por encontrarse esta cuestión reservada a Ley Orgánica⁹⁷. Contra esta postura, ya tuvimos ocasión de anticipar los argumentos en el Capítulo II, §4.3, donde se expuso la corrección normativa de la LRJ-PAC y su reglamento de desarrollo en orden a unificar la

96. Dice la Sentencia de 10 julio: «Si no se entendiera este planteamiento en los términos expuestos, es obvio que sobraría por superflua la Disposición Adicional Sexta. Lo que en ella se dice, en definitiva, es que la materia prestacional de la Seguridad Social, incluido el desempleo, escapan de la nueva Ley y se rigen por la de Procedimiento Laboral. *Aquí no se ventila una responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino una reclamación referida a la prestación de asistencia sanitaria, y por tanto, en los términos del art. 2 LPL, una reclamación de la Seguridad Social*». En el punto donde empieza la cursiva (que es nuestra), comienza asimismo el desenfoque de la cuestión, pues con base en un criterio aparentemente jurídico-positivo, se arguye que nos encontramos ante una materia de Seguridad Social (afirmación que nosotros ya hemos desmentido con anterioridad). Con ello, se nos hace ver en la Disposición Adicional sexta LRJ-PAC un contenido que no tiene, pues en ningún momento dice esta Ley, ni tampoco el art. 2.2 LPL, que la responsabilidad por prestación deficiente de la asistencia sanitaria sea materia de Seguridad Social.

97. El fundamento jurídico III de la sentencia citada, relativo a la Ley 30/1992, sostiene: «El art. 9 LOPJ ha establecido el marco competencial básico de cada orden jurisdiccional (...). El art. 117.3 CE instituye una reserva legal que exige, en esta materia de atribución de competencias, la ley formal. Más aún: como dice la STC 224/1993, de 1 julio, hay aquí una reserva reforzada instituida por el art. 81.2 CE, la de la LOPJ, indisponible para el legislador ordinario (...). En definitiva, no se puede sustraer del orden social de la jurisdicción, vulnerando lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica, una materia que según ésta corresponde al orden social. Se trata, como queda dicho, de una reclamación en materia de Seguridad Social, que versa sobre el incumplimiento, o el cumplimiento, en su caso, de una prestación de la Seguridad Social; servicio público estatal, jurisdiccionalmente parcelado para el orden social por el art. 9.5 referido».

Y en relación con el RD 429/1993, se afirma en el fundamento jurídico IV: «Pero no es la Ley 30/1992, como ya se ha dicho repetidamente (...) la que se ha alzado del mandato contenido en el art. 9.5 LOPJ (...). Hay, en esta materia, una norma concreta que atribuye la competencia al orden contencioso-administrativo: es la Disposición Adicional primera RD 429/1993 (...). El mencionado RD 429/1993 es inoperante, en el sentido de que se extralimita y excede de su condición de Reglamento y se atribuye competencias en contra de la Ley».

competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual. En este sentido, y a mayor abundamiento, cabe recordar que «Para determinar el orden jurisdiccional a cuyo conocimiento corresponde un determinado asunto debe atenderse a la materia que es efectivamente objeto del proceso, esto es, a la clase de tutela jurídica que el actor efectivamente pide en la demanda atendiendo a la causa de pedir, y con absoluta independencia de que con base en los mismos hechos pudiera pedirse cosa distinta»⁹⁸. Con base en este dato, cabe sostener que quien soportó los efectos de una asistencia sanitaria deficiente podrá ejercer eventualmente dos acciones distintas, cada una de las cuales será conocida por un distinto orden jurisdiccional: su reclamación de indemnización por los daños padecidos será conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa, en atención a lo dispuesto por el artículo 142.6 LRJ-PAC; y cuando, adicionalmente, el daño sufrido constituya el hecho causante de una prestación de Seguridad Social (por ejemplo, al haberle causado invalidez permanente), podrá solicitar asimismo esta prestación, conociendo finalmente de su pretensión el orden jurisdiccional social.

Con todo ello no se persigue complicar la defensa del administrado, sino profundizar en la especialización jurisdiccional, pues como se dijo en la Introducción de este trabajo, la existencia de diversos órdenes jurisdiccionales se justifica por la necesidad de contar con Jueces y Magistrados especializados en concretas esferas del Derecho. La Ley ha entendido que la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas es una materia cuyo conocimiento debe encomendarse exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, en orden a alcanzar una mayor especialización de los juzgadores de estos asuntos. De este modo, la ponderación de los requisitos y elementos de la responsabilidad administrativa se efectuará siempre por un mismo orden jurisdiccional, empleando criterios uniformes, y aplicando un conocimiento específico que resulta provechoso frente a cualquier pretensión de tutela judicial.

Por todo lo expuesto, considero que los preceptos alegados por el orden social no le asignan la competencia jurisdiccional para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por prestación deficiente de asistencia sanitaria. Debe destacarse, en cualquier caso, el hábil trenzado de argumentos que acomete la sentencia comentada para deparar la impresión contraria, sobreponiéndose, incluso, a la doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, lo que ha sido duramente reprochado por la doctrina⁹⁹. Pasemos a analizar, seguidamente,

98. Cfr. AA VV: *Derecho procesal práctico*, tomo I, CEURA, Madrid, 1995, pg. 632 (la cursiva es del autor). En términos semejantes se pronuncia la STC 241/1991, de 16 diciembre.

99. El texto de la sentencia de la Sala de lo Social que da lugar a esos comentarios es el siguiente: «Para superar esta dificultad (la de determinar el orden jurisdiccional competente para conocer de la materia) acaso hubiera resultado preciso que el Tribunal dispu-

si la competencia en la materia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

B) *Argumentos que respaldan la atribución competencial en la materia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

La doctrina científica (no sólo administrativa, sino también civil y laboral) se ha pronunciado masivamente en favor de reconocer la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad administrativa extracontractual derivada de la prestación deficiente de asistencia sanitaria¹⁰⁰. También el Defensor del Pueblo parece haberse pronunciado en favor de

siera de una Sala de composición mixta y con un número paritario de miembros procedentes de las tres distintas Salas del Tribunal, donde hubiera podido debatirse y resolverse definitivamente estas cuestiones, con carácter de generalidad sin daño a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de certeza del Derecho».

Para DE PALMA DEL TESO, M.^ª A.: «El lamentable...», *op. cit.*, pg. 148: «A la vista del tipo de órgano jurisdiccional que, según la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sería necesario crear para resolver definitivamente este tipo de conflictos, más parece que estemos ante conflictos de intereses que ante conflictos de competencias entre distintos órdenes jurisdiccionales».

Por su parte, según PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 404: «Es posible que el procedimiento en vigor para resolver los conflictos de competencia no sea el más apropiado para herir tan altas sensibilidades; pero que una Sala del Tribunal Supremo se rebele contra las reglas del juego establecidas por el legislador me parece un espectáculo bochornoso».

De otro lado, si se observa con detenimiento el párrafo transcrito de la sentencia, se apreciará la gravedad de la acusación que subyace en él, pues viene a decir implícitamente que los magistrados de la Sala de Conflictos agrupados en el voto de la mayoría no resolvieron el asunto inspirados por criterios jurídicos, sino por otras motivaciones diferentes. Esta afirmación parece impropia de un pronunciamiento judicial, y a mi juicio, debería haberse evitado, pues puede generar una tensión en la magistratura que resulta por completo innecesaria y desaconsejable. Siendo completamente lícito discrepar con la Sala de Conflictos, no parece correcto el modo como se hace: tanto negándose a seguir su doctrina, como crispando el clima jurisprudencial.

Para concluir, considero que la inseguridad jurídica y la incertidumbre que presiden esta cuestión derivan actualmente de la sentencia de la Sala de lo Social, y no de la de Conflictos (como reprocha el ponente), pues parece evidente que si se hubiera respetado el criterio de esta última, habrían quedado a mejor resguardo tanto la seguridad jurídica, como la certeza del Derecho.

100. En este sentido, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pg. 161; MUGA MUÑOZ, J. L.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 304 y ss.; SALA FRANCO, T.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 153; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Indemnización por asistencia sanitaria defec-

esta interpretación¹⁰¹. El principal argumento que sostiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ya ha sido analizado anteriormente: consiste en recordar que la responsabilidad administrativa extracontractual constituye una materia específica, que se encuentra regulada conforme a sus propios principios y reglas de aplicación. Se trata de una materia diferente, en los concretos términos que describimos en el §3 del Capítulo I. Esta materia viene atribuida en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la unificación del procedimiento de reclamación que consagra la Ley 30/1992. En este sentido, concordaría con la consideración de los autores laboralistas sobre la «coextensión» del derecho sustantivo y adjetivo en el orden social, que determina su competencia en aquellos supuestos en que es de aplicación el Derecho del trabajo, pero no cuando se trate de aplicar otra serie de normas, como las jurídico-administrativas¹⁰².

tuosa: orden jurisdiccional competente», *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1994, pg. 3015; AGRAMUNT HERRAEZ, I.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado sobre la transmisión del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA). Unica donación en un hemobanco privado», *RGD*, núm. 598-99, 1994, pgs. 7813 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: «La determinación...», *op. cit.*, pg. 325; RIVERO YSERN, J. L.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 109 y ss.; IRURZUN MONTERO, F.: «La jurisdicción...», *op. cit.*, pgs. 432 y ss.; NOGUERA DE LA MUELA, B.: «La unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pgs. 602 y ss. y BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pgs. 442 y ss.

En contra, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pgs. 143 y ss. El autor considera que la jurisdicción civil es la competente si «lo que se pretende es solicitar la responsabilidad del médico o del hospital, de la institución sanitaria por culpa (...). La causa de pedir será distinta, en un caso afectará al funcionamiento de los servicios públicos; en otro, en un acto negligente del personal médico (...). En unos casos jurisdicción contenciosa, y en otros jurisdicción civil» (pg. 144). Como ya sabemos, esta distinción entre responsabilidad de la Administración y de su personal no resulta operativa, pues los actos de éste son imputables directamente a aquélla, quien responderá de los mismos como verdaderos actos propios.

Asimismo se manifiestan a favor de reconocer la competencia del orden civil en la materia SERRANO ALONSO, E.: «Sobre la jurisdicción...», *op. cit.*, pgs. 1 y ss.; y aparentemente, mediante la cita de este último trabajo, DE ANGEL YACÚE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 490.

Por último, con anterioridad a la promulgación de la Ley 30/1992, también se manifestó a favor de reconocer la competencia del orden civil, pero restringida a la exigencia de responsabilidad personal del médico, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho médico*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1986, pgs. 158 y ss., pues según afirma en pgs. 796 y ss., cuando se recurre contra las entidades públicas resultará competente en exclusiva el orden civil. Por su parte, GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La responsabilidad civil del médico*, *op. cit.*, pgs. 203 y ss., postula la competencia exclusiva del orden civil, abarcando tanto la responsabilidad del funcionario como la de la Administración misma, y fundando su opinión no sólo en el art. 41 LRJAE, sino asimismo en el art. 9 LOPJ, por lo que se debe entender que continúa adscrito al segundo grupo de autores citados más arriba.

101. Como se desprende del *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1994*, tomo 1, vol. 1, Cortes Generales, Madrid, 1995, pgs. 451 y ss.

102. Así, BAYLOS GRAU, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pgs. 17 y 29 y AA VV: *Curso de procedimiento laboral*, *op. cit.*, pg. 30. En contra, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Jurisdicción...», *op. cit.*, pg. 16.

De otro lado, si la asistencia sanitaria fuese un servicio público, la competencia jurisdiccional en la materia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa sin necesidad de razonamiento adicional alguno, pues como expusimos en su lugar, los artículos 121.2 y concordantes de la LEF atribuyen la competencia jurisdiccional exclusiva en la materia al orden contencioso-administrativo¹⁰³. En este sentido, la asistencia sanitaria es un componente del derecho a la protección de la salud, es decir, un derecho de carácter social que se enmarca en el artículo 43.2 CE, y constituye un principio rector de la política social y económica que presidirá la interpretación de todo el ordenamiento jurídico¹⁰⁴. Tal vez no pueda decirse, en cambio, que la sanidad sea en nuestro Derecho un servicio público en sentido estricto¹⁰⁵. La asistencia sanitaria es una prestación que acometen los poderes públicos por imperativo constitucional, a pesar de lo cual su prestación por la iniciativa privada es libre¹⁰⁶. Pero, incluso haciendo a un lado el problema de determinar si la asistencia sanitaria constituye o no un servicio público en sentido estricto, parece evidente que esta actividad, en consideración a su rango constitucional, se enclava en la acepción de los «servicios públicos» que preside la interpretación de las normas relativas a la responsabilidad administrativa extracontractual, por cuanto representa una actividad encomendada a la Administración y desempeñada por ella¹⁰⁷.

103. Como tuvimos ocasión de comprobar en el Capítulo I, §1.4 y en el Capítulo II, §7.2.

104. *Vid.* un análisis sobre el alcance y contenido del art. 43.1 CE en FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *El servicio...*, *op. cit.*, pgs. 55 y ss.; APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad...*, *op. cit.*, pgs. 37 y ss.; PEMÁN GAVÍN, J.: *Derecho a la salud...*, *op. cit.*, pgs. 63 y ss.; DEL VAL DE LA FUENTE, E.: *Lecciones...*, *op. cit.*, pgs. 48-1 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, pgs. 95 y ss. y la breve referencia de MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho médico*, *op. cit.*, pg. 789.

105. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. M.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 31.

Para FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *El servicio público de la sanidad...*, *op. cit.*, pgs. 26 y ss., la sanidad es servicio público de carácter constitucional; según RIVERO YSERN, J. L.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 95, el servicio sanitario es un servicio público *uti singuli*; según IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción...», *op. cit.*, pg. 431, aunque la sanidad no sea un servicio público, la Seguridad Social sí lo es; aspecto en el que concuerda con GARRIDO FALLA, F.: «La administrativización...», *op. cit.*, pgs. 7 y ss.

106. Por ello afirma el art. 89 de la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad: «Se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al art. 38 de la Constitución». Abundan en la perspectiva del libre establecimiento de la empresa sanitaria MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación...*, *op. cit.*, pgs. 91 y ss. y PEMÁN GAVÍN, J.: *Derecho a la salud...*, *op. cit.*, pgs. 212 y ss.

107. En el mismo sentido, DESDENTADO DAROCA, E.: «La determinación...», *op. cit.*, pg. 319 y RIVERO YSERN, J. L., *op. loc. ult. cit.*

La misma consideración merece esta cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual, como reiteradamente hemos manifestado a lo largo de todo el trabajo, entiende

Además, en estos momentos también resulta irrelevante, como ya sabemos, el hecho de que la prestación tenga lugar en relaciones de Derecho público o privado, al haber desaparecido esta distinción de las normas sustantivas a efectos de determinar el procedimiento de exigencia de responsabilidad¹⁰⁸. Esta apreciación se encuentra reforzada por la naturaleza jurídica de Administración pública que ostentan las entidades pertenecientes al sistema público de Seguridad Social, elemento que determina su sometimiento a la Ley 30/1992, por encontrarse incluidas en su artículo 2.2, como dejamos señalado en otro lugar¹⁰⁹.

Abundando en estas consideraciones, la propia jurisprudencia social aplica a la materia en examen el régimen jurídico que se desprendía anteriormente de la LRJAE, y actualmente, de la LRJ-PAC¹¹⁰. Quiere decirse con esto que el

que la prestación de asistencia sanitaria en centros públicos se encuentra englobada en la acepción de la expresión «servicios públicos» que aparece en la normativa reguladora de la responsabilidad administrativa extracontractual; *vid.*, por todos los pronunciamientos recaídos en la materia, el ATS 7 julio 1994, citado.

108. Durante la vigencia de la LRJAE, la competencia de otros órdenes jurisdiccionales distintos del contencioso-administrativo en materia de responsabilidad extracontractual por prestación deficiente de asistencia sanitaria se justificaba precisamente en la consideración de que el INSALUD y otros organismos públicos de salud no prestan la actividad en el marco de relaciones de Derecho público o de servicios públicos, como quedó de manifiesto en el Capítulo I de este trabajo. Esta misma apreciación llevó a GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Jurisdicción...», *op. cit.*, pg. 23, a compartir el criterio. El argumento debe reputarse decaído tras la aprobación de la LRJ-PAC.
109. *Vid.* Capítulo II, §5.
110. Como es el caso, incluso, de la propia STS 10 julio 1995 (RJ 1995, 5488): «Esta es, además, la solución que domina en el mismo planteamiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, situada en el ámbito de las lesiones resarcibles e imputables a que se refieren los arts. 139 de la Ley 30/1992, 40 LRJAE y 3, b) LJCA. No hay razón para sostener que la aquí analizada carece de basamento normativo. En la teoría de la responsabilidad administrativa subsisten los principios comunes a la teoría general de la responsabilidad, en que se da una lesión jurídica e indemnizable, porque el sujeto que la sufre no tiene el deber de soportarla». Como se observa, el ponente se ve tentado de aplicar al asunto el régimen jurídico-administrativo de responsabilidad, a pesar de lo cual, parece terminar por basar la imputación en el principio general de antijuridicidad. No obstante, se observa que el parámetro empleado es de naturaleza objetiva, y no culpabilista, lo que refleja una contradicción evidente, pues como ya sabemos, en el Derecho civil la responsabilidad extracontractual de los profesionales se imputa conforme al criterio de la *lex artis ad hoc*. Como ejemplos de pronunciamientos que aplican al supuesto el régimen objetivo de responsabilidad, *vid.* SSTS (Sala 4.^a) de 5 junio 1991 (RJ 1991, 5131); 21 abril 1993 (RJ 1993, 3344) y 20 abril 1992 (RJ 1992, 2662) (en las dos últimas los ponentes comentan expresamente la diferencia de criterios de imputación que separan en este sentido al orden social del civil). En ocasiones, la aplicación del régimen objetivo resulta muy velada, pero inevitable; así, en la STS (Sala 4.^a) 24 abril 1990 (RJ 1990, 3486), el

orden social no enjuicia la responsabilidad extracontractual en materia de mal-praxis sanitaria conforme a parámetros civiles de culpabilidad, sino de acuerdo con el régimen de responsabilidad administrativa que promueven los artículos 139 y ss. LRJ-PAC, y concordantes. Sin embargo, de llegar a conocer de estos asuntos habría de aplicarles el régimen común contemplado en el artículo 1902 CC, dado que la responsabilidad exigible conforme a la Ley 30/1992 desemboca en un acto rescindible ante la jurisdicción contenciosa; sólo podría conocer otro orden jurisdiccional en el caso de que se aplicara el régimen de Derecho común, pero entonces la jurisdicción competente sería la civil, no la social¹¹¹. Por ello, sorprende no sólo que la jurisdicción social se estime competente para conocer de los asuntos, sino además, que para resolverlos les aplique el Derecho administrativo, habida cuenta de la unificación de procedimientos que dispone la LRJ-PAC. El proceder expuesto refleja una contradicción difícilmente superable por la jurisprudencia social, que se encuentra atrapada entre dos regulaciones sustantivas que cuestionan seriamente sus planteamientos. A mi juicio, ello pone de manifiesto, mejor que ningún otro dato, la interpretación instrumental del ordenamiento jurídico que revelan sus pronunciamientos.

Debe destacarse el elevado grado de protección jurídica que esta actitud comporta para los particulares lesionados. Como sabemos, en aplicación del régimen de responsabilidad administrativa extracontractual se excluye la rigurosa valoración culpabilística de la *lex artis ad hoc* propia del orden civil, para aplicar criterios más flexibles de imputación de responsabilidad. Este hecho, unido a la mayor inmediatez en la tutela judicial que depara el orden social frente al contencioso-administrativo, explica la enorme desviación de recursos que se viene manifestando en los últimos años en beneficio del orden social en materia de responsabilidad administrativa extracontractual. La jurisdicción contenciosa es más lenta, más costosa, y en el fondo dispensa la misma o peor garantía de resarcimiento¹¹², lo que explica fácilmente la tendencia a sustanciar

Tribunal comienza por afirmar que «no se suscita aquí una cuestión referente a la responsabilidad patrimonial de la Administración», en orden a cimentar su competencia para conocer del asunto, afirmando después, tras la valoración del nexo causal, que «Ha quedado de manifiesto el mal funcionamiento del servicio», razón por la que condena a la Administración a reparar el daño causado.

Bien es verdad que la jurisprudencia laboral no se conduce en estos casos con parámetros claros, y ocasionalmente aplica al supuesto el régimen común del Código Civil, lo que asimismo revela la tensión dogmática que comporta atribuirle el conocimiento de estos asuntos. Así, la STS (Sala 4.ª) de 30 enero 1990 (RJ 1990, 244), aplica al supuesto el régimen de responsabilidad *contractual* regulado por el Código Civil; y la de 26 septiembre 1990 (RJ 1990, 7052), aplica el régimen dispuesto por el art. 1903 CC.

111. Como pone de relieve SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pgs. 141 y ss.
112. «La jurisdicción social, por el contrario, está partiendo no ya de una responsabilidad objetiva, sino de una responsabilidad por el mero hecho de producirse un daño que

las demandas ante el orden jurisdiccional social¹¹³. Tal vez por esta causa, los proyectos de reforma de la LJCA tienden a recoger expresamente la exclusión de competencia del orden social en la materia, como hemos de ver en el último Capítulo de este trabajo.

Para concluir, tal vez pueda aceptarse la conveniencia de que sea el orden social quien conozca de estas reclamaciones, por cuanto de lo que se trata con ellas es, verdaderamente, de verificar el rendimiento de los servicios públicos de salud, cuyos estándares de funcionamiento pueden resultar específicos en relación con otros servicios públicos, lo que posibilita su adscripción a un orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo. Sin embargo, para que así fuera, la atribución competencial debería venir respaldada por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, sólo cabe concluir que el legislador ha preferido conceder un tratamiento unitario a la materia, y confiarla en exclusiva al orden contencioso-administrativo, de manera que el conjunto de la actividad pública sea juzgada conforme a parámetros coherentes y homogéneos de imputación. Máxime cuando, como la doctrina procesalista ha señalado, la oralidad y la simplicidad general del proceso laboral lo hacen impropio para pronunciarse sobre cuestiones técnicamente complejas y requeridas de una serena ponderación probatoria, como es el caso de la responsabilidad por malpraxis sanitaria¹¹⁴. Esta última consideración se encuentra reforzada por el hecho de que las perspectivas de reforma en la materia apuntan a consolidar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, antes que a debilitarla o excluirla en determinados campos o sectores, por lo que una ordenación racional de las relaciones entre los órdenes jurisdiccionales, así como el funcionamiento operativo del sistema de responsabilidad administrativa extracontractual, exigen el más riguroso respeto de las normas procesales de atribución competencial, de manera que no se incurra en una desproporción protectora de unos órdenes en comparación con otros, lo que sin duda perturbaría el correcto entendimiento de las funciones que corresponde desempeñar a esta categoría en nuestro ordenamiento jurídico.

alguna sentencia intenta matizar»; cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 140.

113. En análogo sentido, *vid.* PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 320 y DE PALMA DEL TESO, M. A.: «El lamentable...», *op. cit.*, pg. 137.

114. *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 142.