

- IV. La extensión de la reparación.
 - 1. Modalidades de la reparación.
 - 2. El principio de la reparación integral.
Conceptos computables.

 - 3. Momento de la valoración del perjuicio. El problema de la depreciación de la moneda.
 - 4. En concreto, el abono de los intereses de demora.

- V. La acción de responsabilidad.
 - 1. Partes responsables:
 - A) La administración pública.
 - B) Las autoridades y personal al servicio de la administración. La acción de regreso.
 - 2. La reclamación administrativa:
 - A) Plazo de ejercicio.
 - B) Procedimiento de la reclamación.
 - 3. Supuesto especial de que el daño lo cause un acto administrativo:
 - A) Ejercicio simultáneo de las pretensiones anulatoria e indemnizatoria.
 - B) Ejercicio sucesivo de las pretensiones anulatoria y de resarcimiento.
 - C) Impugnación de los efectos dañosos del acto ilegal sin pretender su anulación.
 - 4. La garantía judicial:
 - A) La vía contencioso-administrativa.
 - B) La vía penal.
 - C) La vía civil.
 - D) La vía laboral.

las administraciones intervinientes. Esta declaración tan rotunda es sin duda la más satisfactoria desde la perspectiva de la garantía de la víctima, pero posiblemente no lo es tanto desde el punto de vista de las administraciones intervinientes, cuya participación en la producción del daño puede ser muy diversa. Piénsese al respecto en la eventual responsabilidad derivada de la aprobación de un plan urbanístico municipal por el órgano autonómico correspondiente, en la que éste no introduzca variación alguna sobre la propuesta que le hace el ayuntamiento respectivo: con el texto de la Ley de Procedimiento Común, la reclamación puede dirigirse contra la Comunidad Autónoma y ésta puede ser condenada a pagar la totalidad del daño (sin perjuicio de que repita contra la otra administración interviniente). Esta consecuencia tan rigurosa de la solidaridad en todo caso debía haberse dejado posiblemente al criterio de los tribunales, pero no parece razonable imponerla *ex lege*, en un momento histórico de incremento acelerado de los procedimientos administrativos conjuntos, con un grado y unas modalidades de participación muy variable de las distintas administraciones en presencia. En palabras de MUÑOZ MACHADO, el camino correcto a utilizar en estos casos es el de acudir a los criterios de imputación que permitan individualizar al responsable entre los actores concurrentes, no generalizando el uso del principio de solidaridad. Este sólo procede cuando no sea determinable y cuantificable económicamente la parte del daño que ha causado cada copartícipe.

IV. La extensión de la reparación.

La reparación del daño plantea algunos problemas que es preciso abordar separadamente.

1. Modalidades de la reparación.

La reparación del daño puede consistir no sólo en una indemnización económica, sino también en una reparación in natura.

La Ley de Procedimiento Común recoge expresamente esta posibilidad en el artículo 141.4 ("la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado"), aunque -como vemos- la subordina a la conformidad del interesado.

La reparación in natura es especialmente posible en la responsabilidad derivada de actos administrativos. Como se verá después, la pretensión indemnizatoria puede acumularse en este caso a la de anulación del acto productor del daño, pudiendo pedir entonces el demandante "la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento" de la situación jurídica individualizada anterior (art. 42 LJCA). Si así se concede por el tribunal, estaremos en presencia de una reparación en especie (piénsese en un funcionario ilegalmente separado del servicio, que es repuesto en su cargo).

Por último, la ley prevé una modalidad específica de reparación económica, ya admitida por la jurisprudencia, consistente en abonar la indemnización mediante pagos periódicos, lo que también se subordina a la conformidad del interesado.

2. El principio de la reparación integral. Conceptos computables

La Ley de Procedimiento Común contiene un precepto específico sobre los criterios con arreglo a los cuales debe calcularse la indemnización, que no existía en la LRJAE. En concreto, el artículo 141.2 de aquélla dispone que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado". Tenemos así un primer criterio de valoración al que aco-

gernos, criterio que remite en última instancia a los valores de mercado.

Junto a este primer dato, hay que traer a colación aquí los criterios propios del derecho común de daños (contenidos fundamentalmente en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil), ya que la responsabilidad patrimonial de la administración se entronca en el mismo como una de sus especies.

A partir de estos dos bloques de criterios, no cabe duda de que el principio general indemnizatorio debe consistir en la reparación integral del daño. Como ha dicho LEGUINA (1980), "indemnizar significa justamente eso: dejar indemne a la víctima, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio". Este es el criterio básico acerca de la extensión de la reparación y así lo ha señalado la mejor jurisprudencia, proclamando "el principio capital de indemnidad o de reparación integral, que supone la cobertura de todos los daños y perjuicios sufridos", de modo que "la reparación ha de atender objetivos totalizadores e integrales" (STS de 2 de febrero de 1980 y 4 mayo de 1995). La reparación integral supone el resarcimiento de todos los daños efectivamente producidos, daños que habrán de ser alegados y probados por el reclamante. Aquí la casuística es variadísima y no se pueden establecer criterios generales, ya que dependerá de cada caso concreto y, en definitiva, de la libertad de juicio ponderada que tienen los tribunales al respecto (STS de 14 de enero de 1988).

En concreto, este principio implica que ha de indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante. Así lo impone el principio general del artículo 1.106 CC, como también el criterio seguido en la indemnización por ocupaciones temporales (art. 115 LEF). El cómputo del lucro cesante es admitido pacíficamente por la jurisprudencia desde hace años: véanse la SSTS de 23 de enero y de 20 de junio de 1976. Para su determinación, por ejemplo, el Tribu-

nal Supremo ha tenido en cuenta el margen comercial que venía obteniéndose por la actividad en cuestión, aplicándole el promedio de volumen de ventas que hubiese sido normal de no haber acaecido el hecho dañoso, durante el período de tiempo que duró la cesación en la actividad (STS de 10 de diciembre de 1979). En otras ocasiones, se ha calculado sobre la base de un tanto por ciento de beneficio medio de las mercancías adquiridas para la venta en los tres años anteriores (ATS de 24 de marzo de 1983). La SAN de 12 de diciembre de 1992 (perjuicios al diario "El Alcázar", por ser excluido discriminatoriamente de la publicación de propaganda institucional), ante la imposibilidad de calcular exactamente el quantum indemnizatorio, recurre a la libertad de juicio que asiste al tribunal y utiliza una *ratio* de proporcionalidad respecto de los ingresos recibidos por diarios de tirada semejante al recurrente al publicar la propaganda institucional. Por otra parte, en el supuesto de responsabilidad derivada de la paralización de una explotación, la S. de 23 de junio de 1995 (Arz. 4782) establece la procedencia de valorar durante el tiempo de paralización los beneficios o ganancias dejados de obtener de no haberse paralizado, los salarios e indemnizaciones adeudados a los trabajadores derivados de la paralización, la partida de paralización de la maquinaria contratada y los gastos realizados para la preparación de la explotación.

Como es lógico, el lucro cesante se aplica también a las reparaciones por lesiones personales o muertes. Por ejemplo, la STS de 16 de julio de 1982 declara al respecto que si un lesionado venía percibiendo una cantidad determinada en concepto de trabajos realizados después de terminar su jornada laboral y la dejó de percibir por estar incapacitado para realizarlos como consecuencia de las lesiones sufridas por el defectuoso funcionamiento de un servicio público, dicha pérdida de ingresos debe conceptuarse como lucro cesante. En otro caso, en que no hubo recuperación total, se valoró la disminución física teniendo en cuenta la solución de la normati-

va sobre accidentes de trabajo o de tráfico. Así, en cuanto a la pérdida de visión del ojo izquierdo, se declaró el derecho a ser indemnizado por el Estado, por valor de 5 millones de pesetas, siéndole satisfecha dicha cantidad siempre y cuando la pérdida de visión no hubiera sido indemnizada por la seguridad social, en cuyo caso la indemnización a satisfacer por el Estado se reducirá en la cantidad que la seguridad social le hubiera satisfecho (S. de 2 de junio de 1994, Arz. 4778). En sentido análogo, la STS de 28 de enero de 1986, con referencia a resultado de muerte.

Lo único que no se incluye en el concepto de lucro cesante son las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes: STS de 15 de octubre de 1986. Como dice la S. de 20 de febrero de 1989, "no es admisible computar las ganancias dejadas de percibir que sean meramente posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, sino que las pruebas de las ganancias dejadas de obtener han de ser rigurosas, no admitiéndose las que sean dudosas y meramente contingentes".

En este apartado, hay que referirse finalmente a la trascendencia que puede tener que el daño se haya causado con dolo o culpa grave o sin ellos (es decir, con culpa leve o sin culpa). En el derecho común de daños, el artículo 1.107 CC establece que el causante por dolo o culpa grave de daños a otros está obligado a reparar todos los perjuicios que conocidamente se deriven del hecho lesivo, lo que permite incluir daños puramente indirectos o derivativos, aparte de los directos (daño emergente y lucro cesante). Ello hacía posible, por ejemplo, el cómputo de todos los daños por depreciación monetaria, a la que luego nos referiremos. La distinción a que aludimos ha sido recogida por la jurisprudencia, como es el caso de la citada SAN de 12 de diciembre de 1992 (caso "El Alcázar"): "también hay que reparar en que se ha acreditado el actuar doloso de la administración en la producción del daño, lo que hace inexcusable -a la hora de

fijar la indemnización- la aplicación del art. 1.107 CC, que lleva a resarcir todos los daños que conocidamente se deriven, incluso los indirectos. En este sentido, no se puede ignorar el perjuicio sufrido por la tesorería de la empresa recurrente al negársele le consabida contratación de publicidad".

3. Momento de la valoración del perjuicio. El problema de la depreciación de la moneda.

Aunque parece lógico que el perjuicio sea valorado con referencia al momento temporal en que se produjo, la jurisprudencia se ha apartado en ocasiones de ese criterio, a fin de dar respuesta adecuada al problema de la depreciación monetaria en épocas de inflación continua, como la actual. Para ello han utilizado técnicas que habían sido puestas de relieve por la doctrina (MUÑOZ MACHADO -1978-, SAÍNZ MORENO), como la consistente en entender que el momento temporal al que hay que referir la valoración del daño es el momento de dictar sentencia (STS de 2 de febrero de 1980), o la de tener en cuenta -en la fijación de cantidad a pagar- la desvalorización monetaria producida desde el momento del daño, entendiendo que la indemnización debida no es una deuda de cantidad sino una deuda de valor (STS de 30 de marzo de 1982).

La Ley de Procedimiento Común parece reaccionar contra esta doctrina al establecer en el artículo 141.3 que "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria". Para la ley, pues, el momento temporal que debe tenerse en cuenta para valorar el perjuicio es necesariamente el momento de la producción del daño y no un momento posterior, con lo que está vetando la aplicación de referencias temporales ulteriores, como es la fecha de decisión del litigio. Pero además, la ley parece excluir también la utilización de técnicas de revaluación monetaria que no sean la de los

intereses de demora, en los términos establecidos en la LGP (Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988): la depreciación de la moneda ocurrida entre el momento de la producción del daño y el momento de la sentencia condenatoria deberá ser compensada exclusivamente por medio de esos intereses, aunque la cifra de la depreciación sea mayor que la obtenida a través de los intereses (con lo que quedaría una parte del perjuicio sin resarcir). El único supuesto en que sería posible obtener un resarcimiento superior al cubierto por los intereses de demora sería el de los daños causados con dolo, ya que por aplicación del artículo 1.107.2 CC, el deudor doloso responde de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Esa limitación de la compensación por depreciación monetaria a lo que resulte de aplicar los intereses de demora se debe posiblemente a un intento de homogeneizar el régimen de compensación por los retrasos y demoras de la administración con otros casos similares (contratos, expropiación, etc.), pero no se compagina con la aplicación del principio de reparación integral que rige en materia de responsabilidad, porque la cifra así obtenida puede no ser suficiente para compensar la totalidad de daños producidos hasta el momento en que el perjudicado percibe efectivamente la indemnización de daños y perjuicios, daños entre los que se incluyen sin duda los derivados de la depreciación de la moneda.

4. En concreto, el abono de los intereses de demora.

Superando una antigua tradición que sostenía que la administración no debe intereses de demora (*princeps non debet usuras*), el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria ha generalizado la obligación de abonar el llamado interés de demora cuando la administración no pague al acreedor de la Hacienda Pública dentro de los

tres meses siguientes a la notificación de la resolución judicial condenatoria o al reconocimiento de la obligación, y desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la misma. Ese interés de demora está definido en el artículo 36.2 de la misma LGP como el interés legal del dinero vigente el día en que venza el plazo para pagar, y la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 lo fija en el 12 por 100 en concreto (Disp. Adicional 7ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre).

La jurisprudencia ya aplicaba pacíficamente esta regla de la Ley General Presupuestaria (así, SSTS de 1 de febrero de 1982 y 18 de julio de 1983), pero la Ley 30/1992 que ahora comentamos refuerza esa obligación en el artículo 141.3, remitiendo expresamente a la citada LGP.

V. La acción de responsabilidad.

1. Partes responsables:

A) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El régimen de la responsabilidad patrimonial se aplica a todas las administraciones públicas, tal como se dijo más atrás. Son, por tanto, éstas quienes responden directamente de los daños causados por ellas o por sus autoridades y personal a su servicio (art. 145.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común: "...los particulares exigirán directamente a la administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio").

Con esta regulación, a la que se añade la derogación del artículo 43 LRJAE (que permitía la acción directa de los particulares contra los funcionarios o autoridades que hubieren irrogado el daño

con dolo o culpa grave), Ley de Procedimiento Administrativo Común ha suprimido la posibilidad de que los particulares se dirijan directamente contra los funcionarios que han causado el daño, teniendo que exigir la responsabilidad en todo caso de la administración (y sin perjuicio de la acción de regreso que tiene ésta contra sus agentes, tal como enseguida veremos).

B) LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. LA ACCIÓN DE REGRESO.

La cobertura del daño causado por las autoridades y personal administrativo por parte de la administración de la que dependen no exime a éstos de responsabilidad en todos los casos. Porque el artículo 145.2 de la ley mantiene el criterio de la legislación anterior (art. 42 LRJAE) y establece una acción de regreso o repetición contra aquéllos cuando exista dolo o culpa grave en su actuación: "La administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. 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 resultado dañoso". La ley precisa de este modo el tema de la acción de regreso con respecto a la normativa anterior, aunque debe decirse inmediatamente que esta es una posibilidad casi inédita en la práctica administrativa, ya que las administraciones no ejercitan nunca dicha acción, con lo que el funcionario culpable queda inmune, el servicio sigue funcionando igual de mal y el erario público es gravado innecesariamente. Un correcto funcionamiento de la institución resarcito-

ria exige sin duda la puesta en práctica de esta acción de regreso para corregir los abusos de algunos agentes públicos y la inmunidad en que siempre quedan.

A tenor de la regulación de la Ley de Procedimiento Común, resulta entonces que se ha suprimido la posibilidad de que los particulares exijan directamente la responsabilidad a los agentes públicos, aunque se ha mantenido la acción de regreso para la Administración que ha tenido que indemnizar, en los casos de dolo o culpa grave.

El Consejo de Estado se ha referido en ocasiones a la acción de regreso, "instando" de alguna manera a la administración a ejercerla. Así, el Dictamen 175/92, de 12-3-1992, señala que "no podrá, sin embargo, prescindirse de cuál sea el comportamiento del funcionario con el designio de que la asunción de responsabilidad por la administración no se convierta en una injustificada protección del funcionario. En el esquema del instituto de la responsabilidad de las administraciones públicas, el art. 42 de la LRJAE (...) establece el mecanismo para que la administración -valorando los hechos y circunstancias de cada caso- pueda ejercitar una acción de regreso frente al funcionario de modo que la asunción directa de la responsabilidad no se pueda convertir indefectiblemente en una exoneración total de los funcionarios. Concurriendo culpa o negligencia grave, los mencionados preceptos autorizan a la administración para repetir contra el funcionario culpable; apreciando, a tales efectos, no sólo las calificaciones jurídico-penales, sino también la valoración desde la perspectiva del servicio en cuyo desarrollo se produjo el hecho causante del daño."

La ley, además, ha aprovechado para incorporar a su regulación la previsión de que la administración exija responsabilidad a sus autoridades y personal por los daños causados en sus bienes o derechos cuando concorra dolo o culpa grave de aquéllos (art.

145.3). Con ello se cubre un vacío legal que existía en la anterior normativa, estableciendo la ley un supuesto de responsabilidad directa del agente frente a la administración (y no frente a terceros). En este caso, la administración puede declarar unilateralmente la existencia de responsabilidad del agente público, así como la cuantía de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que la resolución administrativa sea impugnada en vía contenciosa. Tanto en este caso como en la acción de regreso, el artículo 145.4 dispone que la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa, por lo que deberá ser impugnada en su caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y todo ello, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de otro tipo que puedan existir, como son las de orden civil y penal, que se exigirán de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (arts. 145.5 y 146).

El procedimiento para exigir este tipo de responsabilidad directa del agente frente a la administración está regulado en el art. 20 del Reglamento de Procedimientos en Materia de Responsabilidad (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo). En supuestos de responsabilidad contable, el apartado 2 del art. 20 remite a distintas normas de carácter financiero y contable.

2. La reclamación administrativa.

El ejercicio de la acción de responsabilidad exige una reclamación administrativa previa ante la propia administración, regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley de Procedimiento Común, así como en el Reglamento de Procedimientos en Materia de Responsabilidad antes citado.

A) PLAZO DE EJERCICIO

El plazo de ejercicio de la reclamación es el de un año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas (físicos o psíquicos), el plazo empezará a contarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Por último, este plazo se declara de prescripción (art. 142.5).

Con esta regulación la Ley de Procedimiento Común intenta resolver algunos de los problemas planteados por la anterior regulación. De entrada, la declaración explícita de la naturaleza del plazo como plazo de prescripción y no de caducidad, como afirmaba el artículo 40.3 LRJAE (corregido en la práctica por la jurisprudencia). Ello permite su interrupción tanto judicial como extrajudicial. A este respecto, la jurisprudencia ya había declarado que el plazo de un año se interrumpía por la incoación de una causa criminal por el mismo hecho (Ss. de 4 de diciembre de 1980, 7 de julio de 1982 y 31 de julio de 1986) o por el ejercicio de acciones civiles (Ss. de 19 de noviembre de 1977 y 6 de marzo de 1984), así como por solicitud por la propia Administración de datos o pruebas al perjudicado (S. de 8 de febrero de 1978). La Ley de Procedimiento Común ha introducido una excepción a esta posibilidad de interrupción, en cuanto a la responsabilidad penal, al declarar en el artículo 146.2 que "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".

En segundo lugar, la ley aclara que el *dies a quo* o momento inicial de ese plazo:

- El momento de producirse el hecho o acto que motive la indemnización (lo que se aplicará al supuesto de actos lícitos, contra los que no se recurra y se pida su anulación, ya que de lo contrario se aplicaría el apartado 4 del mismo artículo 142). Como dice la S. de 1º de diciembre de 1994 (Arz. 9728), "la acción para exigir la responsabilidad tiene un componente temporal y ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho que motive la indemnización".

- El momento de manifestarse el efecto lesivo del hecho o acto que motive la indemnización, lo cual supone que tales efectos se disocian en el tiempo del hecho o acto del que traen causa. En este caso, la ley incorpora la doctrina jurisprudencial y retiene el dato de la manifestación de los efectos lesivos frente a la fecha anterior de la producción del hecho o acto dañoso. Aquí la ley podía haber ido todavía más lejos y haber considerado como dato a retener con carácter general no el de la manifestación (aparición) de los efectos lesivos, sino el de su desaparición o cese, tal como ha hecho en el caso de las lesiones personales (el plazo empieza a contarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas) y como había declarado la mejor jurisprudencia: Ss. de 5 de junio de 1981, 11 de octubre de 1982, 21 de septiembre de 1984, 22 de noviembre de 1985 y 24 de julio de 1989.

Como resumen de esta doctrina, la S. de 22 de junio de 1995 (Arz. 4780) distingue los daños permanentes de los daños continuados, a efectos de determinar el momento inicial del cómputo del plazo. Define los daños permanentes como aquéllos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aún cuando el resultado lesivo sea inalterable y permanente en el tiempo. Aquí, producido el acto causante del resultado lesivo, éste queda perfectamente determinado y puede ser evaluado de forma definitiva. Así es que para el cómputo del plazo, se tiene en cuenta el momento

de producirse el hecho o acto que motive la indemnización. Por el contrario, define los daños continuados como aquéllos que en base a una unidad de acto inicial se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. En el caso de autos, el tribunal considera que la instalación de un estercolero que produce humos como consecuencia de la quema de basuras es un supuesto de daños continuados que, día a día y de forma progresiva, afectan perjudicialmente las plantaciones de naranjos. Por ello, "nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismos", con lo que "el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en el supuesto de daños permanentes".

B) PROCEDIMIENTO DE LA RECLAMACIÓN

La ley contiene algunas indicaciones en cuanto al procedimiento de la reclamación de responsabilidad, distinguiendo un procedimiento general (art. 142) de un procedimiento abreviado (art. 143), pero remitiendo en ambos casos al desarrollo reglamentario de estos preceptos, desarrollo que se ha hecho mediante el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

De entrada debe decirse que el procedimiento que vamos a analizar se aplica a cualquier reclamación en materia de responsabilidad patrimonial, derive de relaciones de derecho público o de derecho privado (art. 142.6 de la Ley), incluidos los supuestos de servicios públicos en régimen de contratación (art. 1.2 y 1.3 del reglamento).

El procedimiento general se inicia de oficio o por reclamación de los interesados (art. 142.1 de la Ley). El primer caso es una auténtica innovación de la Ley, que no estaba prevista en la legislación anterior y que debe ser aplaudida. En cuanto a la instrucción del procedimiento, el Reglamento (arts. 7 a 11) permite en distintos momentos del mismo la terminación convencional mediante acuerdo indemnizatorio con el perjudicado, haciendo uso de la posibilidad que con carácter general establece el artículo 88 de la Ley. El órgano que instruye el procedimiento puede solicitar cuantos informes estime necesarios y, en concreto, al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión resarcible. Tras la práctica de las pruebas pertinentes y de la audiencia al interesado, el artículo 12 establece que el órgano instructor propondrá, "cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado", que se solicite el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la comunidad autónoma. Ello supone que todas las reclamaciones de daños a la administración del Estado deben ser informadas por el alto órgano consultivo, según el artículo 22.13 de la LOCE. Si la responsable es la comunidad autónoma, deberá exigirse el dictamen del órgano consultivo de aquella comunidad, en virtud del párrafo 2º del artículo 23 de la LOCE. Por el contrario, en el caso de las entidades locales no existe propiamente necesidad de dictamen de órgano consultivo alguno, dado que ninguna norma lo impone preceptivamente.

El procedimiento termina por resolución del órgano competente. Este ha de ser el Ministro respectivo (salvo que una Ley disponga que sea el Consejo de Ministros) o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas o de las entidades locales o institucionales (art. 142.2 de la Ley). La resolución pone fin a la vía administrativa (art. 142.6) y si no recae resolución expresa (el art. 13.3 del Reglamento precisa que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento) se entenderá desestimada la solicitud de indemnización (art. 142.7).

El procedimiento abreviado se puede utilizar cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, y tiende a reconocer el derecho a indemnización en el plazo de treinta días (art. 143 de la ley). En el mismo, los interesados formulan alegaciones en el plazo de cinco días y se solicita dictamen del Consejo de Estado "cuando proceda en los términos previstos en el artículo 12 de este Reglamento", dictamen que debe ser evacuado en el plazo de diez días. Si el dictamen discrepa de la propuesta de resolución, la reclamación vuelve al procedimiento general. Transcurridos treinta días desde la iniciación de este procedimiento sin que haya recaído resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización (arts. 14 a 17 del reglamento).

Por último, y en cuanto a la aplicación en el tiempo de la norma, la disposición transitoria del reglamento dispone que los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor del reglamento se regirán por la normativa anterior.

3. Supuesto especial de que el daño lo cause un acto administrativo ilegal.

En los casos en que el daño es causado por un acto administrativo ilegal, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que existían dos vías para exigir la responsabilidad de la administración: bien acumular la pretensión indemnizatoria a la de anulación del acto, bien esperar a que se produzca la sentencia anulatoria, computándose a partir de ese momento el plazo de un año para exigir la indemnización correspondiente (art. 40.3 LRJAE y, más claramente, art. 136 del Reglamento de Expropiación Forzosa). La Ley de Procedimiento Común hace expresa referencia a la segunda de estas vías

en el artículo 142.4 ("...si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva"), aunque debe entenderse subsistente también la primera, por aplicación del citado artículo 136.1 REF y, sobre todo, porque así lo permite el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero junto a estas dos vías, creemos que existe una tercera consistente en admitir la posibilidad de impugnar no el acto ilegal sino los efectos dañosos del mismo, sin pretender en absoluto la anulación de aquél. Analicemos someramente cada una de estas vías.

A) EJERCICIO SIMULTÁNEO DE LAS PRETENSIONES ANULATORIA E INDEMNIZATORIA.

La primera posibilidad es la de acumular la pretensión indemnizatoria a la de anulación del acto en un proceso contencioso-administrativo (arts. 42 LJCA y 136.1 REF). Esta acumulación puede hacerse ya en vía administrativa, si la hay, o puede hacerse por vez primera en vía jurisdiccional sin necesidad de que la petición de indemnización se haya formulado previamente ante la administración. Así lo permite expresamente el referido artículo 42 LJCA y también el artículo 79.3 de la misma ley, que autoriza al demandante a solicitar -en la vista oral o en las conclusiones escritas- "que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constaren ya probados en autos". Ello se debe sin duda a la concepción que tiene la ley jurisdiccional de la petición de daños y perjuicios como una petición adicional de la pretensión de anulación del acto.

En esta hipótesis, el plazo para el ejercicio de la acción coincidirá de hecho con el plazo normal para impugnar cualquier

acto mediante un recurso administrativo o contencioso, aunque con la posibilidad de plantearla posteriormente en vía jurisdiccional, como acabamos de ver.

B) EJERCICIO SUCESIVO DE LAS PRETENSIONES ANULATORIA Y DE RESARCIMIENTO.

A esta posibilidad se refiere expresamente el artículo 142.4 de la Ley de Procedimiento Común (así como el artículo 136.2 REF) y no ofrece mayores dudas: el perjudicado tendrá que recurrir primero contra el acto ilegal, y una vez declarada su anulación por sentencia definitiva, deberá ejercitar la pretensión resarcitoria en el plazo de un año desde la misma (debe entenderse desde que la sentencia es firme. Así lo establece el art. 4.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas. Y, en el mismo sentido, las Ss de 4 y 28 de octubre de 1994). En caso de no ser atendida su petición por la administración, el perjudicado deberá volver a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se le reconozca el derecho a la indemnización. De este modo, la vía que comentamos supone un doble y largo camino para el perjudicado.

C) IMPUGNACIÓN DE LOS EFECTOS DAÑOSOS DEL ACTO ILEGAL, SIN PRETENDER SU ANULACIÓN.

Las dos vías anteriores implican que en todo caso hay que impugnar el acto ilegal en el breve plazo existente para recurrir contra el mismo, a fin de poder deducir la pretensión indemnizatoria más tarde. Es decir, que si se dejan pasar los plazos para recurrir contra el acto origen de los daños, éste se convertirá en firme y no habrá forma de reclamar contra sus efectos dañosos. Ello significa que el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad se vería reducido en la práctica a los fugaces plazos de interposición de recursos,

con lo que un plazo material de prescripción de un derecho (que aquí fija la ley en un año) sería suplantado en la práctica por el breve plazo preclusivo de impugnación del acto. Como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, esta consecuencia es injusta, porque la falta de impugnación en plazo de un acto no puede perjudicar el derecho material al que la ley otorga una vida más larga.

Por ello se ha propuesto (BLASCO ESTEVE, 1985) la admisión de otra vía en estos casos, extraída de la jurisprudencia, consistente en admitir la posibilidad de impugnar, no el acto, sino los efectos dañosos del mismo, sin pretender en absoluto la anulación de aquél. Impugnación que sería posible durante el plazo de un año desde la producción de los efectos lesivos del acto. Se trataría entonces de una pretensión de resarcimiento que, al igual que en el caso de los actos lícitos, no acompañaría a la pretensión de anulación del acto dañoso. Es decir, que aquí no se impugnaría la ilegalidad del acto dañoso original, sino la no soportabilidad del perjuicio. En caso de que exista ilegalidad, el tribunal podrá constatarla a fin de declarar la procedencia de la reparación, pero no podrá declararla, porque ni ha sido pedida ni pudo serlo. Como puede verse, se trata de una técnica similar a la del recurso indirecto contra reglamentos. La jurisprudencia ha admitido esta técnica ya en bastantes sentencias, como son las de 28 de febrero de 1972, 19 de febrero de 1973, 23 de enero de 1976, 21 de febrero y 14 de diciembre de 1983.

La solución, por lo demás, se apoyaría en el apartado 5 del artículo 142 de la Ley de Procedimiento Común, tomando como referencia la "manifestación del efecto lesivo" del acto que motive la indemnización. Piénsese que en esta hipótesis no se recurre contra el acto (lo que excluye la aplicación del apartado 4 del mismo precepto), sino contra sus efectos, y de ahí la aplicabilidad del apartado 5.

4. La garantía judicial.

A) LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Ley de Procedimiento Común ha operado una unificación de la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la administración. A partir de ahora, dicha jurisdicción será la contencioso-administrativa, con independencia de que la administración haya actuado en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado (art. 142.6 de la Ley).

Como hemos visto antes, la petición de indemnización ante la jurisdicción contencioso-administrativa podrá hacerse directamente en la demanda (art. 42 LJCA), o con posterioridad a ella, en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones (art. 79.3), cuando se trate de responsabilidad por actos ilegales.

La sentencia contencioso-administrativa, en su caso, puede adoptar dos criterios diferentes:

- Limitarse a declarar el derecho al resarcimiento en el caso de que los daños hayan sido efectivamente causados, quedando diferido al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos (art. 84.c LJCA);

- Formular pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños, siempre que constasen probados en autos y se hubiere pedido en la vista o conclusiones (art. 79.3 LJCA).

B) LA VÍA PENAL

Puede suceder que el daño se produzca mediante la comisión de un delito o falta por parte de la autoridad o agente que lo causa, los cuales pueden ser procesados y condenados por ello. Surgirá aquí una responsabilidad civil derivada de delito (art. 109 del

Código Penal de 1995), en la que se entremezclan la responsabilidad civil del agente y la de la administración de la que depende y que en la actualidad es una de las vías más utilizadas por los perjudicados, buscando la contundencia de una condena criminal.

Ante la comisión de un hecho delictivo dañoso por un agente público, el perjudicado tiene propiamente dos opciones:

✓ Ejercitar separadamente la acción penal y la reclamación de daños, interponiendo la primera contra el agente autor del delito en vía penal y la segunda frente a la administración en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa.

A este respecto, la ley contiene una regla novedosa, diciendo que "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" (art. 146.2). Esta precisión de la ley constituye una innovación importante con respecto a la situación anterior, en que la iniciación de un proceso penal suspendía el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad (con alguna sentencia aislada en contra, como la STS, Sala 3ª, de 2 de noviembre de 1991), o interrumpía el plazo del año para ejercitar la acción de responsabilidad. A partir de ahora, esto ya no será así, por lo que habrá que ejercitar la acción de responsabilidad dentro del plazo del año que establece la ley (art. 142.5) o bien acumular ambas acciones en el proceso penal, como exponemos seguidamente.

El nuevo Código Penal, por su parte, también admite esta posibilidad de ejercicio separado de acciones en el art. 121: tras declarar como subsidiaria la responsabilidad de los entes públicos

por los daños causados por los delitos de sus agentes, añade que ello es "sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo". El precepto está admitiendo así que la víctima puede utilizar directamente la vía administrativa para resarcirse de los daños causados por el delito del agente público, aunque acaba advirtiendo que, lógicamente, en ningún caso puede darse una duplicidad indemnizatoria a través de las dos vías.

✓ Acumular ambas acciones en el proceso penal, tal como permite la legislación penal y procesal. En el supuesto de que el tribunal penal condene penal y civilmente al funcionario, la administración resultará responsable civil subsidiaria, a tenor del nuevo art. 121 del Código Penal de 1995.

Ahora bien, esta responsabilidad es en el fondo coincidente con la establecida por el artículo 139 de la ley que comentamos, dado que se trata de la responsabilidad de una determinada organización (la administración) por el acto de uno de sus agentes, actuando en el ejercicio de sus funciones. De ahí que la mejor doctrina (LEGUINA, 1993) sostenga que, en estos casos, la responsabilidad de la administración es una responsabilidad directa y no simplemente subsidiaria, "pues sería absurdo que la administración estuviera obligada a indemnizar directamente por hechos menos graves y no, en cambio, por hechos más graves", como son los delitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Para este autor, la Constitución y la nueva ley "establecen un sistema unitario de responsabilidad objetiva directa de la administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos, lo que significa que dicho sistema ha de ser tenido en cuenta y aplicado por todos los órdenes jurisdiccionales que conozcan de las pretensiones de resarcimiento y en todas las vías de reclamación que el ordenamiento disponga para

hacer efectiva la reparación patrimonial. Quiere decirse con ello que es el Código Penal, y en concreto el nuevo art. 121, el que debe aplicarse según las exigencias del art. 106.2 CE y del Título X de la nueva LRJAP que lo desarrolla, y no al revés. Sólo así será, por lo demás, posible que la administración llegue efectivamente a responder, pues la simple responsabilidad subsidiaria carece de eficacia práctica para la víctima del daño, habida cuenta de la virtual imposibilidad de lograr una declaración judicial de insolvencia de la autoridad o agente si éste cuenta con algún género de ingresos o de bienes, por modestos que sean".

Esta tesis resulta impecable y, de hecho, supone un paso más en la tendencia seguida por la jurisprudencia penal de objetivar al máximo la responsabilidad derivada de delitos cometidos por agentes públicos, aunque esta jurisprudencia no ha llegado hasta el extremo de declarar que la responsabilidad de la administración es directa y no subsidiaria en estos casos. Ejemplo de la misma son las STS, Sala 2ª, de 24 de febrero y de 4 de diciembre de 1993 (Arz. 1529 y 9385, respectivamente). La primera contesta a la alegación del Abogado del Estado de que no basta con la mera condición de funcionario de quien causa un daño para hacer derivar de ella la responsabilidad civil subsidiaria sino que es menester la concurrencia de cierto grado de culpa in vigilando o in eligendo. Frente a esta tesis el tribunal considera que "para que surja la responsabilidad civil subsidiaria basta que concurren las dos condiciones siguientes: 1ª. La existencia de una relación de dependencia entre el autor de un delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halle. 2ª. Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas". Y a continuación, la sentencia condena al Estado por los daños causados por una funcionaria autora de un delito de apropiación indebida y de estafa, al cobrar tasas ilegales y apropiarse de su importe, con ocasión del ejercicio de su cargo.

Por su parte, la segunda sentencia citada resume la interpretación jurisprudencial del antiguo art. 22.1 del Código Penal y, entre otras cosas, destaca que "la filosofía en que se inspira la institución es, en definitiva, la de buscar la satisfacción de la correspondiente indemnización cuando las estructuras de la persona jurídica no actuaron como era debido, principio concurrente con las leyes generales que regulan esta materia (S. 3-12-1991), sin que sea imprescindible acudir a la llamada culpa in eligendo o in vigilando".

El Consejo de Estado ha ido aún más lejos que el Tribunal Supremo y ha venido a equiparar la responsabilidad subsidiaria del antiguo art. 22 del Código Penal (ahora, art. 121 del C.P. de 1995) con la responsabilidad directa del art. 106.2 de la Constitución. En el excelente Dictamen 175/92, de 12-3-1992, el Alto Cuerpo Consultivo interpreta el precepto penal a la luz de las líneas generales de la institución resarcitoria y proyecta sobre aquél la doctrina surgida al hilo del precepto constitucional. El dictamen señala en concreto que "si es innegable que las administraciones públicas responden patrimonial y directamente de los daños causados por las autoridades, agentes (...) no tendría sentido que este régimen en lo sustantivo fuera dispar según que se acumularan en el proceso la acción penal y la acción civil o se excluyera ésta, para ejercitarla en el proceso propio de la pretensión resarcitoria (en el caso, el contencioso-administrativo, previo el procedimiento administrativo)". Excelente doctrina la del órgano consultivo, que viene a unificar la responsabilidad patrimonial de la administración, con independencia de la vía procesal elegida por el perjudicado.

En este punto, el nuevo Código Penal supone un progreso con respecto al anterior, pero no acaba de llevar el tema hasta sus últimas consecuencias. El art. 121 empieza declarando al respecto que los entes públicos responden subsidiariamente de los daños causados mediante delito por sus funcionarios o empleados, con lo que

mantiene formalmente el principio de responsabilidad subsidiaria del ente público. Pero, por otra parte, el mismo precepto admite -como hemos visto- que esa responsabilidad civil derivada de delito sea exigida separadamente en vía administrativa. Ello supone una confirmación de la idea de que estamos ante una misma y única responsabilidad, exigible alternativamente en dos vías procesales, aunque con diferencias: en vía administrativa se trata de responsabilidad directa de la administración, mientras que en vía penal es una responsabilidad subsidiaria. Pero, ¿no es una incongruencia que una misma responsabilidad (la del ente público) sea exigible unas veces de modo directo y otras de modo subsidiario, según la vía procesal elegida? Por otra parte, el artículo 121, párrafo segundo, introduce un nuevo matiz en el tema: si la víctima opta por la vía penal para reclamar la responsabilidad civil del agente, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la entidad pública de la que aquél dependa, la cual es responsable civil subsidiaria, como se ha dicho. La subsidiariedad se ve debilitada de este modo, aunque formalmente sigue subsistiendo.

C) LA VÍA CIVIL

Como se ha dicho, la jurisdicción civil ha perdido la competencia que hasta ahora tenía para conocer de las reclamaciones contra la administración por responsabilidad de derecho privado (art. 41 LRJAE). La nueva ley ha operado una unificación de la jurisdicción competente para conocer de todas las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la administración. A partir de ahora, dicha jurisdicción será la contencioso-administrativa, con independencia de que la administración haya actuado en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado (art. 142.6 de la Ley: "La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuere el tipo de relación, públi-

ca o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa"; también el art. 144: "Cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio... La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda"). Con ello, la jurisdicción civil ha perdido propiamente la competencia que hasta ahora tenía para conocer de las reclamaciones contra la Administración por responsabilidad de derecho privado (art. 41 LRJAE, ya derogado).

No obstante, no será extraño ver a la administración demandada ante y condenada por la jurisdicción civil en los casos en que exista una pluralidad de demandados, particulares unos y públicos otros (supuestos de concurso causal con hecho de tercero), y el perjudicado opte por la vía civil, litigando contra todos a la vez en esta vía. Este es un supuesto que se está dando con frecuencia en la actualidad, especialmente en el caso de concurso causal entre administración y concesionario público, así como en daños personales causados a los beneficiarios de la seguridad social (al que luego nos referiremos). La jurisdicción civil declara su competencia -a pesar de que uno de los demandados es un ente público- por distintos motivos (PANTALEÓN PRIETO): para evitar la división de la causa, en base al principio de continencia de la misma; en virtud de su *vis atractiva*, cuando la cuestión litigiosa no ha sido atribuida de forma clara a otra jurisdicción; el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, así como razones de economía procesal, que se verían gravemente lesionados si, al cabo de varios años de litigio, el tribunal civil que está conociendo del caso se declarara incompetente; y, por último, la base jurídica de todas las demandas que no es otra que la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC), materia esencialmente civil. Como dice la STS, Sala 1ª, de 10 de noviembre de 1990 (en un supuesto de daños por asistencia sanitaria en la seguridad social), "siendo solidarias las responsabilidades demandadas,

de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios; la demanda conjunta a la administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma".

Por todo ello, no es difícil pronosticar que la jurisdicción civil continuará conociendo en la práctica demandas de responsabilidad contra las administraciones públicas, especialmente en los casos en que una de éstas sea demandada junto a sujetos sometidos al derecho privado. Así ocurrirá, por ejemplo, si la demanda se formula conjuntamente contra la administración y contra el empleado público autor del daño (supuesto frecuente en la práctica), a pesar de que -como ya hemos visto- en estos casos habría que demandar directamente a la administración (art. 145.1). En este punto, debemos recordar que el art. 135.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa declara solidaria la responsabilidad de los funcionarios y de la administración, por lo que el tribunal civil -si no se declara incompetente, por los motivos ya vistos- podrá condenar a ésta por la totalidad de los daños resarcibles.

D) LA VÍA LABORAL

En determinados ámbitos, como es el caso de los daños personales causados a los beneficiarios de la seguridad social por asistencia sanitaria, la Administración está siendo demandada ante la jurisdicción social en reclamación de responsabilidad extracontractual. En realidad, tal como ha demostrado SERRANO ALONSO, este tipo de reclamaciones están siendo juzgadas por tres órdenes jurisdiccionales distintos (el contencioso-administrativo, el civil y el social), los cuales se declaran competentes en cada caso a pesar del absurdo jurídico que eso supone. Son reclamaciones que se dirigen siempre contra la administración y, a veces, también contra el facul-

tativo correspondiente (ya sea en forma solidaria o subsidiaria), y en las que el fundamento legal en que se apoyan son los artículos 1.902 y 1.903 CC, y 40 LRJAE. El hecho cierto es que determinadas reclamaciones llegan a la jurisdicción social, ésta se declara competente para juzgar y procede, en su caso, a condenar a la administración al pago de la pertinente indemnización.

Los argumentos que emplea esta jurisdicción para sostener su competencia son básicamente dos. Primero, que se ha producido una lesión como consecuencia de una prestación de la seguridad social entre sujetos vinculados por una previa relación propia del orden laboral, como lo es la relación entre la entidad sanitaria y el beneficiario. Segundo, que tal situación corresponde a la jurisdicción social en virtud de lo establecido en el artículo 2.b de la Ley de Procedimiento Laboral, conforme al cual se atribuyen a esta jurisdicción el conocimiento de pretensiones que se refieran a "materia de seguridad social, incluida la protección por desempleo" (SSTS, Sala 4a, de 24 de abril de 1990 y de 20 de abril de 1992, ésta en un recurso de casación para la unificación de doctrina).

Como pone de manifiesto SERRANO ALONSO, estos argumentos no son convincentes, porque implican aceptar un concepto amplísimo de "prestaciones de la Seguridad Social", cuya extensión no se encuentra avalada por ningún texto normativo. Para este autor se está ejerciendo una acción civil, de naturaleza diversa de la asistencial, que debe ser competencia de la jurisdicción civil. En mi opinión, no cabe duda de que se está ejercitando una acción de responsabilidad patrimonial extracontractual, que no debe ser de la competencia de la jurisdicción social, pero no coincido con el referido autor en cuanto a la jurisdicción competente, porque entiendo que el organismo que causa el daño (el INSALUD) es un ente público, que está actuando además en régimen de derecho administrativo y aunque fuera en régimen de derecho privado daría lo mismo, según

la Ley de Procedimiento Común, por lo que la jurisdicción competente tendría que ser la contencioso-administrativa, por aplicación de los principios generales que rigen el ámbito de ésta (en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO).

En este punto, el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad específica en su Disposición Adicional primera que "la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras, y servicios comunes de la seguridad social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del sistema nacional de salud, 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, se afirma con claridad mediana que el orden jurisdiccional competente en la solución de estos litigios es el contencioso administrativo, desarrollando así una idea que ya estaba en la ley.

De facto, algunos tribunales del orden social han venido recientemente pronunciándose en este sentido, como es el caso del auto del Juzgado de lo Social nº1 de los de Jerez, de 9 de junio de 1994. Pero, sobre todo, el auto del TS, sala de conflictos de competencia, de 7 de julio de 1994, establece de manera rotunda que la Ley de Procedimiento Administrativo Común ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que ya establecía la antigua Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de 1956, utilizando para ello una doble vía:

✓ Estableciendo un procedimiento único para la reclamación de la indemnización, que viene constituido por el art. 145.1 de la ley, y que consiste en la reclamación directa a la administración causante del daño. Ello significa 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 la 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 atribuida la competencia en materia sanitaria.

✓ Unificando la jurisdicción y eliminando la atribución de esta materia a prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales como ocurría antes. Se entiende que el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa es el competente con carácter único para conocer de estas reclamaciones, y ello en base a que la reclamación procedente inicia un procedimiento administrativo que terminará con una resolución administrativa que, de conformidad con el art.142.6 de la ley, pone fin a la vía administrativa. Ello excluye automáticamente la competencia del orden civil y del orden social.

A pesar de este rotundo pronunciamiento de la Sala de conflictos de competencia, la última jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo sobre este punto es contradictoria. La S. de 12 de mayo de 1995, recogiendo el criterio de la sala de conflictos, se ha declarado incompetente en este tipo de reclamaciones, atribuyendo la competencia al orden contencioso-administrativo. Por el contrario, otras sentencias de la misma sala han vuelto a atribuir a la jurisdicción social la competencia para el conocimiento de la cuestión (S. de 23 de enero, 17 de abril y 10 de julio de 1995).