

2º.- *Contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.*

Conforme a la Disposición Derogatoria 1º de la L.R.J.-P.A.C.: Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en dicha Ley. Por lo que, en lo relativo a responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y la Tesorería de la Seguridad Social y el INEM, así como del Estado, en los supuestos del artículo 2 b) y e) de la Ley de Procedimiento Laboral, respectivamente, serán aplicables los procedimientos que se regulan en la L.R.J.-P.A.C.

De todas formas, en la Disposición Adicional 6º de la misma L.R.J.-P.A.C. se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social: la impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo. Por lo que, tras la entrada en vigor de la L.R.J.-P.A.C., subsistía la duda de si las impugnaciones de actos de responsabilidad patrimonial de la Seguridad Social seguían correspondiendo a la jurisdicción laboral, ya que la derogación de que hemos hablado no le afectaba a esta norma, por estar en el mismo texto normativo de la L.R.J.-P.A.C.

Esta duda desaparece con la publicación del Reglamento de 26 de Marzo de 1.993, que en su Preámbulo, a parte de atribuir genéricamente como única vía procedente, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, todos los recursos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el supuesto concreto de la asistencia sanitaria lo atribuye a dicha jurisdicción y además, en la Disposición Adicional 1º del Reglamento establece que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, 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 la L.R.J.-P.A.C. y en el Reglamento, superando así un largo debate jurisprudencial y doctrinal.

B) Con la Jurisdicción Penal.-

Respecto a la jurisdicción penal, el artículo 146-2 de la nueva ley establece: "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 la responsabilidad patrimonial."

Por otra parte, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su artículo 2 a) establece que no corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: Las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones. Sin embargo, este último precepto citado, queda derogado, en lo referente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ya que es una ley anterior y además así se establece en la Disposición Drogatoria 1ª de la L.R.J.-P.A.C., como hemos visto antes.

C) Con la Jurisdicción Civil.-

Por último hay que referirse también a los problemas que se suscitan con una posible acumulación de acciones. Tal es el caso, por ejemplo, cuando un Tribunal civil, jurisdiccionalmente competente para conocer de las pretensiones dirigidas contra un particular, no lo es para conocer de la pretensión indemnizatoria contra la Administración Pública. En principio, se trataría de un supuesto de incompatibilidad de acciones del artículo 154 de la L.E.C. Pero esta solución tiene el inconveniente de que se produzcan fallos contradictorios. Para evitarlo, los Tribunales civiles se han inclinado mayoritariamente, apoyándose para ello en la "vis atractiva" de la jurisdicción civil, por estimar, que en estos casos, como excepción a las reglas generales, son competentes para conocer también de la pretensión indemnizatoria frente a la Administración Pública.

3.6.4.- Conclusión práctica sobre los procedimientos de reclamación.-

Si, como hemos visto, los afectados por una mala práctica médica del Servicio Público de Salud, pueden reclamar, además de por la vía penal, por otras tres vías más (contencioso-administrativa, social y civil), cabe concluir:

A) Que, a pesar de que cada jurisdicción (contencioso-administrativa, social y civil) se declara competente, la cuestión debatida es, cuando menos, dudosa.

B) Que, si bien las normas positivas vigentes son equívocas (pues con las mismas normas cada Sala del Tribunal Supremo ha encontrado argumentos suficientes para mantener su propia competencia), no es menos cierto que la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, B.O.E. de 27 de noviembre de 1.992 y B.O.E. de 26 de enero de 1.993) y el nuevo Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (R.D. 429/1.993, de 26 de Marzo), atribuyen categóricamente la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa.

C) Que, sin perjuicio de ello, creemos procedentes las reclamaciones presentadas por la vía civil, por el principio de la vis atractiva de esta jurisdicción, siempre y cuando no se demande en solitario al Servicio Público de Salud, es decir, siempre que existan más codemandados.

D) Naturalmente, la vía penal seguirá utilizándose como siempre. Sin embargo, de producirse la reforma del Código Penal tal y como se detalla en el apartado 3.6. de este informe, las consecuencias serían muy favorables tanto para el Servicio Público de Salud como para su asegurador, pues no se daría en la vía penal pronunciamiento sobre la responsabilidad civil del Servicio.

E) Respecto de la utilización de la vía social admitida desde hace años por la jurisprudencia, es previsible que se cuestione a raíz de las nuevas normas referenciadas, que excluyen claramente su utilización. Sin perjuicio de ello, dado el exceso de celo que caracteriza a la jurisdicción social sobre esta competencia que se atribula sin reservas hasta antes de la reforma legislativa, tras las recientes Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1.995, 14 octubre de 1.995 y 16 de octubre de 1.995, el alto Tribunal ha zanjado la cuestión en favor de la jurisdicción social.

F) La cuestión tendría relativa importancia, si todos los Tribunales tuvieran los mismos criterios a la hora de resolver un supuesto similar. Sin embargo, la experiencia demuestra que los criterios para determinar la existencia de culpa o negligencia son distintos en cada orden judicial. La "generosidad" en la fijación de las indemnizaciones es diversa en cada uno de ellos. Las exigencias procesales y sobre todo la rapidez en la resolución son también notablemente variables en uno y otros órdenes judiciales. Los gastos judiciales son también distintos. Si a todo ello se une el hecho de que en alguna jurisdicción (la social y la contencioso-administrativa) sólo se puede reclamar al Servicio Público de Salud y en otras a los médicos y al Servicio conjuntamente (civil y penal), podemos concluir que la elección de una u otra vía tendrá en cada caso concreto mucha trascendencia, no sólo para el Servicio Público de Salud, sino también para su asegurador.

3.6.5.- Procedimientos de responsabilidad patrimonial.-

El Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (R.D. 429/1.993, de 26 de Marzo) regula tres clases de procedimientos: El procedimiento general, el procedimiento abreviado y el procedimiento para la exigencia de responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Con lo que se consigue una regulación completa de todos los supuestos que afectan a las Administraciones Públicas, en materia de responsabilidad patrimonial.

3.6.5.1.- Procedimiento general.-

A) Iniciación del procedimiento.-

El procedimiento se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados.

Iniciación de oficio.- La iniciación de oficio se hará siempre por acuerdo del órgano competente. Dicho acuerdo se notificará a los presuntos damnificados, que disponen de siete días para hacer alegaciones, aportar documentos e información y proponer las pruebas que sean pertinentes.

Iniciación por el interesado.- El interesado deberá especificar en su reclamación: las lesiones sufridas, la relación de causalidad entre el daño y el servicio público, la valoración económica de la responsabilidad patrimonial, si fuese posible, y el momento en que se produjo la lesión e irá acompañada de cuantas alegaciones, informes y documentos se estimen oportunos y de la proposición de prueba.

B) Ordenación del procedimiento.-

Acordada la iniciación o admitida la reclamación correspondiente, el procedimiento, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

C) Instrucción del procedimiento.-

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los que deba pronunciarse la resolución, se realizarán de conformidad con las disposiciones generales de la L.R.J.-P.A.C. que regulan la fase de instrucción de los procedimientos administrativos.

Prueba.- Se practicarán en el plazo de 30 días, las pruebas que hayan sido declaradas pertinentes.

Informes.- Se solicitarán aquellos informes que se juzguen necesarios, siendo preceptivo solicitarlo del servicio cuyo funcionamiento haya causado el daño. Los informes serán evacuados en el plazo de 10 días, salvo que el órgano instructor solicite su emisión en un plazo menor o mayor, sin poder exceder de un mes.

Audiencia de los interesados.- El procedimiento se pondrá de manifiesto al interesado, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, concediéndole un plazo de 10 a 15 días para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes.

Si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, no personándose el interesado en trámite alguno, incluido el de audiencia, el instructor propondrá el archivo provisional de las actuaciones.

Dictamen.- Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de 10 días se recabará dictamen, cuando sea preceptivo, del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. Este dictamen se emitirá en un plazo máximo de 2 meses.

D) Finalización del procedimiento.- :

Los acuerdos de terminación convencional y las resoluciones que recaigan en estos procedimientos ponen fin a la vía administrativa.

Finalización convencional.- En cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento.

El interesado podrá proponer al órgano instructor la terminación convencional del procedimiento, durante el plazo del trámite de audiencia.

El acuerdo de terminación convencional no puede incluir como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y del modo.

Terminación normal.- En el plazo de 20 días desde la recepción del dictamen o, cuando éste no sea preceptivo, desde la conclusión del trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano competente para suscribirlo.

Denegación presunta.- Transcurrido 6 meses desde su iniciación, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, o se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

E) Prescripción.-

El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso de daños físicos o psíquicos a las personas, dicho plazo empezará a contarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas, no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón del fondo o forma, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva.

En los supuestos de archivo provisional de actuaciones, por incomparecencia del interesado, tal archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, salvo que el interesado se persone en el procedimiento dentro de dicho plazo.

3.6.5.2. Procedimiento abreviado.-

A) Iniciación del procedimiento.-

Cuando el órgano instructor entienda que son inequívocas la relación de causalidad, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento abreviado.

B) Instrucción del procedimiento.-

Audiencia.- Una vez notificada a los interesados la iniciación del procedimiento, se les concederá un plazo máximo de 5 días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Dictamen.- En el plazo de 5 días después de la audiencia, el órgano instructor propondrá, cuando proceda, que se solicite dictamen preceptivo en los términos previstos para el procedimiento general, debiendo ser emitido en el plazo de 10 días.

C) Finalización del procedimiento.-

Los acuerdos de terminación convencional y las resoluciones que recaigan en estos procedimientos ponen fin a la vía administrativa.

Terminación convencional.- Durante el plazo del trámite de audiencia, tanto el órgano instructor como el damnificado podrá acordar proponer la terminación convencional del procedimiento.

El acuerdo de terminación convencional no puede incluir como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y del modo.

Terminación normal.- Recibido el dictamen, o transcurrido el plazo de 10 días para su emisión, el órgano competente resolverá el procedimiento o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo.

Levantamiento de la suspensión del procedimiento general.- Si el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma discrepa de la propuesta de terminación del procedimiento, el órgano competente para resolver acordará el levantamiento de la suspensión del procedimiento general y la remisión de todo lo actuado al órgano competente para su instrucción, notificándolo al interesado.

Denegación presunta.- Transcurrido 30 días desde su iniciación sin que haya recaído resolución, se haya formalizado acuerdo o se haya levantado la suspensión del procedimiento general, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

3.6.5.3. Procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.-

La Administración Pública correspondiente podrá exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido por lo daños y perjuicios causados, mediando dolo, culpa o negligencia grave.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del daño causado.

A) Iniciación.- El órgano competente acordará la iniciación del procedimiento, notificándolo a los interesados y concediéndoles un plazo de 15 días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes.

B) Instrucción: Informe. Pruebas. Audiencia.-

- Informe: Se solicitará, en todo caso, informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la lesión indemnizable.

- Prueba: Se practicarán las pruebas en el plazo de 15 días.

- Audiencia: Se concederá un plazo de 10 días al interesado para que formule las alegaciones que estime convenientes.

- Propuesta de resolución: Se formulará la propuesta de resolución en el plazo de 5 días desde la terminación del trámite de audiencia.

C) Terminación.-

- El órgano competente resolverá en el plazo de 5 días.

- La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

TS 4.ª S 10 Jul. 1995.-Ponente: Sr. Campos Alonso.

Normas aplicadas: arts. 2.2, 139, 142.6 y 144 y disp. adic. 6.ª LRJAP (LA LEY-LEG. 3279/92); disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 Mar. (Regl. de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial) (LA LEY-LEG. 1636/93); arts. 2, 3 b), 217 y 225.2 TA LPL (LA LEY-LEG. 1213/90); arts. 38, 41, 57 y 126 LSS 1994 (LA LEY-LEG. 2305/94); art. 102 LSS; arts. 6 y 9 LOPJ; arts. 1, 2 a) y 3 b) LJCA; arts. 40 y 41 LRJAE; art. 121 LEF; art. 133 REF; arts. 9.3, 41, 81.2, 106.2, 117.3 y 122.1 CE; art. 18 D 2766/1967 de 16 Nov. (prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la S.S.).

Madrid, 10 Jul. 1995.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª M.ª Soledad O. L., y sus hijos D. Felipe y D.ª Carolina A. O., contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Asturias de 8 Jul. 1994, dictada en virtud del recurso de suplicación núm. 1021/1994, interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo de 2 Feb. 1994, dictada en virtud de demanda sobre reclamación de cantidad. Es parte recurrida el INSALUD, y la Administración del Principado de Asturias.

Es Ponente el Magistrado Sr. Campos Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo dictó S 2 Feb. 1994 con el siguiente fallo: «Fallo: Estimando como estimo la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por el Instituto Nacional de la Salud, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D.ª M.ª Soledad O. L., D. Felipe A. O. y D.ª Carolina A. O., contra el INSALUD, la TGSS y la Administración del Principado de Asturias, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, sin entrar en el fondo del asunto y previniendo a los demandantes de que pueden hacer uso de su derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Segundo: En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1.º Los demandantes son herederos de D. Jesús A. P. que en vida estuvo afiliado a la S.S. y por cuya razón fue atendido en el año 1986 en el Servicio de Neurología del Ambulatorio

Central de Oviedo, siendo posteriormente ingresado en el Hospital M. de la Administración del Principado de Asturias, y concertado con el INSALUD.

2.º En este Centro Hospitalario se le practicó una resección transuleteral con electrocoagulación de papiloma, siendo dado de alta el 18 de diciembre de dicho año. 3.º En Mar. 1989 estuvo ingresado 8 días en el Hospital A. de Mieres donde fue intervenido de apendicitis, y al ser dado de alta en el informe correspondiente se hace mención a una hematuria de 25 a 30 hematíes por campo y posteriormente a principio del año 1990 al presentar una importante hematuria y disuria, fue remitido por el Ambulatorio de Mieres a la Residencia S. de Oviedo donde se le diagnostica un carcinoma transicional vesical grado 3, siendo tratado con quimioterapia y, posteriormente, la enfermedad siguió avanzando falleciendo el 2 Mar. 1992 en el Hospital A. de Mieres. 4.º El 30 de septiembre pasado, los herederos de D. Jesús A. P. presentaron ante el Decanato de los Juzgados de Oviedo, la demanda que rige los presentes autos en la que reclaman una indemnización de 10.000.000 ptas., como consecuencia de la deficiente atención sanitaria de que fue objeto, suplicando que se condene al INSALUD al abono de dicha suma. 5.º La reclamación previa fue formulada ante el INSALUD el 2 Jul. 1993, y ante la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias el 19 del mismo mes y año, agotándose la vía previa».

Tercero: Recurrida dicha sentencia en suplicación por los demandantes D.ª M.ª Soledad O. L. y sus hijos D. Felipe y D.ª Carolina A. O., la Sala de lo Social del TSJ Asturias dictó S 8 Jul. 1994 cuya parte dispositiva disponía: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D.ª M.ª Soledad O. L. y dos más frente a la sentencia dictada el 2 Feb. 1994 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo en proceso suscitado sobre indemnización por dichos recurrentes contra la Administración del Principado de Asturias, la entidad gestora INSALUD y el Servicio Común TGSS, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada».

Cuarto: Contra dicha sentencia los actores prepararon recurso de casación para la unificación de doctrina, que formalizaron después, invocando como sentencias contrarias las de esta Sala 4.º de 5 Jun. 1991 y 20 Abr. 1992. Denuncian en su escrito infracción de los arts. 20 y ss. y 98 LSS, 2 b) LPL y 9.5 LOPJ; de los principios de legalidad y jerarquía normativa y de reserva de ley garantizados por el art. 9.3 CE, así como de los arts. 97 y 103.1 de la misma; el art. 1.2 CC; el art. 51.2 y disp. adic. 6.ª LRJAP; así como la disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 Mar., que aprobó el Regl. de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que contradice lo contenido en dicha disp. adic. 6.ª de la Ley.

Quinto: Se acordó la admisión a trámite del recurso, que fue impugnado por el INSALUD y por la Administración del Principado de Asturias. Se trasladó todo lo actuado al MF, que informó en el sentido de considerar improcedente el recurso. Y se

señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 5 de los corrientes, mediante convocatoria de la totalidad de los Magistrados que componen la Sala 4.ª, lo que se efectuó de acuerdo con la convocatoria.

Fundamentos de Derecho

Primero: 1. La sentencia aquí recurrida se dictó al promoverse una reclamación contra el INSALUD de indemnización de 10.000.000 ptas. por la deficiente asistencia sanitaria de que fue objeto el causante, afiliado a la S.S. que en 1986, tras presentar hematuria, fue diagnosticado de tumoración vesical e intervenido mediante electrocoagulación de papiloma; en 1989 fue ingresado e intervenido nuevamente, con apendicitis y presencia de hematuria y en 1990, un año más tarde, fue ingresado de nuevo por presentar hematuria, siéndole diagnosticado un carcinoma transicional vesical grado 3, falleciendo el 22 Mar. 1992.

La Sala de lo Social del TSJ Oviedo declaró la incompetencia del orden social y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social que entendió corresponderle el conocimiento al orden contencioso-administrativo. La sentencia de suplicación en su parte dispositiva desestimó el recurso interpuesto por los actores contra la sentencia del Juzgado, y en su fundamentación jurídica entendió que el orden jurisdiccional competente era el contencioso-administrativo.

2. Los recurrentes invocan dos sentencias de esta Sala que certificadas obran unidas al rollo de casación, para acreditar con ellas la contradicción de doctrina que constituye el presupuesto primero de admisión de su recurso. Son las SS 5 Jun. 1991 y de 20 Abr. 1992, al haberse producido también en ambos supuestos manifiestos de asistencia sanitaria defectuosa y la condena al abono de las indemnizaciones correspondientes. La segunda sentencia indicada recayó en virtud de un recurso de casación para la unificación de doctrina y declaró que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, y entre otras de su más reciente S 5 Jun. 1991, las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria defectuosa «dispensada por el INSALUD a los titulares y beneficiarios de la S.S. deben tener su adecuado encaje procesal en el marco del orden jurisdiccional social, quedando excluidas, en consecuencia, tanto el orden jurisdiccional civil como el orden jurisdiccional contencioso-administrativo»; y con relación a éste añade que «atribuir la competencia para el conocimiento de las mismas a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo,... la responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos o el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de un acto administrativo no impugnado no son precisamente las situaciones jurídicas que se dan en casos como el contemplado en los presentes autos en el que lo que prima, vehementemente, es una reclamación en materia de S.S., perfectamente encajable en el ámbito del art 2 b) del vigente TA LPL». En la S 5 Jun. 1991 se argumentaba, ante una reclamación semejante a la anterior, que

la competencia que en el escrito del recurso se dice atribuida al orden contencioso-administrativo con base en «el art. 1 LJCA que el motivo invoca, viene excluida en el ap. a) art. 2 al prevenir que no corresponden a esta jurisdicción las cuestiones que aun relacionadas con actos de la Administración Pública se atribuyan por una ley a la Jurisdicción Social. Tampoco el ap. b) art. 3 de la Ley últimamente citada y el art. 40 LRJAE, preceptos a los que el recurso se acoge invalidan lo argumentado». Esta sentencia, con apoyo en otras anteriores de la propia Sala de 25 Sep. 1985 y 6 Oct. 1989, atribuía al orden social la competencia para conocer de la reclamación de daños y perjuicios causados por la defectuosa asistencia sanitaria prestada «cuando se trata de actuaciones de los entes de la S.S. en prestaciones prevenidas en el Régimen General o Regímenes Especiales a sus respectivos beneficiarios».

3. Se dan, entre la sentencia recurrida y las dos que dictadas por esta Sala se aportan como contrarias, las igualdades sustanciales de hechos, fundamentos y pretensiones respecto de litigantes en la misma situación, beneficiarios todos de la S.S. que reclaman contra el INSALUD, habiéndose dictado, en cambio, pronunciamientos distintos, al declarar la recurrida que la competencia viene atribuida al orden contencioso-administrativo y haber resuelto las sentencias contrarias precedentes que el orden jurisdiccional al que le está atribuido el conocimiento de estas cuestiones es el social.

Es preciso advertir que la sentencia recurrida se ha dictado hallándose vigente la LRJAP que entró en vigor tres meses después del 27 Nov. 1992, fecha en que se publicó en el BOE (disp. final de la Ley), y vigente también el Regl. de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993 de 26 Mar., que entró en vigor el día siguiente a su publicación en el BOE (BOE del día 4 May. 1993). Pero lo que sostiene la Sala, y así se razonará en los fundamentos de derecho que siguen, es que esto es irrelevante; que en virtud de lo dispuesto en las prevenciones que sobre reserva de ley están expresamente contenidas en el art. 117.3 CE y lo que ordena el art. 9.5 LOPJ; y que teniendo en cuenta que la L 30/1992, tanto en su art. 2.2, que se somete, respecto de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, «a lo que dispongan sus normas de creación», como en su disp. adic. 6.ª, que deja vivo lo que en materia de impugnación de los actos de la S.S. se dispone en el art. 2 TA LPL, que atribuye al orden social jurisdiccional las cuestiones que se promuevan «en materia de S.S.», salvo lo referente a la gestión recaudatoria (art. 3 b LPL), es bien sostenible que dicha L 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 S.S.

Antes y después de la L 30/1992, en la materia referente a las prestaciones de la S.S., conoce el orden social pues en esto la referida Ley de 1992 deja íntegra la vigencia de la LPL. Y respecto del RD 429/1993, es cierto que su disp. adic. 1.ª atribuye el conocimiento

de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de la S.S. por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria al orden contencioso-administrativo; pero esto no es la L 30/1992 la que lo ordena, sino ese Reglamento, que con exceso evidente y con olvido de los principios de legalidad y de reserva de ley dispone lo que manifiestamente va más allá de la potestad reglamentaria.

En resumen: porque no ha variado la legislación que atribuye competencias sobre la cuestión que nos incumbe, responsabilidad por asistencia sanitaria prestada por la S.S., la Sala entiende, como después se dirá, invariada su doctrina y contrarias las sentencias aquí analizadas a efectos de cumplimiento del requisito que para recurrir en casación para la unificación de doctrina exige el actual art. 217 LPL.

Segundo: 1. Entrando ahora de lleno en el examen de la competencia para el conocimiento de la acción ejercitada, hay que partir de una idea primera que permite delimitar el campo de actuación en este proceso. Aquí no se ventila una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público, que ya regulaban antes de la Ley de 1992 los arts. 121 LEF, 133 REF, 3 b) LJCA y 40 LRJAE y después de ésta el art. 106.2 CE. En nuestro caso no se le atribuye a la Administración un deber de reparación que arranque de su responsabilidad patrimonial en virtud de una lesión resarcible e indemnizable. No se está ante una pretensión en que se inste la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal 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 S.S.

2. Es en ese campo de responsabilidad de la Administración donde la L 30/1992 ha restablecido la unidad jurisdiccional que se había quebrado con la LRJAE (arts. 40 y 41), modificativa a su vez de la LJCA, como resulta de los arts. 142.6 y 144 Ley de 1992. Pero en un sentido distinto; la acción ejercitada a que se se contrae el presente recurso es la reclamación derivada de la defectuosa asistencia sanitaria producida a un beneficiario de la S.S., en el ámbito de una prestación comprendida en la acción protectora del sistema de la S.S. (art. 38.1 a TR LSS 1994). 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 S.S. 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 S.S. serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida».

3. Ni del art. 2.2 L 30/1992, ni de su disp. adic. 6.ª, ni de ninguno de sus preceptos resulta que la Ley haya restablecido la unidad jurisdiccional en el sentido de que el

orden contencioso-administrativo haya asumido competencias en materia de prestaciones que vienen atribuidas al orden social. No se han unificado en esa Ley la responsabilidad patrimonial de la Administración y el régimen prestacional de la S.S. Ni del art. 2.2 de la Ley, ni de su disp. adic. 6.ª derivan lo que se postula en la sentencia impugnada. El art. 2.2 deja intactas las normas de creación de esas Entidades de Derecho Público; y la disp. adic. 6.ª respeta en su integridad el art. 2 LPL. Si no se entendiera este planteamiento en los términos expuestos, es obvio que sobraría por superflua la disp. adic. 6.ª. Lo que en ella se dice, en definitiva, es que la materia prestacional de la S.S., 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 S.S.

4. No se diga que no se está ante una prestación de la S.S. 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 S.S., que garantiza el art. 41 CE, es una prestación propia de la S.S., articulada como derecho público subjetivo frente a la Entidad Gestora de la misma, el INSALUD o el Servicio o Instituto de la Comunidad Autónoma al que se haya verificado la transferencia correspondiente. 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, cuya actualidad como tal Entidad Gestora de la S.S. está reconocida en el art. 57 Ley General de 1994 «para la administración y gestión de los servicios sanitarios».

Tercero: 1. Lo que acepta la sentencia recurrida equivale a sostener en definitiva que la L 30/1992, en contra de la reserva que en favor de la LPL, art. 2, proclama su disp. adic. 6.ª, ha modificado lo que se dispone en el art. 9.5 LOPJ y en el propio art. 2 LPL.

2. El art. 9 LOPJ ha establecido el marco competencial básico de cada orden jurisdiccional. Ha definido la jurisdicción de cada una de sus ramas y lo ha hecho de forma genérica y a veces repetida y tautológica; pero después de dejar claro que los distintos Juzgados y Tribunales «ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley».

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 TC S 224/1993 de 1 Jul., hay aquí una reserva reforzada instituida por el art. 81.2 CE, la de la LOPJ, indisponible para el legislador ordinario, de modo que la ley ordinaria «no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica». Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán -art. 9.5- «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 S.S...». Ni siquiera dispone la atribución de competencias para el orden social en lo referente a prestaciones de la S.S.; sino de las «reclamaciones en materia de S.S.», que son exactamente los términos empleados por el art. 2 b) LPL, al que se remite la disp. adic. 6.ª L 30/1992.

Es admisible que la Ley ordinaria -dice la sentencia constitucional citada- concrete las materias específicas que tengan cabida en la definición efectuada in abstracto por el legislador orgánico, produciéndose «una colaboración entre ambas formas normativas - Ley Orgánica y Ley ordinaria-, que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícito» (sentencia 224/1993, que se remite a la S 137/1986); pero siempre resta verificar el grado de acomodo de una en otra. 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 conocimiento del orden social. Se trata, como queda dicho, de una reclamación en materia de S.S. que versa sobre el incumplimiento, o el cumplimiento, en su caso, de una prestación de la S.S.; servicio público estatal, jurisdiccionalmente parcelado para el orden social por el art. 9.5 referido.

Cuarto: 1. Pero no es la L 30/1992, como ya se ha dicho repetidamente y en contra de lo que se sostiene en la sentencia recurrida, la que se ha alzado del mandato contenido en el art. 9.5 LOPJ. De conformidad con la Ley Orgánica y con su desarrollo procesal contenido en el art. 2 LPL, establece en su disp. adic. 6.ª que en materia de impugnación de los actos de la S.S. -«reclamaciones en materia de S.S.», en la dicción del art. 9.5 LOPJ- habrá de estarse a «los términos previstos en el art. 2» de la citada Ley Procesal, en favor de la que hace una remisión literal y expresa.

2. Hay, sobre esta materia, una norma concreta que atribuye la competencia al orden contencioso-administrativo; es la disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 Mar., según el que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la S.S., sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y la contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento». El art. 2.2 de la Ley, que invoca dicha disp. adic. 6.ª, lo que hace es delimitar el ámbito de aplicación de la Ley, esto es qué se entiende por Administraciones Públicas (la General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la de las Entidades que integran la Administración Local, así como las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia). Pero a renglón seguido advierte que estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas

de creación». Como se ve, deja a salvo la singularidad prestacional de una Entidad Gestora de la S.S., que cubre una prestación de la S.S. (disp. adic. 6.ª).

El mencionado RD 429/1993 es inoperante, en el sentido en que se extralimita y excede de su condición de Reglamento y se atribuye competencias en contra de la Ley. El Reglamento vulnera el principio de legalidad (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ) en lo concerniente a la asistencia sanitaria incluida en el repertorio prestacional de la S.S., aunque pueda estar ajustado en la actividad sanitaria del Sistema Nacional de la Salud.

Quinto: 1. Como queda dicho, la pretensión interpuesta contiene una petición derivada de la prestación de asistencia sanitaria defectuosamente realizada por la Entidad Gestora de la S.S. El título, fundamento o razón de la petición que se formula está en la prestación de asistencia sanitaria, comprendida en la acción protectora del sistema, referida, entre otros, en los arts. 38, 41, 57 y 126 LSS 1994 y en sus correspondientes de igual Ley de 1974. El art. 9.5 LOPJ incardina esta pretensión y la atribuye al orden social de la jurisdicción.

2. Frente a la unidad jurisdiccional que se pretende con alcance a esta materia, con atribución común del conocimiento al orden contencioso-administrativo, debe repetirse aquí la indicación ya hecha de que no se está ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3. Para desvirtuar y eludir la regla tradicional que residencia en el orden social el conocimiento de esta reclamación derivada de la responsabilidad producida por la prestación defectuosamente realizada, se argumenta la inexistencia de una base normativa de reconocimiento de dicha responsabilidad a la Administración de la S.S. Como dijo la sentencia de esta Sala de 24 Abr. 1990, 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 S.S. (art. 102 LSS, vigente por mandato expreso de la disp. derog. LSS 1994 al hallarse incluido en el Cap. IV Tít. II de aquélla; y art. 18 D 2766/1967 de 16 Nov.) 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 deducirse que el incumplimiento parcial o erróneo escapen del mismo marco prestacional. 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 L 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 antijurídica e indemnizable, porque el sujeto que la sufre no tiene el deber de soportarla.

En definitiva, de todo lo razonado procede reiterar que el fundamento o título de la indemnización que se reclama no está situado en la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento de un servicio público, sino en el contenido mismo de la prestación de asistencia sanitaria; y esto está legalmente atribuido al orden jurisdiccional social.

Sexto: El planteamiento de esta materia ha llevado a soluciones de diversidad que ha hecho decir a alguna sentencia de este TS que se daba, respecto de lo civil, lo social y lo contencioso-administrativo un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (TS 1.º SS 5 Jul. 1983 y 1 Jul. 1986, citadas por los autos de la Sala de Conflictos de competencia de este Tribunal de 7 Jul. y 27 Oct. 1994; y TS 4.º S 24 Abr. 1990, que descubre la frecuente postura de la Entidad Gestora responsable que deduce el exceso en el ejercicio de la jurisdicción social o civil, según se ventile el proceso en los órganos jurisdiccionales de uno u otro orden, por entender que el conocimiento viene atribuido al orden jurisdiccional opuesto). 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 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.

Esta Sala ha dictado multitud de sentencias sosteniendo la doctrina de la competencia del orden social para el conocimiento de la materia que aquí se ventila. Son prueba de esa línea jurisprudencial, entre otras, las SS 20 Nov. 1982, 25 Sep. 1985, 6 Oct., 12 y 15 Dic. 1989, 5 Abr. 1990 (a sensu contrario, en que la responsabilidad que se reclamaba a la Administración no era una responsabilidad de prestación de la S.S.), 24 Abr. 1990, 5 Jun. 1991, 10 Feb., 20 Abr. y 6 May. 1992, 21 Abr. 1993). La comentada L 30/1992 no ha alterado las reglas de atribución de la competencia y, consiguientemente, la Sala ha de mantener su doctrina tan reiterada.

Séptimo: Por todo lo razonado y de acuerdo con lo que informa el MF debe estimarse el recurso interpuesto y casando y anulando la sentencia recurrida y dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 225.2 de la Ley Procesal debe declararse que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina, y resolviendo el debate planteado en suplicación 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, por lo que procede devolver las actuaciones a dicha Sala para que por el Juzgado y la Sala, en su caso, se pronuncien sobre el fondo del debate planteado. Todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Fallamos

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª M.ª Soledad O. L. y sus hijos D. Felipe y D.ª Carolina A. O. contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Asturias de 8 Jul. 1994; casamos y anulamos dicha sentencia al quebrantar la misma la unidad de doctrina; y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de esa clase en su día interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo de 2 Feb. 1994; revocamos dicha sentencia del Juzgado y declaramos que el orden social de la jurisdicción es el competente para el conocimiento de la reclamación interpuesta, por lo que procede devolver las actuaciones a dicha Sala para que el Juzgado y la Sala, en su caso, se pronuncien sobre el fondo del debate planteado. Todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Se- ñor Campos Alonso.-Sr. Desdentado Bonete.-Sr. Fernández López.-Sr. Bris Montes.-Sr. Somalo Giménez.-Sr. Martínez Emperador.-Sr. Varela Autrán.-Sr. Fuentes López.-Sr. Martín Valverde.-Sr. Sampedro Corral.-Sr. Cachón Villar.-Sr. Gil Suárez.-Sr. Linares Lorente.-Sr. De las Cuevas González.-Sr. Alvarez Cruz.-Sr. García-Murga Vázquez.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. MARTIN VALVERDE, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS SRES. DESDENTADO BONETE, VARELA AUTRAN, GIL SUAREZ Y ALVAREZ CRUZ A LA S 10 JUL. 1995.

Con el respeto debido, discrepamos de la posición mayoritaria de la Sala, que considera competente al orden jurisdiccional social para entender de las reclamaciones por asistencia sanitaria defectuosa de la S.S. Los firmantes de este voto particular han sostenido en la deliberación y votación del presente caso que la competencia jurisdiccional en la materia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En síntesis, los pasos que conducen a tal conclusión son los siguientes: 1) la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la S.S., y la acción resarcitoria consiguiente no es por tanto, desde el punto de vista jurídico-procesal, una reclamación «en materia de S.S.» (arts. 9.5 LOPJ y 2 b LPL); 2) el procedimiento encaminado a reconocer la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa culmina en un acto o resolución que debe calificarse, a los mismos efectos procesales, como «acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo» (arts. 9.4 LOPJ y 3 a LPL), y 3) el principio de unidad jurisdiccional, que es la «base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117.5 CE), debe inclinar en casos de disparidad interpretativa como el presente a la búsqueda, si la hay, de una referencia de doctrina legal unitaria; en esta cuestión litigiosa dicha doctrina legal

unitaria está contenida en el auto de la Sala de conflictos del TS de 7 Jul. 1994, que ha considerado en un supuesto sustancialmente igual al ahora resuelto que la competencia jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo.

Primero: La raíz de la controversia interpretativa se encuentra en el caso enjuiciado en la tensión existente, en las reclamaciones de S.S., entre los títulos competenciales del orden social y del orden contencioso-administrativo, tal como están formulados en los arts. 9 LOPJ y 2 b) y 3 a) LPL; el título competencial del orden social se define por razón del objeto («en materia de S.S.»), mientras que el título competencial del orden contencioso-administrativo se define por la condición de las personas («actos de las Administraciones Públicas»). Buscando el punto de conexión jurisdiccional en la causa originaria o «causa de la causa», la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa daría lugar, con un criterio objetivo amplísimo, a un litigio en materia de S.S.; desde el punto de vista subjetivo, en cambio, es indudable que la resolución administrativa que deniega el reconocimiento de dicha indemnización debe ser calificada como un acto de una Administración Pública.

Para resolver la tensión reseñada entre uno y otro título competencial el legislador proporciona un criterio de asignación de atribuciones jurisdiccionales, que es el de la rama o sector del ordenamiento que regula el punto litigioso. Si se trata de pretensión promovida «dentro de la rama social del Derecho» su conocimiento corresponde al orden social (art. 1 LPL); si se trata de pretensión sobre un acto de la Administración Pública «sujeto al derecho administrativo» el enjuiciamiento se atribuye al orden contencioso-administrativo. La concreción de este criterio en el ámbito de la S.S. ha dado lugar a doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal según la cual la competencia de esta jurisdicción se extiende a la acción protectora o actividad prestacional de la Administración de la S.S. Así pues, una de las claves de la decisión del caso enjuiciado es si la indemnización por prestación sanitaria defectuosa puede calificarse o no como una prestación de la S.S. Nuestra respuesta, ya adelantada y que vamos a desarrollar a continuación, es la negativa.

Segundo: La acción protectora o actividad prestacional del sistema de la S.S. comprende, en los términos de la legislación vigente, cinco clases de prestaciones, que son «a) la asistencia sanitaria»; «b) la recuperación profesional»; «c) prestaciones económicas» de incapacidad temporal, invalidez, desempleo y muerte y supervivencia»; «d) prestaciones familiares», y «e) las prestaciones de servicios sociales» (art. 38 LSS en su actual redacción -LSS 1994-, sustancialmente idéntica a la del art. 20 de la redacción anterior -LSS 1974-). Por su parte, la asistencia sanitaria de la S.S. es configurada en el sistema español de S.S. 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

(arts. 103, 105 y 108 LSS, que mantienen vigencia en virtud de la disposición derogatoria de la LSS).

En el concepto legal de «prestación de S.S.» se incluyen por tanto con seguridad las prestaciones sanitarias en especie. Y se incluyen también los supuestos de prestaciones de reembolso de gastos médicos, supuestos que en nuestro sistema de S.S. son excepcionales, pero que en otros países e incluso entre nosotros en algunos regímenes de previsión social, pueden ser el modo normal de dispensar la prestación de asistencia sanitaria (sistema llamado de «pago por tercero» o tiers payant). Lo que, a nuestro juicio no tiene cabida en el concepto de prestación de S.S., por mucho que éste se quiera dilatar, es la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa, que no se menciona para nada en la legislación de S.S., y cuyas reclamaciones se acogen expresamente a los arts. 139 y ss. LRJAP

En efecto, una cosa es el equivalente pecuniario o reembolso de gastos de una prestación en especie, que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante restitución patrimonial, y otra cosa distinta es el resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. En este segundo ya no es posible la prestación de asistencia sanitaria, ni en forma de prestación directa en especie, ni en forma de prestación en metálico reparatoria; lo único que cabe es una genérica compensación indemnizatoria, que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia de defecto en la actividad asistencial, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestara en su momento en las condiciones requeridas. Esta indemnización supone una protección resarcitoria del daño causado, pero no una protección reparatoria del bien jurídico lesionado.

En el terreno de la interpretación gramatical la conclusión anterior tiene aún más fuerza, a la vista del tenor literal del ya citado art. 38 LSS 1994 (art. 20 LSS 1974) que contiene la enumeración arriba reproducida de las cinco clases de prestaciones de S.S. El párr. 2.º de esta disposición prescribe, con virtualidad a nuestro juicio indudable para la resolución del presente caso, que «la acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen general y de los Regímenes especiales de la S.S.» (arts. 38.2 LSS 1994 y 20.2 LSS 1974).

Tercero: La exclusión para la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa de la calificación de prestación de S.S. aconseja descartar para la reclamación de la misma la vía del orden social de la jurisdicción. El paso siguiente y definitivo del razonamiento debe ser la comprobación de que dicha acción resarcitoria debe ser encauzada hacia el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Para tal comprobación conviene tener en cuenta los tres siguientes datos normativos:
1) *la asistencia sanitaria de la S.S. se presta bajo la responsabilidad de entidades que*

tienen carácter de Administraciones públicas (art. 2.2 L 30/1992); 2) en la legislación administrativa vigente, los arts. 139 a 144 L 30/1992 regulan las líneas generales de un procedimiento administrativo para la reclamación de indemnizaciones a la Administración pública por lesiones de bienes o derechos de los particulares que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y 3) este procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuya regulación reglamentaria ha correspondido al RD 429/1993 de 26 Mar., culmina con una resolución administrativa, dictada «por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros... o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las entidades que integran la Administración local» (art. 142.2 L 30/1992), que «pone fin a la vía administrativa».

Es obvio a la vista de lo anterior que la resolución administrativa que se pronuncia sobre la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa es un acto de Administración pública sometido al Derecho administrativo. Y es evidente también, a juicio de los firmantes de este voto, que el procedimiento diseñado en la L 30/1992, por la identidad de los órganos de la Administración que en él pueden intervenir («Ministro», «Consejo de Ministros», órganos correspondientes de entidades territoriales) y por la propia terminología empleada («fin de la vía administrativa»), no es un procedimiento que pueda ser asimilado a la vía previa a la acción de reclamación de prestaciones de S.S. En fin, late en la L 30/1992, de manera implícita pero con claridad, que la resolución con que termina este procedimiento puede ser impugnada ante un solo orden jurisdiccional y no ante dos o más órganos de jurisdicciones distintas.

Así las cosas, la conclusión que se impone es que el único orden jurisdiccional competente para conocer de la cuestión enjuiciada es el contencioso-administrativo.

Cuarto: Como ya se ha dicho, el auto de la Sala de conflictos del TS de 7 Jul. 1994 ha resuelto un litigio sustancialmente igual al presente en el sentido de asignar la competencia para la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Los firmantes de este voto particular reconocen que el formato de las resoluciones que resuelven conflictos de competencia no es el adecuado para fijar jurisprudencia en las cuestiones interpretativas de que pueden conocer diferentes órdenes jurisdiccionales. Ello no quiere decir que no haya de atenderse la doctrina legal establecida en estas resoluciones; sobre todo en supuestos como el presente en que la falta de un criterio uniforme da lugar, como ha señalado la Sala 1.ª del TS, a un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (SS 5 Jul. 1983 y 1 Jul. 1986), al que la propia L 30/1992 ha decidido poner fin. En tanto se pone en práctica un medio jurisdiccional adecuado de unificación de la jurisprudencia de las distintas Salas del TS en las materias de decisión coincidente, los autos de la Sala de Conflictos deben constituir una referencia doctrinal de la que no

Repercusiones jurídicas de la actuación médica.

Responsabilidad Civil

Gonzalo Iturmendi Morales.

ANEXO

Pág 14

cabe apartarse más que por causas muy justificadas y en circunstancias excepcionales; y por todo lo ya dicho, para quienes suscriben este voto, tales causas y circunstancias no concurren en el caso enjuiciado.

Madrid, 10 Jul. 1995.

TS 4.ª S 16 Oct. 1995.-Ponente: Sr. Fernández López.

Madrid, 16 Oct. 1995.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Galán Martín, en nombre y representación de D.ª MONICA F. B., contra la sentencia de fecha 14 de Febrero de 1.995 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al resolver los recursos de suplicación formulados por D.ª MONICA F. B. y por el INSALUD, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Madrid, de fecha 3 de Mayo de 1.994, dictada en autos sobre Reclamación de Cantidad seguidos a instancia de D.ª MONICA F. B. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD representado por el Procurador D. Carlos de Zulueta Cebrián y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 14 de Febrero de 1.995 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar y estimamos los Recursos de Suplicación interpuestos por D.ª MONICA F. B. e INSALUD contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número veintiuno de Madrid de fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en autos seguidos a instancia de D.ª MONICA F. B. contra INSALUD y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Invalidez, y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, debemos declarar y declaramos la incompetencia de jurisdicción para decidir por corresponder a la contencioso-administrativa".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 3 de Mayo de 1.994 por el Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: "1.º.- Mónica F. B., nacida el 20.05.75, y afiliada a la Seguridad Social como consecuencia de estarlo su padre, quien era su representante legal en el momento de los hechos, fue diagnosticada de escoliosis radiopática. 2.º.- El día 16 de abril de 1.989 se le practicó una intervención de cirugía ortopédica por el Servicio de Traumatología y Ortopedia del

Hospital "Doce de Octubre", en el transcurso de la cual se efectuaron una transfusión de 1.500 ml. de sangre, obtenidos mediante autotransfusión, y asimismo un injerto de hueso procedente de la Residencia General. 3.º.- En agosto de 1.989 acudió a los servicios del referido Hospital porque presentaba astenia anoréxica, pérdida de peso y otros síntomas. Allí, tras efectuarla las correspondientes pruebas analíticas, le diagnosticaron "monocleosis infecciosa con afectación hepática", y en consecuencia el correspondiente control, detectándole, en marzo de 1.990, serología positiva al virus de la hepatitis C. Tras el correspondiente seguimiento, en mayo de 1.992 se efectúa una biopsia hepática del resultado de la cual se diagnostica finalmente, en noviembre de ese mismo año, hepatitis crónica por virus C. 4.º.- D.ª Mónica F. B. no pertenece, ni por sus antecedentes familiares ni por sus circunstancias personales a la población de riesgo de contagio de la hepatitis C -VHC-. 5.º.- No se efectuaron pruebas de virus de hepatitis C en las muestras donadas puesto que dichas pruebas serológicas no fueron obligatorias en España hasta octubre de 1.990.- 6.º.- El contagio de VHC puede tener lugar por transmisión perinatal, por transmisión sexual y familiar y por transfusión de productos sanguíneos, hemodiálisis y adicción a drogas por vía parenteral. Además hay una hepatitis esporádica que afecta a personas que no tiene prueba de factor de riesgo. Dentro del contagio por transfusión de productos sanguíneos se encuentra la transmisión por transplante de órganos o injerto de huesos. 7.º.- La parte actora interpuso reclamación previa frente al INSALUD y la TGSS el 23.02.93 que ha sido desestimada mediante Resolución de 22.02.94".

La parte dispositiva de esta sentencia dice: FALLO.- "Que estimando la demanda, presentada por el representante legal de Mónica F. B., condeno al Instituto Nacional de la Salud y a la Tesorería General de la Seguridad Social a que paguen a dicha actora, como indemnización de daños y perjuicios, la suma de 2.000.000 ptas. (DOS MILLONES) más los correspondientes intereses legales desde la fecha de esta sentencia".

TERCERO.- El Letrado D. José Luis Galán Martín, en nombre y representación de D.ª MONICA F. B., preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y emplazadas las partes, y remitidos los autos, formalizó en tiempo y forma el trámite de interposición del presente recurso; alegando sustancialmente lo siguiente: En primer lugar señala y aporta como sentencias contradictorias con la hoy impugnada las dictadas pro esta Excma. Sala el 20 de Abril de 1.992 y por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de: Canarias el 10 de mayo de 1.994, Castilla y León el 12 de Julio y 9 de noviembre de 1.994 y de Madrid de 13 de septiembre y 14 de diciembre de 1.994. Y a continuación, aduce las infracciones legales cometidas en la sentencia impugnada que se concretan en: 1.- Se entiende infringido, por inaplicación el artículo 2 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2.- Se entiende indebidamente aplicada la Disposición Final Primera del Real Decreto 429/93, por los dos siguientes motivos: a) Por infracción del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y b)

Por infracción del principio de irretroactividad de las normas (artículo 2.3 del Código Civil). Razonado por último lo que estima oportuno sobre el quebranto producido en la unificación e interpretación del derecho y de la formación de jurisprudencia.

CUARTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la representación del INSALUD; el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo informe en el sentido de considerar IMPROCEDENTE el recurso; se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de Octubre de 1.995; en que tuvo lugar.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La actora, beneficiada de la Seguridad Social, entendiendo que se le había prestado una asistencia sanitaria defectuosa por los servicios médicos de una institución hospitalaria dependiente del INSALUD por haber sufrido una infección de virus de hepatitis C a consecuencia de una intervención quirúrgica, solicitó en su demanda que se condenase a dicha Entidad Gestora y a la Tesorería General de la Seguridad Social a pagarle una indemnización de quince millones de pesetas.

La sentencia de instancia estimó en lo sustancial la pretensión, pero redujo la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas.

Recurrida en aplicación por ambas partes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 14 de Febrero de 1.995, en la que, sin entrar en el fondo del asunto, declaró de oficio la incompetencia del orden jurisdiccional social, remitiendo a las partes al contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- Contra esta resolución judicial interpone la actora el presente recurso de casación para la unificación de doctrina y al efecto invoca en concepto de contradictorias, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 20 de Abril de 1.992 y las de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias de 10 de Mayo de 1.994 y de Castilla y León, sede de Valladolid, de 12 de Julio de 1.994. De su examen se desprende que ante supuestos fácticos y jurídicos sustancialmente iguales, llegan, no obstante, a conclusión distinta, puesto que sostienen que el órgano jurisdiccional social es el competente para conocer del caso debatido; concurren por tanto las identidades previstas en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1.990 necesarias para viabilizar procesalmente el recurso.

TERCERO.- La cuestión controvertida ha sido resuelta por esta Sala en unificación de doctrina no solo en la sentencia de contraste, seguida por otras posteriores, sino fundamentalmente por la sentencia de 10 de Julio de 1.995, adoptada en Sala General, cuyas argumentaciones en lo sustancial procede reiterar.

Advierte en primer lugar que la sentencia recurrida en el caso que examinó, al igual que ocurre en el presente caso "se ha dictado hallándose vigente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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, fecha en que se publicó en el Boletín Oficial del Estado (disposición final de la Ley), y vigente también el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que entró en vigor el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (boletín del día 4 de mayo de 1993).

Pero añade que ello es irrelevante ya que en virtud de lo dispuesto en las prevenciones que sobre reserva de ley están expresamente contenidas en el artículo 117.3 de la Constitución y lo que ordena el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y teniendo en cuenta que la Ley 30/1992, tanto en su artículo 2.2, que se somete, respecto de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, "a lo que dispongan sus normas de creación", como en su disposición adicional sexta, que deja vivo lo que en materia de impugnación de los actos de la Seguridad Social se dispone en el artículo 2 del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al orden social jurisdiccional las cuestiones que se promuevan "en materia de Seguridad Social", salvo lo referente a la gestión recaudatoria (artículo 3.b de la L.P.L.), es bien sostenible que dicha 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.

Antes y después de la Ley 30/1992, en la materia referente a las prestaciones de la Seguridad Social, conoce el orden social pues en ésta la referida Ley de 1992 deja íntegra la vigencia de la LPL. Y respecto del Real Decreto 429/1993, es cierto que su disposición adicional primera atribuye el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria al orden contencioso-administrativo; pero esto no es la Ley 30/1992 la que lo ordena, sino ese Reglamento, que con exceso evidente y con olvido de los principios de legalidad y de reserva de ley dispone lo que manifiestamente va más allá de la potestad reglamentaria.

En resumen: "porque no ha variado la legislación que atribuye competencias sobre la cuestión que nos incumbe, responsabilidad por asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social, la Sala entiende, invariada su doctrina recogida tanto en la sentencia invocada como contradictoria como en otras muchas que sostienen el mismo criterio". Examinando después de forma amplia y pormenorizada diversos aspectos legales relacionadas con el tema debatido a los que nos remitimos para evitar repeticiones.

CUARTO.- Por todo lo cual se debe estimar el recurso ya que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina de acuerdo con lo prevenido en el artículo 225.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Fallamos

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª MONICA F. B., contra la sentencia de fecha 14 de Febrero de 1.995 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Casamos y anulamos dicha sentencia. Declaramos que este orden jurisdiccional social es el competente para conocer de la cuestión controvertida. Devuélvanse las actuaciones a dicha Sala a fin de que, entrando en el fondo del asunto, examine y resuelva los dos recursos de suplicación formulados por las partes contra la sentencia de fecha 3 de Mayo de 1.994 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Madrid en autos sobre Reclamación de Cantidad promovidos por D.ª MONICA F. B. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin hacer expresa condena en costas.

TS 4.ª S 14 Oct. 1995.-Ponente: Sr. Sampedro Corral.

Normas aplicadas: art. 57.1 b) LSS 1994 (LA LEY-LEG. 2305/94); art. 2.2 y disp. adic. 6.ª LRJAP (LA LEY-LEG. 3279/92); arts. 9.3, 41 y 117.3 CE; arts. 6 y 9.5 LOPJ; art. 2 TR LPL (LA LEY-LEG. 1444/95); disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 Mar. (Regl. de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial) (LA LEY-LEG. 1636/93).

Madrid, 14 Oct. 1995.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D.ª Rita C. L., D.ª María Teresa A. C. y D. Francisco A. C., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ Galicia en 10 Mar. 1995 en el recurso de suplicación núm. 5352/1994, interpuesto por los anteriores contra la sentencia dictada en 10 Nov. 1994 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra en los autos núm. 909/1994 seguidos a instancia de los ya mencionados frente al Instituto Social de la Marina, sobre indemnización.

Es Ponente el Magistrado Sr. Sampedro Corral.

Antecedentes de hecho

Primero: La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, contenía como hechos probados: «1.-D. José Manuel A. M., nacido el 28 Jun. 1936, estaba casado con D.ª Rita C. L., con la que tuvo dos hijos: D.ª María Teresa y D. Francisco A. C. y D. José Manuel A. M., de profesión cocinero y con unos ingresos

mensuales como pensionista de jubilación de 91.202 ptas./mes, estaba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar. La base reguladora de la prestación era de 138.537 ptas. y el porcentaje de pensión 78%. 2.-Presentaba antecedentes de padecimientos hepáticos y tuberculosis. 3.-En Ene. 1993 fue remitido por su médico de cabecera a Hospital de Pontevedra, donde es internado para ser tratado de un dolor agudo en el tórax. El Servicio de Medicina Interna de dicho Hospital emite informe sobre el tratamiento de dicho paciente con fecha 13 Jun. 1994, del siguiente tenor: "paciente sin alergias conocidas, profesión cocinero, bebedor moderado, fumador de un paquete y medio cigarrillos/día. Mastectomía derecha 12 años antes por tumoración sin características histológicas de malignidad. Ingresa el 12 Ene. 1993 en nuestro Servicio por presentar dolor pleurítico izquierdo, tos no productiva y síndrome constitucional, objetivándose derrame pleural izquierdo. Tras la realización de toracocentesis diagnosticada con características bioquímicas de exudado linfocitario ADA elevado Mantoux positivo, y la presencia de la biopsia pleural de inflamación crónica granulomatosa no calcificante, iniciándose tratamiento tuberculostático con Insoniacida Rifampicina y Piracinamida. Es dado de alta el 22 Ene. 1993, permaneciendo asintomático durante dos semanas, en que inicia cuadro de sensación distérmica, quebrantamiento del estado general, tos seca, artromialgias y aparición de ictericia. Acude a consulta de Neumonología, programada el 18 Feb. 1993, adjuntando analítica concordante con Hepatitis (GOT 289, GPT 212, GGT 202, FA 370), decidiendo ingreso. Exploración física: TA: 110/70 mm.Hg. Afebril, consciente, orientado, eupneico, ictericia conjuntival, orofaringe normal, adenopatía látero-cervical izquierda, no bocio. Auscultación cardíaca: rítmica, sin soplos. Auscultación pulmonar: hipoventilación en base izquierda. Abdomen: hepatomagalia dolorosa a 4 cm extremidades: normales. Datos Complementarios: [19 Feb. 1993. analítica: Hematíes: 4.000.000 Ht.º: 37,2% VCM: 93. Leucocitos: 11.600 con (39S, 37L, 16M, 8Eo). Plaquetas: 344.000.TP: 60%. TTPA: 40". VSG: 33. Glucosa: 94. Urea: 12. Na: 134. K: 4,1. Cloro: 93. Bilirrubina: 6,07 (directa): 3,70J. GOT: 1421, GPT: 973. GGT: 227. FA: 409. Colinesterasa: 4328. LDH: 1465. Acido úrico: 7.59. Serología de Hepatitis B: HBS-Antígeno: negativo. Anticuerpos anti-HBC: negativo. Serología de Hepatitis C: negativo. Anticuerpos anti-Leptospira en suero: no se detectan. Anticuerpos IgM anti-Mycoplasma pneumoniae: no se detectan. Anticuerpos IgC anti-mycoplasma pneumoniae: 1.41. Anticuerpos IgM anti-Legionella Pneumophylla: no se detectan. Anticuerpos LgG antiLegionella Pneumophylla: 0.89. Anticuerpos IgM anti-Coxiella Burnetti: no se detectan. Anticuerpos IgG Anti-Coxiella Burnetti: Título inferior a 1/40. Cultivo en medio lowenstein de líquido pleural: negativo. Cultivo lowenstein de esputo: negativo. Cultivo Bacteriológico de esputo: flora orofaríngea habitual. Urocultivo: menos de 10.000 colonias. Hemocultivos: estériles las tres extracciones aerobio-anaerobio. Rx. Toral: disminución significativa del derrame pleural izquierdo, respecto al estudio previo, persiste de moderada cuantía. Evolución y juicio clínico: paciente ingresado en nuestro Servicio un mes antes con el diagnóstico de pleurosía tuberculosa izquierda con mejoría clínica inicial, enviado a domicilio con medicación tuberculostática. Reingresa al objetivarse en revisión programada datos de

hepatitis de muy probable etiología medicamentosa, objetivándose mejoría de derrame pleural izquierdo. Se suspende medicación y es tratado con sueroterapia, complejo vitamínico B y K. Durante su estancia presenta aparición de rash cutáneo pruriginoso en tronco y extremidades y posteriormente inicia picos febriles, con odinofagia, astenia intensa. En control analítico de 24 Feb. 1993 presenta bilirrubina 16.11 (directa: 9.21), GOT: 395, GPT: 589, GGT: 240, FA: 502. Urea: 36 con estudio de coagulación conservado. El día 28 Feb. 1993 presenta deposiciones melénicas y en el elemental de orina presenta numerosos hematíes y leucocitos con proteinuria decidiéndose transfundir en las horas siguientes. En analítica de control se objetivan datos de insuficiencia renal (Urea: 235); con el diagnóstico de insuficiencia hepática aguda secundaria a hepatitis medicamentosa y suficiencia renal/síndrome hepatorenal y distres respiratoria inicial (gasometría arterial conservada), se decide su traslado a la UCI para transporte respiratorio y diálisis, falleciendo en dicha unidad". 4.-Los herederos del fallecido plantean demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios por importe de 25.000.000 ptas. por defectuosa prestación de asistencia sanitaria a cargo de Instituto Social de la Marina, al considerar que no se tuvo en cuenta en la prescripción médica del Rifater con que fue tratado del derrame pleural, sus antecedentes de hepatopatía, lo que, a su juicio, debería obligar a los facultativos a un estricto control médico con revisiones periódicas de 2-4 semanas para evaluar cuidadosamente la función hepática a la que el tratamiento farmacológico dado afectaba, a fin de suspenderlo a tiempo si se presentasen signos de lesión hepatocelular y administrarle un complejo vitamínico de B6, siendo, a su juicio, la tardanza en los controles -a los 35 días de iniciado el tratamiento- lo que agravó sus dolencias hepáticas hasta producirle el fallecimiento. 5.-Se ha agotado la vía previa administrativa». El fallo de la misma sentencia es el siguiente: «Fallo: Que apreciando la excepción de incompetencia por razón de la materia invocada por la entidad gestora, debo absolver y absuelvo en la instancia, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, al Instituto Social de la Marina, desestimando la demanda por responsabilidad derivada de defectuosa prestación de asistencia sanitaria que contra dicha parte habían promovido los herederos del fallecido D. José Manuel A. M., D.ª Rita C. L., D.ª María Teresa A. C. y D. Francisco A. C., remitiendo a las partes a la jurisdicción contencioso-administrativa competente para conocer del litigio planteado».

Segundo: La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: «Fallamos: Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D.ª Rita C. L., D.ª María Teresa A. C. y D. Francisco A. C., contra la S 10 Nov. 1994, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, en autos tramitados a instancia de los recurrentes, frente al Instituto Social de la Marina, debemos confirmar y confirmamos la misma en todas sus partes».

Tercero: La parte recurrente considera como contradictorias con la sentencia impugnada las dictadas por la Sala de lo Social de los TT.SS.JJ. Castilla y León, con

sede en Valladolid, en 12 Jul. y 9 Nov. 1994, y Canarias de 10 May. 1994; habiendo sido aportada la oportuna certificación de las mismas.

(...)

Fundamentos de Derecho

Primero: La cuestión litigiosa se limita a determinar cuál sea el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una defectuosa prestación de los servicios sanitarios realizados por las entidades gestoras de la S.S.

El problema ha sido resuelto en forma diferente por la sentencia recurrida -dictada por la Sala de lo Social del TSJ Galicia en fecha 10 Mar. 1995- y las aportadas como contrarias -pronunciadas por análoga Sala y Tribunal de Castilla y León, con sede en Valladolid, en 12 Jul. y 19 Nov. 1994-. Sostienen, en efecto, las sentencias contrarias -siguiendo la reiterada doctrina de la Sala, manifestada, entre otras, en SS 23 Sep. 1985 y 20 Abr. y 6 May. 1992- la competencia de este orden jurisdiccional social, añadiendo que esta competencia no ha sido afectada por la LRJAP y de su Regl. 429/1993 de 26 Mar., en materia de responsabilidad patrimonial -específicamente en su disp. adic. 1.ª, dado que, de una parte, «la compensación reparatoria no puede escindirse del contenido ordinario o regular de tal obligación, ya que los daños o perjuicios han de ser soportados por el beneficiario, y por todo ello tal reparación forma parte del derecho subjetivo a la prestación de S.S.» y, de otra, «no es óbice lo dispuesto al efecto en la disp. adic. 1.ª RD 429/1993, puesto que la competencia de los órganos jurisdiccionales está sometida, ex art. 117.3 CE, a reserva formal de ley, lo que hace inaplicable el art. 6 LO 6/1985 tal disposición (sic)».

Afirma, en pronunciamiento distinto, la resolución recurrida, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, argumentando que, a partir de la LRJAP y Regl. 429/1993, antes citado, se ha «alumbrado un único sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas» y que la competencia de la jurisdicción social «sólo vendría dada por un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de S.S., no avalado por ningún texto legal concreto. por lo que ha de estar encuadrado en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo».

Tercero: Existente el presupuesto de contradicción, es preceptivo entrar a conocer del motivo de infracción legal denunciado: «infracción de los arts. 24.2 y 117.3 CE, 9.5 LOPJ, base 1.ª ap. 2 b) L 7/1989 de 12 Abr., sobre Procedimiento Laboral, base 19 L 193/1963 de 28 Dic., de Bases de la S.S. y 2 b) RD 521/1992 de 27 Abr., sobre Procedimiento Laboral». El motivo ha de ser estimado conforme a la sentencia dictada por este Tribunal, constituido en Sala General, en fecha 5 Jul. 1995, a cuya doctrina ha

de estarse por un elemental principio de seguridad jurídica, acorde, además, con la naturaleza y significado del recurso que nos ocupa. A su tenor -y dando por reproducida la extensa argumentación que dicha sentencia contiene- es de señalar:

a) En el actual proceso, no se ejercita una pretensión indemnizatoria frente a la Administración con causa en los daños ocasionados por el funcionamiento de un servicio público, sino que, con fundamento en la relación jurídica entre beneficiario y entidad gestora, la pretensión trae causa en una deficiente prestación que constituye uno de los contenidos de aquella relación, de cuya irregular prestación es responsable, a tenor del art. 57.1 b) TR LSS 1994, la entidad gestora a quien le está atribuida la gestión, es decir, en el caso concreto, el INSALUD.

b) Ni el art. 2.2 L 30/1992 ni su disp. adic. 6.ª atribuyen al orden contencioso-administrativo expresamente competencias en materia de prestaciones propias del orden social, sin que de su articulado, individual y globalmente considerado, se deduzca una finalidad de restablecer la unidad jurisdiccional entre la responsabilidad patrimonial de la Administración por el normal o irregular funcionamiento de sus servicios públicos y el régimen prestacional de la S.S.

c) La asistencia sanitaria en un Régimen Público de S.S. -cual el diseñado en el art. 41 CE- se configura como una prestación, de carácter técnico, a desarrollar por los servicios médicos y farmacéuticos, encuadrados en la correspondiente entidad gestora, frente a la que el beneficiario, en su caso, puede ejercitar su derecho subjetivo a la conservación y restablecimiento de su salud, y a las consecuencias inherentes a una defectuosa actuación de tales servicios.

d) Se trata, en definitiva, de una materia de S.S. -no atinente, pues, a la responsabilidad patrimonial de la Administración ni a las consecuencias de una lesión dañosa derivada de un acto administrativo- cuyo conocimiento -arts. 9.5 LOPJ y 2 TR LPL- corresponde al orden social de la jurisdicción.

e) El art. 117.3 CE exige que la atribución de competencias se establezca por una ley formal y, al efecto, la repetida L 30/1992 no «se ha alzado del mandato contenido en el art. 9.5 LOPJ», en cuanto su disp. adic. 6.ª preceptúa que en materia de impugnación de los actos de S.S. -«reclamaciones en materia de Seguridad Social», en la expresión literal del art. 9.5 LOPJ- habrá de estarse a «los términos previstos en el art. 2» de la citada LPL.

f) La norma concreta que defiende la competencia al orden contencioso-administrativo viene contenida en la disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 Mar., pero aquella norma es ineficaz al extralimitarse de su carácter reglamentario y atribuir competencias en contra de ley, por la que vulnera los arts. 9.3 CE y 6 LOPJ en lo referente a la singularidad

prestacional sanitaria de las entidades gestoras de la S.S. -independiente, naturalmente, de la actividad sanitaria del Sistema Nacional de la Salud-.

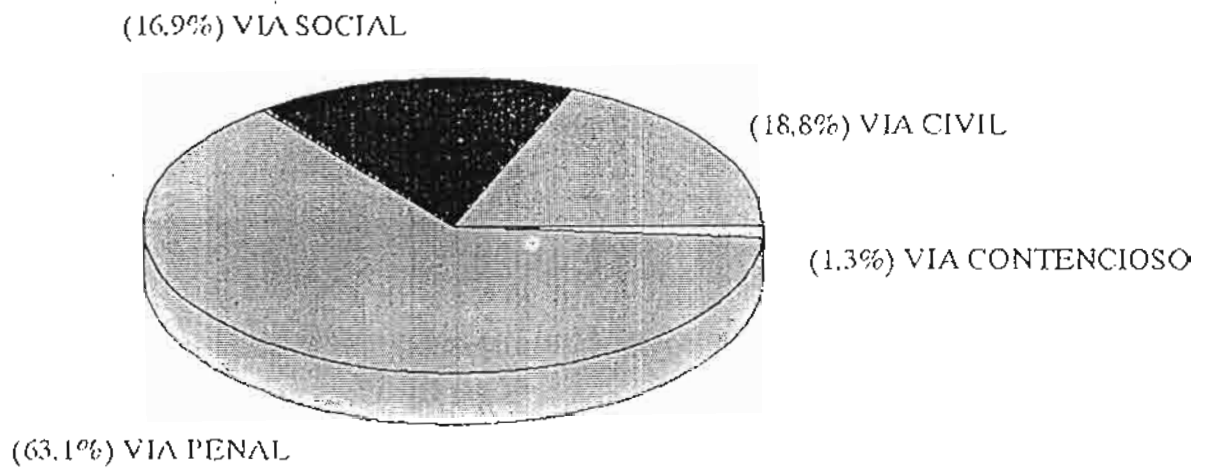
Tercero: En virtud de las razones expuestas procede estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida, en cuanto la misma quebranta la unidad de doctrina. Ello determina resolver el debate en los términos planteados en suplicación, lo que conduce a estimar el recurso de tal clase interpuesto por los demandantes y declarar que el orden social de la jurisdicción es el competente para el conocimiento de la pretensión litigiosa, por lo que procede devolver las actuaciones a la Sala de instancia, para que el Juzgado y la Sala, en su caso, se pronuncien sobre el fondo de la cuestión. Sin hacer expresa imposición de costas.

Fallamos

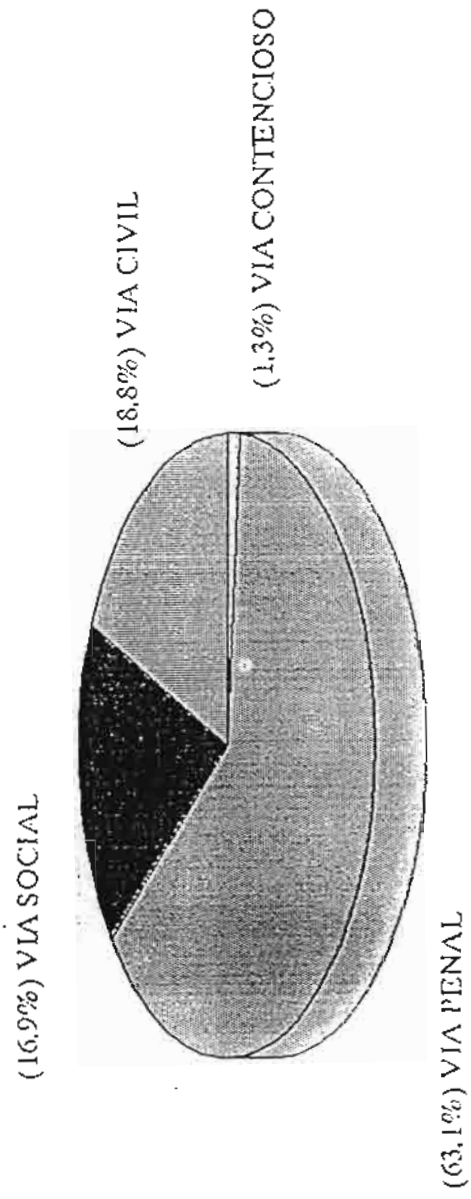
Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Rita C. L., D.ª María Teresa A. C. y D. Francisco A. C. contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Galicia de 10 Mar. 1995; casamos y anulamos dicha sentencia al quebrantar la misma la unidad de doctrina; y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esa clase en su día interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra en 10 Nov. 1994; revocamos dicha sentencia del Juzgado y declaramos que el orden social de la jurisdicción es el competente para el conocimiento de la reclamación interpuesta, por lo que procede devolver las actuaciones a dicha Sala para que el Juzgado y la Sala, en su caso, se pronuncien sobre el fondo del debate planteado. Todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Señor Campos Alonso.-Sr. Fernández López.-Sr. Fuentes López.-Sr. Sampedro Corral.-Sr. García-Murga Vázquez.

EN VIA JUDICIAL



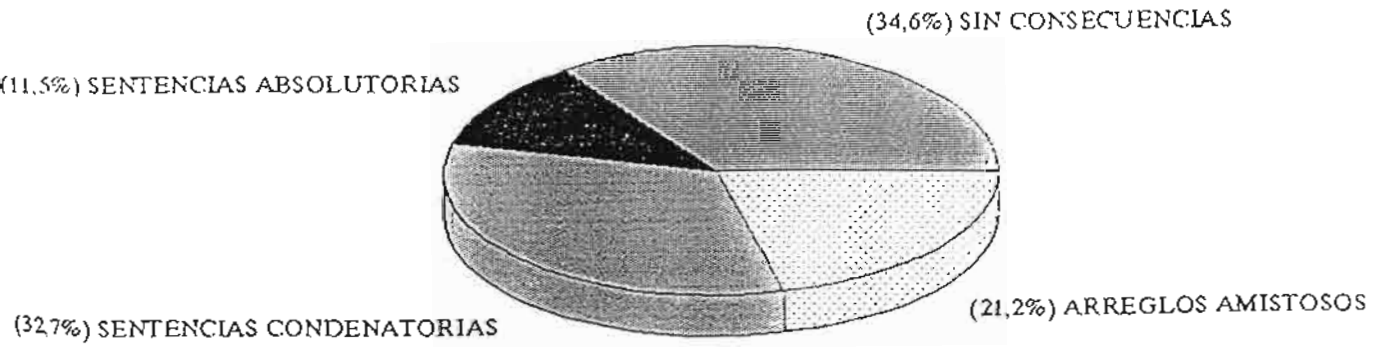
EN VIA JUDICIAL



Nº SINIESTROS CANCELADOS : 52

SIN CONSECUENCIAS :	18	35%
SENTENCIAS ABSOLUTORIAS :	6	12%
SENTENCIAS CONDENATORIAS :	17	33%
ARREGLOS AMISTOSOS :	11	21%

TOTAL PAGOS : 155.949.874 Ptas.



Las 25 "C" para evitar demandas

COMPETENCE	COMPLAINTS	CURRENT
COMMUNICATION	CHECK LIST	CANCEL
CONSENT	COORDINATION	CALM
COMPASSION	CUSTOMER	
CONSULTATION	COURAGE	
CHAPERONE	CREDENTIALS	
CONFIRMATION	CALLS	
CAUTION	CONFIDENTIALITY	
CONTRACT	COMMENTS	
CORRECTIONS	COUNSEL	
COMMON SENSE	COLLECTIONS	

Donald J Palmisano
Presidente de The Medical Risk Management

Elementos de Seguridad

- **Individuales**

- Dialogo con paciente / Sinceridad
- Discreción
- Registro escrito
- Consentimiento Informado
- Información familia
- Seguro Responsabilidad Civil

- **Institucionales**

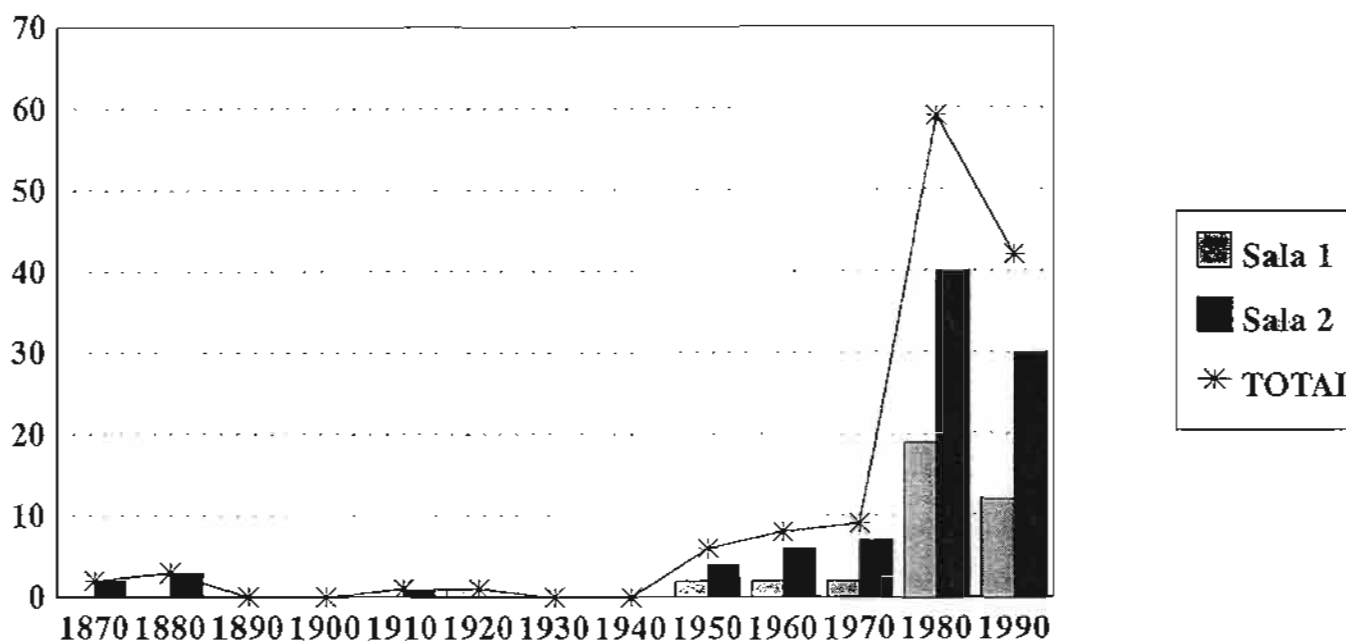
- Protocolización actuaciones
- Adaptación documentación a criterios legales
- Seguir Reglamento de Régimen Interior
- Consulta asesoría Jurídica / Colegio Médico

- **De Grupo**

- Asociaciones profesionales médicas
- Asesoría Jurídica / Comités deontológicos
- Difusión entre profesionales y estudiantes

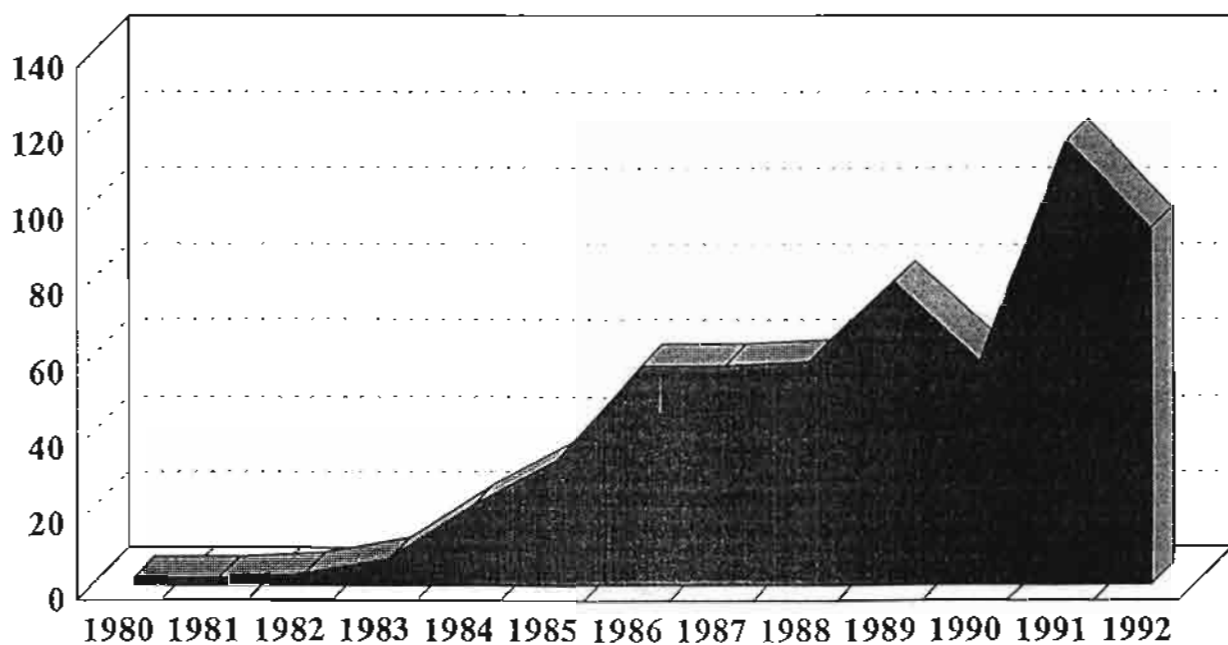
Sentencias Tribunal Supremo

Culpa Médica



Datos Década 1990 sobre periodo 1990-92

Reclamaciones notificadas Colegio de Médicos Madrid 1980-1992



Serie 1	2	2	3	7	21	33	58	58	59	80	59	117	94
---------	---	---	---	---	----	----	----	----	----	----	----	-----	----

Reclamaciones al Estado por actuaciones judiciales

Balance de 1991 a 1995

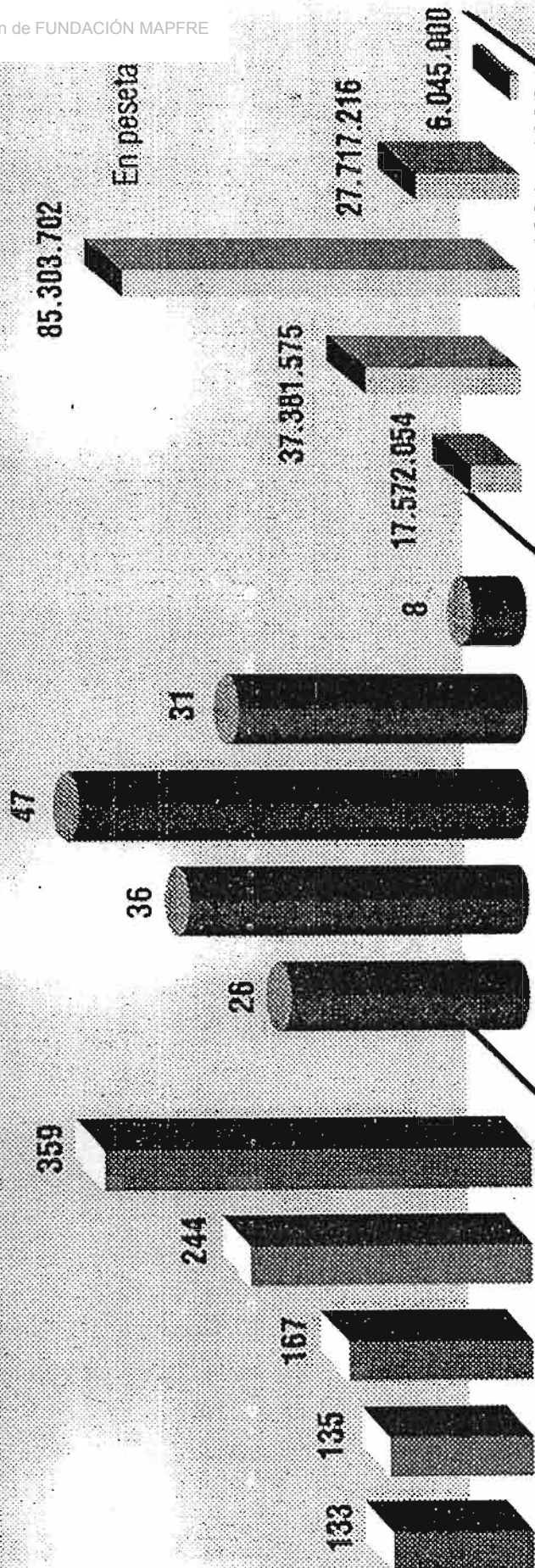


	Reclamaciones	Estimadas por Justicia	Importe total
Error judicial	22	5	9.458.162
Funcionamiento anómalo de la administración de justicia	611	101	105.427.130
Prisión preventiva indebida	505	42	59.134.255
TOTAL EN CINCO AÑOS	1.038	148	174.019.547

Reclamaciones

Reclamaciones estimadas por Justicia

Importe total (en pesetas)



En peseta