

TRABAJO EFECTUADO POR:

**JOSÉ MIGUEL ALCÁNTARA Y COLÓN**

*Letrado de la Seguridad Social*

**ANA ISABEL ESPINOSA Y GARCÍA**

*Licenciada en Derecho*

No es la primera vez que se ha tratado la cuestión de la delimitación de competencias de los órdenes jurisdiccionales, básicamente administrativo y social, en orden al conocimiento de materias de Seguridad Social.

Y la problemática siempre se origina por la articulación poco precisa del artículo 9.º 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2365 y Ap. NDI 8375) que establece que al orden jurisdiccional social corresponde el conocimiento de las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho, correspondiendo (ex apdo. 4 del art. 9.º citado) al orden contencioso-administrativo las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

Decir lo que dice el artículo mentado es, casi, como no decir nada. Y hacemos tal afirmación, toda vez que esa dicción obliga a que sean otras normas las que establezcan los criterios delimitadores.

El tema básico a dilucidar, a nuestro juicio, es el referente a la atribución de la competencia jurisdiccional en los temas de indemnización de daños y perjuicios por defectuosa asistencia sanitaria en orden a la aplicación de las mismas a las Entidades, Servicios Comunes y Organismos de la Seguridad Social o, en sentido genérico, del Sistema Nacional de Salud.

Los órdenes jurisdiccionales que se han declarado competentes han sido, básicamente, la jurisdicción civil, la administrativa y la social. No entramos a considerar la competencia del orden jurisdiccional penal toda vez que tal orden tiene preferencia en el conocimiento de los asuntos y queda al margen de la problemática que estudiamos.

Haciendo una pequeña reseña histórica en esta materia, la misma puede resumirse en la afirmación de que, en un principio, se producía la atribución indistinta de la competencia en esta materia a los órdenes referenciados, hasta llegar, en la actualidad, a la atribución en exclusiva al orden contencioso-administrativo de esta cuestión a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, reguladora de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27-11-1992).

Así, los artículos 139 a 144 de la mentada ley establecen el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que viene a ser desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, constitutivo de su reglamento, y que especifica en su disposición adicional primera que, de conformidad con los artículos 2.º, apartado 2, y 139 a 144 citados, así como sus concordantes, de la Ley 30/1992, «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean Estatales o Autonómicos (véase la disposición final de la ley con sus disposiciones adicional tercera y transitoria segunda, apartado 3, así como las disposiciones transitoria y final única del Real Decreto de referencia), así como de las demás Entidades, Servicios y Organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha ley y en el presente reglamento».

Por lo tanto, parece desprenderse con claridad meridiana el orden jurisdiccional competente en la solución de estos litigios a partir de la entrada en vigor de la reiteradamente citada Ley 30/1992: el contencioso-administrativo.

*De facto*, algunos Tribunales del orden social han venido recientemente pronunciándose en este sentido. A título meramente ejemplificativo citamos el Auto del Juzgado de lo Social número 1 de los de Jerez, de 9 de junio de 1994.

Sin embargo, es también cierto que la jurisprudencia no ha sido pacífica en este punto. Así, el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en Sentencia de 20 de abril de 1992, recurso 1387/91, entendió competente el orden jurisdiccional social en base a:

1. La obligación de la Entidad Gestora de hacer efectivas las prestaciones de Seguridad Social entre las que se incluye la asistencia sanitaria (ex art. 23.1 de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), y
2. A que la prestación sanitaria, en cuyo desenvolvimiento acaecen los daños y perjuicios a resarcir, se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios (ex arts. 20, 23 y 93 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social).

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad en la mentada sentencia nuestro más alto Tribunal entiende que la misma no se funda en culpa extracontractual sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de Seguridad Social.

Asimismo, excluye la cuestión que debatimos de la competencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, entendiendo que éstos no se atribuyen esta cuestión en base al artículo 3.º b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 40.1 de la Ley

de Régimen Jurídico y artículo 106.2 de la Constitución Española, ya que estos artículos establecen la responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los Servicios Públicos y el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de un acto administrativo, ya que, según el Supremo, la situación jurídica consistente en daños ocasionados por la asistencia sanitaria es una cuestión de Seguridad Social.

La cuestión, sin embargo, con las excepciones puntuales citadas, podemos entenderla resuelta en base al Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Competencia, en el Conflicto de Competencia número 3-94-C, de 7 de julio de 1994.

En tal Auto, en su Fundamento de Derecho Tercero, nuestro más alto Tribunal establece que la citada Ley 30/1992 ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que ya establece la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, utilizando para ello una doble vía:

- a) Estableciendo un procedimiento para la reclamación de la indemnización, único.
- b) Unificando la jurisdicción y eliminando la atribución de esta materia a, prácticamente, todos los órdenes jurisdiccionales como ocurría antes.

En el ámbito del procedimiento, éste viene constituido por el artículo 45.1 de la Ley 30/1992 (fiel reflejo, asimismo, de los arts. 106.2 y 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución Española de 1978), que establece la reclamación directa a la Administración causante del daño.

Ello nos sirve para determinar que sólo es posible dirigir la acción contra el Servicio de Salud que ha causado el daño, sea de ámbito nacional (INSALUD) o Autonómico (Servicio de Salud de la respectiva Comunidad Autónoma) lo que implica, *per se*, la exclusión de responsabilidad y, por ende, la falta de legitimación pasiva del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Entidades que no tienen atribuidas las competencias en materia sanitaria ni son causantes *directas* de los daños por defectuosa asistencia sanitaria.

La naturaleza jurídica de la relación de la que la responsabilidad deriva (pública o privada) o el origen del daño en cuanto al ejercicio de la actividad (sea actividad derivada de potestad administrativa o actividades meramente materiales) es, en este punto, a todas luces indiferente. En todos los supuestos es posible reclamar directamente a la Entidad causante vía administrativa.

Y en cuanto al segundo aspecto, objeto del presente estudio, se unifica la jurisdicción al atender que el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa es el competente, con carácter único, para conocer de estas reclamaciones y ello en base, en primer lugar, a que la reclamación precedente inicia un procedimiento administrativo (citado con anterioridad), que terminará, asimismo, con una resolución administrativa, resolución que, de conformidad con el artículo 142.6 de la Ley de Régimen Jurídico, pone fin a la vía administrativa y contra la que cabe el recurso establecido en el artículo 37.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesto que éste es procedente contra «los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, conforme a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», y como hemos citado, «la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, ..., pone fin a la vía administrativa» (ex art. 142 de la Ley de Régimen Jurídico).

Ello excluye automáticamente la competencia del orden civil y del orden social.

Pero es que, además, el Tribunal Supremo ahonda en la exclusión del orden social y establece (en el Auto mentado) que la falta de claridad de la que adolecía el artículo 41 de la antigua Ley de Régimen Jurídico permitía la duda en cuanto al orden jurisdiccional competente al vincular las relaciones de Derecho privado al conocimiento de las mismas por el orden civil y las relaciones de Derecho público al conocimiento del orden contencioso-administrativo, como regla general, o al orden social, como excepción (materias sociales).

Sin embargo, según el Supremo, la unificación articulada en la Ley 30/1992 elimina tal posibilidad. Además, el excluir la responsabilidad por asistencia sanitaria del orden único de responsabilidad de la Administración, de competencia según la Ley 30/1992 única, de la jurisdicción contencioso-administrativa exigiría, de conformidad con el artículo 106.2 de la Constitución, una previsión específica de la ley que no existe.

Únase que la asistencia sanitaria es un Servicio Público y como tal, susceptible de control contencioso-administrativo. Añadimos que el Reglamento de procedimiento, de 26 de marzo de 1993, no establece en su disposición adicional primera previsión a orden competencial distinto.

Asimismo, el Auto citado desautoriza en su Fundamento de Derecho Cuarto, la Sentencia de la Sala Cuarta de 20 de abril de 1992.

Añadir que el tema referente a la falta de legitimación de las Entidades Gestoras y Tesorería, con excepción de la Entidad prestadora de la asistencia sanitaria (INSALUD o Entes de la Comunidad Autónoma) era clara, incluso cuando se establecía la competencia del orden social. Citar *v.gr.* Sentencia de lo Social de Algeciras, Autos 601/1992, de 19 de abril de 1993.

Recientemente, el Tribunal Supremo en su Sala Cuarta, recogiendo el criterio de la Sala de Conflictos, se ha pronunciado en orden a declararse incompetente en Sentencia de 12 de mayo de 1995, recurso 1427/94, atribuyendo la competencia al orden contencioso-administrativo por lo que, al parecer, se pretendía quedara zanjada la cuestión analizada.

Sin embargo, y pese a las anteriores consideraciones, nuestro Tribunal Supremo, Sala Cuarta, ha vuelto a complicar esta materia y, de manera a nuestro juicio errónea, ha vuelto a atribuir a la jurisdicción social la competencia para el conocimiento de la cuestión de la indemnización por defectuoso funcionamiento de los servicios médicos.

Así, en Sentencia de 23 de enero de 1995 (RA 402), sin entrar a considerar la aplicación de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) sobre Régimen Jurídico de la Administración Pública y su reglamento por «razones temporales» y como continuación de la «doctrina muy reiterada» de la misma Sala, nuestro alto Tribunal atribuye la competencia al orden social y excluye tanto el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como el civil. Sin embargo, dada la práctica inexistencia de fundamento propio, ya que se fundamenta en las sentencias que recoge, poco interés puede tener para el objeto de nuestro estudio esta sentencia.

Posteriormente, el Tribunal Supremo se pronuncia en esta cuestión en Sentencia de 17 de abril de 1995 (RA 3052), pero no entra en el fondo toda vez que se limita a entender no aplicable la doctrina del Auto de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 7998), por ser posterior su vigencia a la fecha de la cuestión debatida, pero dejando entrever que la Sala Cuarta no va a sentirse atada por las consideraciones de la Sala de Conflictos.

Así se dispone, debiendo significarse, al respecto, el carácter no vinculante de las expresadas resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencias y salvando las apariencias al continuar con «no obstante la consideración, que en su momento puedan merecer».

Por ello, tras casi avisar del posible pronunciamiento que iba a realizar, el Tribunal Supremo, en su Sala Cuarta, procedió a emitir la hasta ahora sentencia resumen de su criterio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1995 (RA 5488/95), atribuyendo nuevamente la competencia en esta materia al orden social y que contó con la existencia de cualificados votos particulares en contra.

Esta sentencia, que procedemos a analizar, establece por una parte la postura «oficial» y por otra también recoge la doctrina contraria y, a nuestro juicio, más acertada, en los votos particulares referenciados, con los que coincidimos.

Al respecto, el Tribunal Supremo analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo que entendió la competencia del orden contencioso-administrativo y reconoce que tal sentencia se dictó «hallándose vigente la Ley 30/1992, de 20 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que entró en vigor tres meses después del 27 de noviembre de 1992», pero entiende que la entrada en vigor de la Ley 30/1992 «no ha alterado el régimen aplicable sobre atribución de competencia al orden social de la jurisdicción para el conocimiento de una pretensión indemnizatoria por la asistencia sanitaria defectuosa prestada a un asegurado o beneficiario de la Seguridad Social».

Sin perjuicio de discrepar de la sentencia que analizamos en cuanto al fondo del asunto y de coincidir con el criterio del Tribunal Supremo en el Auto anteriormente citado, lo que resulta evidente, a nuestro juicio, es que la entrada en vigor de una ley produce *per se* efectos jurídicos en los sujetos (públicos o privados) a los que se dirige, y lo que no es de recibo, dicho sea con el respeto debido a las posturas contrarias, pero con toda claridad, es que se afirme que la entrada en vigor de una ley de la trascendencia de la Ley 30/1992 para la Administración Pública, no incida en el orden de responsabilidades cuando, evidentemente, es éste un tema que trata.

La existencia de una atribución competencial genérica en la Ley Orgánica del Poder Judicial ex artículo 9.º, no puede hacernos desconocer que una ley posterior pueda perfilar tal atribución de competencias haciéndola específica, sobre todo cuando la materia que la ley posterior regula es más específica por mucho que se pretenda retener en el orden social esta cuestión por considerarla «materia de Seguridad Social». Creemos que el hecho de participar una Entidad de Seguridad Social no implica, automáticamente, entender que estamos ante «materia de Seguridad Social» en orden a la atribución de competencias. ¿Qué ocurriría con las relaciones de la Entidad de Seguridad Social, INSALUD o INSS, en referencia a las relaciones con sus funcionarios? ¿Sería ésta materia social por ello?

Lo que sí resulta evidente, por otra parte, es que la variación de criterios del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en este asunto priva de seguridad jurídica y hace quebrar el principio de unidad jurisdiccional por razón de la materia, como literalmente refleja el hecho quinto, punto 2, de la sentencia que comentamos.

Sin embargo, creemos que, aun con pasos vacilantes, nuestro más alto Tribunal va decantándose por la atribución al orden contencioso y lo decimos pese a la existencia de esta última sentencia, toda vez que en la misma se refleja también la cualificada oposición a la atribución al orden social de la materia de reclamación por defectuosa asistencia sanitaria.

No podemos por menos que coincidir en la argumentación clara y precisa del voto particular contenido en la sentencia y suscrito por cinco de los Magistrados de la Sala frente a la argumentación, a nuestro juicio, artificiosa y complicada que sostiene el Tribunal mayoritariamente. Somos partidarios que la ley, si establece un punto claro, ha de seguirse y no tender a buscar soluciones diferentes basadas en un entramado jurídico, artificioso y complicado.

Este punto claro es el que, acertadamente, a nuestro juicio, recoge el Fundamento de Derecho Primero, párrafo 2 del voto particular de la sentencia en cuestión: la rama o sector del ordenamiento que regula la cuestión litigiosa. Así, si se trata de pretensión promovida «dentro de la rama social del Derecho» su conocimiento corresponde al orden social (art. 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral); si, por el contrario, se trata de pretensión sobre un acto de la Administración Pública «sujeto al Derecho Administrativo» el enjuiciamiento se atribuye al orden contencioso-administrativo. Por tanto, ¿la indemnización por defectuosa asistencia sanitaria es una prestación de la Seguridad Social?

Coincidiendo con este voto particular, creemos que no es prestación de Seguridad Social porque:

- a) No se incluye en el listado tasado de prestaciones de la Seguridad Social (ex art. 38 de la Ley General de la Seguridad Social).
- b) La prestación de asistencia sanitaria es una prestación en especie, no dineraria, salvo los supuestos excepcionales tasados (ex arts. 103, 105 y 108 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 vigente transitoriamente).
- c) La indemnización por actuación administrativa, recogida en la Constitución, está regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 para todas las Administraciones Públicas.
- d) Ni la Ley 30/1992, ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni ninguna ley vigente, exceptúa de lo anterior a la Administración de la Seguridad Social.

Y terminan los firmantes de este voto particular destacando que la prestación la realiza una Administración Pública, la existencia de un procedimiento administrativo específico (arts. 134 a 144 de la Ley 30/1992) y el hecho de que lo que finaliza este procedimiento es, asimismo, una resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa.

Por ello, la Sala de Conflictividad del Tribunal Supremo atribuye la competencia al orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

Lo lamentable, en orden a la seguridad jurídica, es que la Sala de Conflictos, sus resoluciones, no tienen carácter resolutorio, ya que ello hubiera evitado el «lamentable peregrinaje jurisdiccional» que el propio Tribunal Supremo reconoce (Sentencia de 5-7-1983 y 1-7-1986, entre otras).

Sirva como resumen el hecho de que la lógica y la ley, así como un sector de la jurisprudencia, parecen ir encaminadas a atribuir la competencia en esta materia al orden contencioso-administrativo, aunque este camino esté salpicado de «pasos atrás».

Nuevamente, la solución efectiva consistiría en la promulgación de una normativa de atribución competencial más completa y, sobre todo, más clara.