

Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria

(Procedural paradoxes raised by the exercise of the return action in the field of health responsibility)

Milagros López Gil

Profesora Titular Derecho Procesal
Universidad de Málaga

RESUMEN: A pesar de que tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la existencia de la acción de regreso frente a los funcionarios en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta es una figura que en pocas ocasiones se ha usado a pesar de los intentos del legislador por reforzarla. En este artículo, pretendemos poner de relieve aquellas cuestiones procesales que constituyen un obstáculo para su efectividad y que desincentivan su utilización, proponiendo soluciones que permitan una mejor articulación del sistema.

PALABRAS CLAVE: Acción de regreso, responsabilidad patrimonial, proceso contencioso administrativo, cosa juzgada, intervención de terceros.

ABSTRACT: Although traditionally, our legal system has recognized the existence of return action against officials in cases of patrimonial liability of the Administration, this is a figure that has rarely been used despite the attempts of the legislator for reinforcing it. In this article, we intend to highlight those procedural issues that constitute an obstacle to its effectiveness and that discourage its use, proposing solutions that allow a better articulation of the system.

KEYWORDS: Return action, patrimonial liability, contentious administrative process, res judicata, third party intervention.

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2020

Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2021

Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria

(Procedural paradoxes raised by the exercise of the return action in the field of health responsibility)

Milagros López Gil

Profesora Titular Derecho Procesal
Universidad de Málaga

SUMARIO

1. Introducción. **2.** Especial tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario. **3.** La acción de regreso. **4.** Dificultades procesales en el ejercicio de la acción de regreso. **4.1.** Cuestiones relativas al discutido carácter preceptivo del ejercicio de la acción de regreso. **4.2.** Problemas que plantea el plazo para el ejercicio de la acción de regreso. **4.3.** La difícil delimitación del objeto de la acción de regreso ante la existencia de cosa juzgada. **4.4.** La intervención del médico o personal sanitario en el procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración. **5.** Conclusiones. **6.** Bibliografía.

1. Introducción

La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración sanitaria constituye uno de las instituciones que más literatura ha generado sobre todo en el seno del derecho administrativo. Sin embargo, no podemos decir que el mismo haya sido abordado profusamente por la ciencia procesal, es más, cuando la doctrina procesalista se ha acercado al estudio de esta materia se ha centrado, básicamente, en los problemas que se plantean en el proceso contencioso administrativo al reclamar dicha responsabilidad –qué jurisdicción es competente, quiénes son los legitimados pasivamente, etc.–¹ obviando otras cuestiones que no dejan de tener gran importancia.

En efecto, esta institución tiene múltiples aristas que han sido poco analizadas, entre ellas, la posibilidad articulada en la Ley de Régimen Jurídico del sector público (LRJSP, en adelante) que –heredera de su predecesora la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común (LRJAP, en adelante)– regula la obligación de la Administración de proceder en vía de regreso frente al funcionario que de forma dolosa o culposa generó el daño que ha dado lugar al reconocimiento de la responsabilidad.

Y es esta obligación impuesta a la propia Administración de ejercitar la acción de regreso lo que constituye el objeto del presente trabajo,

1 PECEs MORATE, J. E., «Criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», *Jornadas sobre la Función Con-sultiva, 17-18 de septiembre de 2009*, pág. 129 y ss.; MERINO MOLINS, V. «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad» *Actualidad Administrativa, N° 6, Sección Doctrina, Semana del 3 al 9 Feb. 2003*, Ref. VII, pág. 135, tomo I, Editorial LA LEY; HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Indret 4/2004*, noviembre de 2004, pp. 20 y ss.; Díez Sánchez, J.J., «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», *VLEX-41267025*, pp. 208-234;

si bien centrado en un supuesto específico: la acción de regreso que se debe ejercitar al hilo de la responsabilidad de la Administración por un acto de naturaleza sanitaria puesto que es en este ámbito donde se excepciona o matiza el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, la acción de regreso no es una desconocida en nuestro ordenamiento jurídico puesto que está presente en diferentes textos legales desde mitad del siglo pasado². Sin embargo, no será hasta la reforma de la Ley 30/92, operada en el año 1999, cuando deje de ser una facultad discrecional de la Administración para convertirse, teóricamente, en una obligación³. Ahora bien, el cambio de carácter de la norma no ha contribuido a que sea más utilizada, como tendremos ocasión de estudiar, a pesar de las críticas de la doctrina quizás porque, de forma paralela al cambio de carácter de su naturaleza, no se ha rediseñado la institución para sortear los problemas que planteaba.

-
- 2 Vid. DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *Revista para el análisis del derecho INDRET*, abril, 2008, pp. 3 y 4. FORTES GONZÁLEZ, A.I, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración*, INAP, 2014 pp.179-184; CUETO PÉREZ, M., «Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo 2, Disponible en www.tirantonline.com, TOL3.706.294, pág. 1-9.
 - 3 En efecto, el artículo 145.1 de la mencionada ley establece que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca».

2. Especial tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario

Cualquier análisis que se realice de la responsabilidad de la Administración debe ineludiblemente arrancar de lo dispuesto en el artículo 106 del texto constitucional en tanto que dicho precepto dispone que

«los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Previsión ésta que ya se encontraba reconocida en una norma preconstitucional – en la Ley de 20 de julio, de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado⁴– y que se incorporó en su sucesora, la Ley 30/1992, pasando a estar, actualmente, regulada en el artículo 32.1 LRJSP que, aunque reproduce literalmente el tenor de las anteriores, añade, en un inciso final, una nueva excepción al nacimiento de la responsabilidad patrimonial consistente en que el administrado «tenga el deber jurídico de soportar (el daño) de acuerdo con la ley».

Junto al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración por su funcionamiento, todas las leyes anteriormente mencionadas articulan los mecanismos, a través de los cuáles, dicha responsabilidad puede ser exigida. En efecto, el artículo 36.1 de la LRJSP establece la vía a través de la cual se puede exigir dicha responsabilidad y

4 El artículo 32.1 establecía que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

quiénes son los legitimados pasivamente, estableciendo, en este caso, una limitación: la misma sólo se podrá dirigir contra la Administración en la que se encuentre integrado el funcionario causante del daño⁵, impidiendo que se pueda articular, inicialmente, ningún tipo de reclamación, ni individual ni colectiva, frente al funcionario aunque hubiese sido posible individualizar quien, en última instancia, fue el autor de los actos de los que se han derivado el resultado dañoso. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que ya se haya reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración y siempre que ésta haya procedido a satisfacer al damnificado, entonces y sólo entonces, la Administración deberá dirigirse frente al funcionario autor de los hechos para dilucidar su grado de responsabilidad.

Por lo tanto, podemos observar como este precepto construye la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas sobre una doble fase; una primera que supone el ejercicio de la acción directa frente a la administración (sin poder dirigirse frente al funcionario) y que se caracteriza por su carácter objetivo, es decir, por su desvinculación de la existencia de dolo o culpa, puesto que basta con acreditar que se ha producido un acto dañoso que es imputable al funcionamiento de un servicio público, y que no se ha producido por fuerza mayor o por la concurrencia de circunstancias que, por el estado de la ciencia, no se hayan podido tener en cuenta, o que el ciudadano tenga el deber de soportar, según lo previsto en la ley⁶, para que la administración sea condenada a indemnizar. Y una segunda fase, en la que, si el funcionario que ha generado el daño puede ser individualizado, se va a producir una subjetivación de la responsabilidad, pasando a analizarse si la producción del daño se ha generado como consecuencia de una actuación dolosa, culposa o en la que ha mediado negligencia grave.

5 Previsión ésta que también se encontraba recogida en el artículo 145.1 LRJAP.

6 Con carácter general estos requisitos se establecen en el propio artículo 32 en su apartado 2.

Con esta extraña construcción lo que se ha pretendido es cumplir con un doble objetivo:

- por un lado proteger al ciudadano garantizando siempre la reparación del daño en la medida en la que la Administración (en teoría) siempre es solvente⁷,
- pero, por otro lado, para evitar crear un ámbito de impunidad en torno a los funcionarios y autoridades, se exige el ejercicio de la acción de regreso frente a éstos, puesto que lo contrario sería poco entendible para los contribuyentes que, en caso contrario, estarían cargando con las consecuencias patrimoniales negativas de los actos cometidos por los funcionarios o autoridades⁸.

Sólo partiendo de esta configuración de la responsabilidad de la administración es cómo podemos entender el sistema de la ley y el porqué de la existencia de la acción de regreso.

Si bien, el régimen de responsabilidad de la Administración descrito hasta este momento era aplicable a todos los sectores, con el tiempo, se han ido produciendo reinterpretaciones y adaptaciones del mismo a la idiosincrasia propia de cada actividad desarrollada por las distintas administraciones. Y uno de los ámbitos más afectados es el sanitario. En efecto, se ha afirmado de forma casi unánime por la doctrina⁹ y por la

7 SAURA FRUCTUOSO, C., «La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la Transparencia, la eficiencia y la responsabilidad», *Documentación administrativa*, nº 2, enero diciembre 2015, pág. 3.

8 BARCELONA LLOP, J., «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 105, año 2000, pp. 37 y ss., SAURA FRUCTUOSO, C., op. cit., pág. 2.

9 MUÑOZ MACHADO, S., «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (enero-junio 1994), MARTIN REBOLLO, L., «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y

jurisprudencia¹⁰, que este modelo de exigencia de la responsabilidad no puede ser aplicado en el ámbito sanitario con base en diversos argumentos de mayor o menor calado.

En primer lugar, se señala que la aplicación del régimen general de la responsabilidad patrimonial de la administración anteriormente descrito, transformaría a la propia Administración en una suerte de aseguradora universal, en la medida en la que tendría que responder de cualquier resultado dañoso que sufriera un paciente y esto no sería razonable de ningún modo¹¹. Además, por otro lado, resultaría complejo acreditar el nexo de causalidad entre la actuación de la administración y el resultado dañoso. Piénsese que cuando un paciente acude a un hospital es porque tiene una enfermedad que requiere un tratamiento de manera que, en ocasiones puede resultar difícil distinguir cuando el daño

la responsabilidad personal de los empleados públicos), Revista Derecho y Salud, Vol. 9, número 1, enero-junio 2001.

- 10 Entre otras, STS 25 febrero de 2009 (Rec. 948472004); 20 de junio de 2011), 5 de junio de 2012 (rec. Casación 2241/2012), 9 de octubre de 2012 (recurso casación 40/2012).
- 11 En este sentido la STS 9 de octubre de 2012 (rec. Casación 40/2012) establece «Como que frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, (...) el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, más en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles»

ha sido provocado por la actuación u omisión sanitaria o es fruto de la evolución natural de la enfermedad. Por lo tanto, ha sido la propia jurisprudencia la que ha pasado a considerar que, en el ámbito sanitario nos encontramos ante una obligación de medios y no de resultados.

Este cambio jurisprudencial –que no ha ido acompañado, ni seguido de una reforma legislativa– supone que, en materia sanitaria, no basta con que el daño se produzca, para que la administración tenga que indemnizar, sino que, además, éste –el daño– debe ser antijurídico, en el sentido que el paciente no tenga el deber de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

Esta matización supone que, aunque en principio la ley parte de la responsabilidad de la Administración tanto por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la modulación introducida va a suponer, primero, que no va a haber responsabilidad cuando el funcionamiento haya sido normal conforme a la *lex artis*, y, en segundo lugar, se va a declarar la responsabilidad patrimonial solo en caso de anormal funcionamiento siempre y cuando haya un título de imputación. Esto supone que la administración puede evitar la condena si acredita:

- que la actuación se ha producido conforme a la praxis sanitaria,
- por la existencia de fuerza mayor,
- por la culpa exclusiva de la víctima,
- porque el daño se ha producido atendiendo a hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos,
- y, finalmente, porque la víctima, tenga el deber de soportarlo conforme a la ley.

Y es precisamente esta modificación jurisprudencial la que ha desfigurado el sistema establecido en la ley, introduciendo nuevas inte-

rrogantes y muchos problemas que se han unido a los que ya planteaba *per se* la propia institución.

En efecto, procesalmente esta reinterpretación de los criterios de imputación de la responsabilidad plantea una modificación de lo que va a ser el objeto del procedimiento para fijar la responsabilidad patrimonial, primero, en vía administrativa y, posteriormente, del futuro proceso contencioso administrativo, si éste llega a producirse. Si esto pasa, es evidente, como vamos a explicar en las siguientes páginas, también va a incidir necesariamente en lo que va a constituir el objeto en la acción de regreso.

La afirmación anterior se sustenta en que la LRJSP establece, como indicamos en páginas anteriores, que la reclamación de responsabilidad patrimonial se tiene que dirigir sólo y exclusivamente frente a la Administración, excluyendo, expresamente, que se ejercite la acción directa frente al funcionario o personal a su servicio. Esta exclusión de la acción directa frente al médico o personal sanitario tenía sentido en el sistema originario de la ley en la que lo que se iba a fijar en dicho procedimiento era la existencia de una responsabilidad objetiva, desvinculada, por tanto, de la conducta del funcionario correspondiente. En este procedimiento –y posterior proceso– se iba a dilucidar si el resultado dañoso se había producido como consecuencia del funcionamiento de la administración –ya fuese normal o anormal–. No se entraba, por tanto, en cuestiones que implicasen una subjetivación de la responsabilidad. El análisis de si el daño se había producido por dolo o culpa se dejaba reservado para su análisis en el procedimiento que se iniciase para ejercitar la acción de regreso. De esta forma, lo que iba a ser objeto de cada uno de los procedimientos (y posteriores procesos) que se fuesen a generar estaba relativamente claro.

Ahora bien, la evolución de la jurisprudencia estableciendo que la responsabilidad de la Administración sanitaria no era una responsabilidad de resultados sino de medios ha cambiado radicalmente esta situación. En estos momentos, cuando se inicia la reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria hay que entrar en el análisis de la existencia de una buena o mala praxis por parte del médico

o personal sanitario, en un procedimiento en el que, recordemos, no pueden ser parte por prohibirlo expresamente el artículo 36 LRJSP.

Por lo tanto, para que el proceso contencioso administrativo finalice con una sentencia declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria va a ser necesario que quede acreditado que la actuación del personal sanitario se produjo con infracción de la *lex artis* y esto nos plantea la pregunta de si esta sentencia va a producir el efecto de cosa juzgada en su función positiva o prejudicial en el posterior procedimiento en el que se ejercite la acción de regreso o, si, en lugar de la existencia de cosa juzgada, se puede hablar de efectos reflejos, o si por el contrario, no existe ningún tipo de vinculación entre una y otra. La respuesta que demos a esta pregunta no es baladí puesto que va a incidir directamente en la fijación del objeto del procedimiento en vía administrativa y, posteriormente, en vía judicial y, por tanto, en la determinación de los límites del debate y de los mecanismos de defensa del médico o sanitario causante último de los hechos.

3. La acción de regreso

La acción de regreso es una acción de carácter administrativo que tiene su origen en el reconocimiento legal de la existencia de una responsabilidad patrimonial, directa y exclusiva, de la Administración por los daños ocasionados por sus agentes o autoridades, dirigida a evitar crear un ámbito de impunidad de las personas físicas que conforman la Administración¹². En efecto, lo que se intenta evitar, al introducir la acción de regreso en nuestro ordenamiento, es que los funcionarios y autoridades administrativas se conviertan en sujetos totalmente irresponsables de sus actos, y que el coste de sus errores sea satisfecho por todos los ciudadanos. Para evitar esta situación, se introduce un mecanismo que permite a la Administración determinar la responsabilidad

12 FORTES GONZÁLEZ, A.I, *op. cit.* pág.200.

patrimonial que corresponde soportar a los funcionarios, y repercutir todo o parte de la indemnización que se haya abonado a los particulares lesionados por la actuación del personal a su servicio.

En este sentido es indiferente la causa o el procedimiento en el que se haya determinado la responsabilidad patrimonial de la administración, es decir, que la misma se va a ejercitar:

- bien, cuando el reconocimiento de dicha responsabilidad se haya producido en procedimiento administrativo;
- bien, cuando la misma derive de la condena a la Administración como responsable subsidiario en un proceso penal;
- o bien, finalmente, como consecuencia de una condena impuesta en un proceso contencioso administrativo, siendo este en el caso en el que nos vamos a centrar en las próximas páginas.

En este sentido, el sistema arbitrado por la ley para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración se conforma con dos procedimientos en la que los sujetos y los objetos son diferentes.

En efecto, el procedimiento de responsabilidad se dirigirá por el perjudicado directamente frente a la Administración, como hemos señalado en páginas anteriores, siendo su objeto la acreditación de la existencia de un daño como consecuencia de un funcionamiento normal o anormal de la propia administración reclamada –en el caso que nos ocupa, que el funcionamiento se ha producido en contra de la *lex artis*–.

En un segundo momento, y tras el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración bien en vía administrativa, o bien como consecuencia de la existencia de una sentencia de condena, se ejercerá la acción de regreso en el que será la Administración la que se dirija frente al funcionario –en nuestro caso, médico o personal sanitario– causante, en última instancia, del resultado dañoso. El objeto de este segundo procedimiento estará constituido por la acreditación de la existencia de un título de imputación, es decir, que el resultado dañoso imputable al funcionario se produjo por dolo o culpa que debe ser calificado como grave.

Para el ejercicio de esta acción de regreso se tendrá que instruir un procedimiento que se tramitará, inicialmente, y sin perjuicio de su posterior revisión por la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas –artículos 75 y ss.–.

En este sentido, el órgano competente de la Administración deberá iniciar el procedimiento, notificándose a los interesados para que puedan realizar alegaciones en el plazo de quince días. En este procedimiento se podrán practicar aquellas pruebas que hayan sido admitidas, así como aquellas otras que el órgano competente considere oportunas y previa audiencia de las partes se formulará propuesta de resolución. La resolución adoptada, pondrá fin a la vía administrativa dejando expedita la vía jurisdiccional.

No obstante, a pesar del principio de justicia que justifica la existencia de la acción de regreso –evitar la existencia de un ámbito de impunidad para los funcionarios–, ésta ha tenido escaso predicamento con carácter general¹³ y mucho más en los casos de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, bien sea por un manifiesto desinterés en su ejercicio, o bien sea por los problemas que la aplicación de la acción de regreso genera, lo que ha llevado a que su configuración haya ido evolucionando¹⁴ en un intento, no del todo acertado, de garantizar su ejercicio.

Así pues, son muchas las críticas que se pueden realizar a la actual configuración de la acción de regreso y que inciden, en mayor o menor medida, en su eficacia y en su efectividad. Pero es que, junto a las críticas

13 Sobre las causas de esta inoperancia vid. DIEZ SANCHEZ, J.J., op.cit, pp.208-234. DOMÉNECH PASCUAL, G. op. cit. 8, o «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública* núm. 180, Madrid, septiembre-diciembre (2009), págs. 103-159; SAURA FRUCTUOSO, C., op. cit.

14 Sobre la evolución de la institución vid. DOMÉNECH PASCUAL, G. «Por qué la Administración...» op. cit., FORTES GONZÁLEZ, A.I. op. cit., pp.179-184.

generales que podamos hacer a la institución, en el caso de la acción de regreso en el supuesto específico que constituye el hilo conductor de este trabajo, se tornan en verdaderos obstáculos que pueden convertir a la institución, como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes, en un procedimiento inútil con el único objetivo de enmascarar una auténtica irresponsabilidad de los funcionarios. La constatación de este hecho nos conducirá a hacer propuestas para dos escenarios diferentes, o postular su desaparición con base en su inoperancia, o bien pergeñar una reforma que la dote de las características necesarias para que cumpla de forma contundente con la finalidad que justifica su existencia.

4. Dificultades procesales en el ejercicio de la acción de regreso

4.1. Cuestiones relativas al discutido carácter preceptivo del ejercicio de la acción de regreso

La primera cuestión sería preguntarse si el ejercicio de la acción de regreso es obligatorio para la Administración. Esta cuestión fue bastante polémica hasta que en el año 1999 se produjo una modificación en la dicción literal del artículo 145.2 de la Ley 30/92 –entonces vigente–, en la que se transformó el «podrá exigir» por «exigirá de oficio», lo que pareció zanjar, por un breve periodo de tiempo al menos, la polémica sobre la discrecionalidad de la decisión del ejercicio de la acción de regreso.

No obstante, y a pesar de la claridad con la que se manifestó la mencionada reforma, algún sector doctrinal¹⁵, amparándose en lo previsto en el inciso segundo del mencionado artículo, y que fue íntegra-

15 Para el análisis de esta cuestión vid. DIEZ SANCHEZ, J.J., *op.cit.*, pp 216-218; SAURA FRUCTUOSO, C., *op. cit.*, FORTES GONZÁLEZ, A.I, *op. cit.*, pp 218 y ss.

mente recepcionado por el artículo 36 LRJSP, al establecer que *«para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso»*, considera que sigue recogiendo una suerte de discrecionalidad. El argumento en el que se fundamenta esta interpretación se funda en la consideración de que los criterios señalados sirven tanto para cuantificar la responsabilidad del funcionario como para valorar la propia exigencia de responsabilidad.

Surgiría, por tanto, de nuevo la duda de si, con carácter previo al ejercicio de la acción de repetición, puede la Administración hacer una valoración sobre su procedencia o no. Con base en esta interpretación, la Administración podría no ejercitar la acción que estamos analizando.

No obstante, no compartimos esta idea por cuanto consideramos que la Administración estaría obligada a ejercer la acción de regreso¹⁶ cuando concurriesen los presupuestos habilitantes para su ejercicio. Dichos presupuestos son:

- Se haya declarado la responsabilidad de la Administración;
- la Administración haya resarcido efectivamente al perjudicado;
- el funcionario o autoridad públicas autora del hecho lesivo esté identificado;
- y, finalmente, cuando se pueda apreciar que el mismo se pudo producir por culpa o negligencia grave.

Por lo tanto, todos y cada uno de los criterios reseñados en el mencionado precepto deben analizarse en el propio procedimiento en

16 Sobre el carácter obligatorio del ejercicio de la acción de regreso se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de enero de 2000 (RJCA\2000\656)

el que se ejercite la acción de regreso y no con carácter previo a la incoación del mismo.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el análisis de la acción de regreso que estamos realizando en este trabajo se circunscribe a la responsabilidad sanitaria declarada ya, bien en vía administrativa, bien en una sentencia obtenida en la vía judicial, y, que por tanto, es de lógica pensar que ya se habrá acreditado la existencia de una actuación lesiva que se ha producido por culpa o negligencia puesto que, como hemos visto en las páginas precedentes, cuando estamos en el ámbito de la responsabilidad sanitaria ya no aplicamos una responsabilidad objetiva y por tanto, desvinculada de un título de imputación, sino que tenemos que determinar que los daños se han producido como consecuencia de la vulneración de la *lex artis*. Por lo tanto, en el procedimiento judicial sólo se pudo condenar a la Administración si quedó perfectamente acreditado que el daño inferido se produjo por dolo o culpa. Así pues, en el procedimiento en el que se esté ejercitando la acción de regreso, sólo habría que dilucidar si este dolo o culpa pueden ser calificados como graves –si es que esto no se determinó ya con carácter previo–.

Así pues, los criterios de modulación establecidos en este inciso sólo tienen como finalidad fijar qué parte de la condena pagada por la Administración en la reclamación patrimonial se va a repercutir frente al médico o el personal sanitario. O, dicho de otro modo, habiendo sido condenada la Administración por un daño producido por un acto médico que infringía la *lex artis*, y una vez satisfecha la indemnización, se deberá abrir el procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso y que sea en este procedimiento donde se analice si dicha infracción de la *lex artis* se ha producido por dolo, culpa o negligencia de carácter grave. Y, si concurriendo alguno de estos supuestos de imputación, procede exigir la totalidad de la indemnización satisfecha o solo una parte de la misma en atención a la concurrencia de esos presupuestos introducidos en el artículo 36.2.

Consideramos, por tanto, que la acción de regreso debería ejercitarse siempre en cualquier tipo de responsabilidad patrimonial de la Ad-

ministración, pero más en los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria y que es, en el seno de la tramitación de dicho procedimiento, donde se debe dilucidar la concurrencia de los títulos de imputación y la modulación de la indemnización que se debe repercutir a los funcionarios o autoridades públicas. No obstante, en los supuestos en los que la acción de regreso se ejercite como consecuencia de la previa declaración de la responsabilidad sanitaria de la Administración el objeto de la acción de regreso deberá circunscribirse bien, a la modulación de la cantidad de la que debe responder el médico o personal sanitario, puesto que la existencia de un título de imputación ya se habrá dilucidado en el procedimiento previo de exigencia de responsabilidad a la Administración, bien, a la prueba por parte del personal sanitario de la existencia de un hecho oponible sólo a la Administración que enerve dicha responsabilidad. Cuestión ésta que analizaremos en profundidad más adelante al afectar, como veremos, al derecho de defensa del médico o personal sanitario.

Íntimamente unido al carácter obligatorio del ejercicio de la acción de regreso está la cuestión relativa a qué sucede en aquellos casos en los que la Administración no ejercita la acción de regreso, es decir, si existe algún mecanismo para forzar el cumplimiento del mandato claro ínsito en el artículo 36.2 LRJSP. Esta cuestión no es intrascendente puesto que la sociedad en sí puede estar interesada en que esta acción se ejercite en tanto que no tiene por qué soportar que, si el comportamiento del médico ha sido reprochable, la responsabilidad al final sea asumida por la Administración y, por tanto, por la sociedad en su totalidad.

Adelantamos que, paralelamente a la instauración de esta obligación, no se prevén las consecuencias, ni procesales, ni sustantivas que su incumplimiento puede llevar aparejada. Surge por tanto la obligación de bucear entre las diferentes opciones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para determinar cuál de ellas podría ser utilizada en este supuesto¹⁷

17 Para un análisis en profundidad de las diferentes opciones *vid.* FORTES GONZÁLEZ, A.I, *op. cit.*, pp. 218 y ss.

puesto que, la inactividad de la Administración consistente en no ejercitar la acción de regreso no es indiferente para el derecho. En efecto, desde el punto y hora en el que la ley instaura una obligación para la Administración consistente en la incoación de un procedimiento su inactividad se convierte en antijurídica¹⁸.

Así pues, una primera aproximación al estudio de esta cuestión nos hace pensar que el instrumento adecuado sería recurrir dicha inactividad ante la jurisdicción contenciosa administrativa por la vía del artículo 29 LJCA. Este precepto establece que «*Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración*».

No obstante, la utilización de esta vía es controvertida puesto que la misma exige que quien la inicie tenga una legitimación que no se funde en la mera defensa de la legalidad objetiva, es decir, que para poder recurrir al proceso por inactividad es necesario que haya un sujeto que tenga derecho a una concreta prestación o actuación de la Administración¹⁹, supuesto que difícilmente concurrirá en este caso.

18 GÓMEZ PUENTE, M. «El silencio y la inactividad de la Administración» en *Silencio administrativo. Estudio General y procedimiento sectoriales*, Valencia, 2012 (TOL2.665.147), define la inactividad como «la omisión por la Administración de cualquier actuación, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible».

19 Entre otras vid, STS 1 octubre de 2008, recurso num. 1698/2004 –RJ 5831– «A tenor del art. 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, y como recuerda la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 2007, para que pueda hablarse de inactividad administrativa a efectos de dicho precepto, es necesario que la Administración esté

obligada a desplegar una actividad concreta, que esté establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo, y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas. (...) La sentencia antes citada de 14 de diciembre de 2007, excluye de la posibilidad de la aplicación de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, el supuesto en que exista un margen de actuación u apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación de actuar exija un acto concreto de aplicación, en cuyo supuesto y, según afirma esa sentencia, no será posible la admisión del recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no se ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general, sino que, en estos casos, en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso Contencioso-Administrativo frente a los actos expesos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo, respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración. Y la también citada sentencia de 18 de febrero de 2005 pone de relieve el ámbito de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, entendiéndolo restringidos los supuestos en los que es posible acudir a la vía Contencioso-Administrativa al amparo del precepto que, según resulta de su propia redacción y los antecedentes de su tramitación parlamentaria, contiene un ámbito legalmente limitado. Efectivamente, la norma invocada como infringida exige que una disposición, acto, contrato o convenio establezca una prestación de forma clara y concreta en favor de una persona determinada, y sólo será la misma la que podrá acudir, ejercitando el derecho que dicha norma le atribuye, a exigir de los tribunales, la adopción de las medidas concretas que impongan a la Administración la efectividad de la actividad omitida. Como recuerda la sentencia de 24 de julio de 2000, «para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación, con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que, en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad, ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general».

En efecto, como venimos señalando, para que la Administración pueda iniciar la acción de regreso es condición *sine quam non* que se haya satisfecho la responsabilidad patrimonial al afectado/s por lo que eso dejaría sin interés directo a éste para poder activar la acción de regreso puesto que, primero, el artículo 36. 1 establece que la incoación del procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso es una potestad exclusiva de la Administración y, segundo, porque producida la inactividad, estarán legitimados para iniciar el proceso judicial aquel que ostente un derecho a una prestación concreta frente a la Administración que derive de una disposición general, un acto, contrato o convenio administrativo (ex artículo 29 LJCA), y ninguna de estas circunstancias concurren en el perjudicado. No obstante, consideramos que la limitación de este proceso por inactividad a aquellos supuestos en los que existe un titular de la prestación, es injusta en la medida en la que existe un interés general en que la Administración cumpla con sus obligaciones y por ello, debería permitirse su incoación incluso en aquellos supuestos en los que lo que existe es la inactividad de la Administración frente a una obligación jurídica, como ocurre en el presente caso.

Por otro lado, el artículo 62 LPA reconoce la posibilidad de que cualquier persona pueda presentar denuncia para poner en conocimiento de la Administración la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo, lo que podría hacernos pensar que se está introduciendo por vía indirecta una suerte de acción popular –lo que estaría más que justificado puesto que lo que late en el fondo es que la Administración ejercite una acción a la que le obliga la ley como consecuencia de la producción de un daño para la hacienda pública concretado en el hecho de haber satisfecho una indemnización por la actuación del médico o sanitario–.

No obstante, un análisis de la naturaleza jurídica de esta institución –la denuncia– deja sin efecto la anterior afirmación puesto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dejado claro que está legitimado para denunciar cualquier ciudadano. Ahora bien, esta legitimación sólo le da derecho a que se tramite un procedimiento preliminar en la que la administración analice la pertinencia o no del procedimiento

cuya incoación se solicita. Evidentemente, el denunciante tiene derecho a que se le notifique el resultado de este procedimiento preliminar, pero en ningún caso, el hecho de constituirse como denunciante –per se– le confiere el estatus de parte en el procedimiento cuya iniciación se reclama salvo que la norma sustantiva le habilite para ello, cosa que no sucede en el supuesto que nos ocupa²⁰.

Por otro lado, íntimamente relacionada con lo que venimos desarrollando, estaría el análisis de si la notificación recibida por el denunciante constituye en sí mismo un acto administrativo que le habilita para poder usar los recursos que tanto el ordenamiento administrativo como el procesal regulan para poder impugnar este tipo de acto.

En este sentido, si bien desde un punto de vista estrictamente teórico, nada impediría recurrir esa notificación sobre la falta de incoación del procedimiento, la jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que el denunciante carece de dicha legitimación²¹ –por lo menos en el ámbito tributario–. No compartimos esta opinión y, por tanto, como acto administrativo que es, podría ser objeto del correspondiente recurso eso sí con un objeto muy limitado: la corrección o no del acuerdo de no incoación del correspondiente procedimiento, no pudiendo ir más allá.

Descartada, por tanto, la posibilidad de que exista alguien distinto de la Administración con interés legítimo para el ejercicio, directo o indirecto, de la acción de regreso, debemos analizar si concurriría alguno de los demás supuestos de legitimación reconocida en el artículo 19 LJCA. Dos son las opciones que podríamos plantear: la acción popular –art. 19.1 h– y la legitimación vecinal –art. 19.3– que, aunque parecidas, presentan notables diferencias.

20 Vid. BELTRAN AGUIRRE, J.L., «La inactividad de las administraciones públicas en Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano», Revista jurídica de Navarra, nº49, Enero-Junio 2016, pág. 16.

21 SSTs, de 9 de febrero de 1993 –RJ 547–, y de 13 de enero de 1994 –RJ 524–.

En efecto, el apartado tercero de este precepto, reconoce legitimación a los vecinos para ejercitar acciones que le correspondan a la administración local con las condiciones establecidas en la Ley de Bases del Régimen Local²². En este precepto, lo que se está regulando es un supuesto de legitimación por sustitución en la que el «vecino» ejercita un derecho ajeno, en nombre propio e interés ajeno. No supone, por tanto, el ejercicio de una acción popular en tanto que sólo pueden hacer valer aquellos argumentos o alegaciones que el propio ente local podría haber utilizado en caso de haber actuado²³. En este caso, la ley habilita a cualquier persona que sea vecina de un ente local a requerir al ente para que ejercite las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y

- 22 Art. 68 LBRL «1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. 3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local. 4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.»
- 23 STS 21 abril de 1999, rec. nº 4274/1992 -RJ 4177- «...no se establece una acción popular a favor de los vecinos (...), la intervención vecinal legalmente regulada se establece sobre la base del requerimiento previo antes incluido, que en el caso de autos, podría tener valor de tal el recurso de reposición interpuesto por los demandantes, pero luego ante la inactividad municipal lo que procede no es pedir sin más la nulidad del acuerdo de cesión y que se obligue al Ayuntamiento a ejercer las acciones reintegratorias que estiman los vecinos ser procedentes; son éstos los que ante la pasividad municipal, actuando en nombre y representación del Ayuntamiento en un ejercicio legalmente establecido de legitimación por sustitución, ejercitan las acciones que estimen oportunas contando con la obligación municipal de facilitar a los vecinos actuantes datos y medios de prueba para accionar ante la jurisdicción competente y con derecho a reintegro de gastos y daños y perjuicios caso de prosperar la acción en los términos señalados anteriormente, ...».

derechos. Si bien, podríamos afirmar que ésta podría ser una vía válida, con algunas dudas sobre su aplicabilidad, cuando estuviésemos en el ámbito de la responsabilidad de un ente local, no nos sirve para el caso que estudiamos, puesto que la responsabilidad patrimonial sanitaria no va a predicarse nunca, por razones competenciales, de un ente local.

Por otro lado, la posibilidad de reconocer la existencia de la acción popular, recogida en el artículo 19.1 h) LJCA, para el ejercicio de la acción de regreso en los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria exigiría una habilitación legal que, a día de hoy, no existe y que impide, por tanto, su utilización. En efecto, la acción popular sólo se permite en diferentes ámbitos, pero con carácter muy restringido, por lo que tampoco podríamos recurrir a ella en este supuesto.

Como última opción, consideramos adecuado analizar la procedencia de la vía arbitrada por el artículo 29 de la Constitución que reconoce, otorgándole el carácter de fundamental, el derecho de petición a todos los españoles²⁴. La cuestión radica en determinar si esta figura puede, de alguna manera, servir como mecanismo dirigido a activar a la Administración, forzándola a cumplir con la obligación impuesta por la ley.

Así pues, el derecho de petición, desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, no debe quedar restringido sólo para aquellos supuestos en los que lo que se pretenda sea la reparación de los poderes públicos de un agravio o de que se corrijan abusos, sino que se trata de «promover de abajo a arriba la realización de concretas manifestaciones del bien común» constituyendo «un modo de participación social en el quehacer político»²⁵.

24 Aunque el texto constitucional hace como titulares de este derecho a los españoles, este derecho se ha ampliado a cualquier persona natural o jurídica con independencia de su nacionalidad por la Ley Orgánica 4/2001, para acomodarla a las exigencias de las normas de extranjería.

25 LÓPEZ RODÓ, L., «El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusiones en las Cortes», *Documentación Administrativa*, nº 40, 1961, pág. 9.

Es más, la justificación de su existencia no es otra que dar a los ciudadanos un cauce a través del cual se pueda poner en contacto con un poder público, haciéndole llegar sus pretensiones de una forma directa²⁶. De alguna manera con este derecho lo que se pretende es arbitrar un medio o instrumento que pueda ser usado por los ciudadanos en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico no haya establecido un procedimiento específico²⁷ de manera que la inexistencia del mismo no impida que se le puedan dirigir peticiones, sugerencias, reclamaciones etc.

Por tanto, el derecho de petición se definiría como aquel del que es titular cualquier ciudadano para pretender de cualquier institución pública, administración o autoridad «una actuación sobre cualquier asunto, que sea competencia del destinatario, y que no contenga una pretensión coincidente con un derecho o interés legítimo»²⁸, lo cual es lógico porque si se fuese titular de un derecho o interés legítimo se tendría otro cauce procedimental previsto.

Con base en esta definición, las notas características de este derecho serían

- Es un derecho de toda persona, a pedir o solicitar algo al poder público.
- Se ejercita ante cualquier poder público y dentro las materias que son de su competencia, para la que no exista un procedimiento jurídico.

26 En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2001 al establecer, en relación con el contenido de este derecho que «las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular».

27 Tal y como se establece en el artículo 3.1 Ley Orgánica 4/2001.

28 Vid. REBOLLO DELGADO, «El derecho de petición», *Revista de Derecho Político*, nº 53, 2002, pág. 91.

- De su ejercicio no puede derivarse perjuicio alguno para el peticionario.
- Existe la obligación del destinatario de contestar motivadamente a la petición.

Si bien la ley no limita que tipo de actuaciones o inactuaciones pueden dar lugar al ejercicio de este derecho, es obvio que en la mayoría de los casos nos encontraremos ante la inexistencia de una actuación previa de la Administración siendo, normalmente, el objeto de la petición, que la misma se produzca. Esto hace que de momento esta figura encaje en el mecanismo que estábamos buscando para provocar el ejercicio de la acción de regreso por la Administración.

Así pues, el planteamiento del derecho de petición hace nacer, en la Administración, la obligación no sólo de tramitarlo sino además de dar una respuesta adecuada y motivada. Las causas por la que se puede proceder a la inadmisión de este procedimiento están limitadas a dos: que el objeto sea ajeno a las atribuciones de los poderes públicos, instituciones u organismos al os que se dirijan –es decir, que se haya presentado ante órgano que carezca de competencia–, o que deban ser objeto de un procedimiento específico –exista otro cauce procedimental–. Ambas causas deben ser interpretadas de forma restrictiva de manera que la inadmisibilidad a trámite de la petición deberá estar siempre motivada y notificarse al peticionario en el plazo de los cuarenta y cinco días siguientes al de presentación del escrito²⁹.

En aquellos supuestos en el que finalmente el derecho de petición fuese estimado –existe la obligación de resolver de forma motivada en el plazo de tres meses–, hará surgir en la Administración la obligación de realizar todas las actuaciones ejecutivas necesarias para hacerla efectiva. En el caso que nos ocupa, procederá a la incoación del procedimiento en el que se ejercite la acción de regreso.

29 Artículos 8 y 9 LO 4/2001.

Por otro lado, al tratarse de un derecho fundamental, se establece la posibilidad de acudir al contencioso administrativo, a través del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona –recogido en los artículos 114 y ss. LJCA– en aquellos supuestos en los que:

- se haya producido la inadmisión de la petición
- cuando se haya omitido la obligación de contestar en el plazo establecido –tres meses–
- o por que la resolución no reúna los requisitos mínimos establecidos en el artículo 11 de la LO 74/2001.

Podemos concluir, por tanto, que, ante la aparente ausencia de mecanismo para forzar el cumplimiento de esta obligación, lo que resulta totalmente injustificado por la trascendencia que la cuestión tiene en la medida en la que convierte una obligación impuesta a la Administración en una mera declaración programática creando una esfera de impunidad para los médicos o personal sanitario, el ejercicio del derecho de petición se presenta como la vía más adecuada para que cualquier ciudadano pueda requerir a la Administración el ejercicio de la acción de regreso.

Una cuestión diferente, pero íntimamente relacionada con lo anterior, sería si existiría algún particular interesado en usar este instrumento teniendo en cuenta que, probablemente, la existencia de una condena de la Administración no será de común conocimiento salvo que se haya hecho un seguimiento del asunto. Quizás, el único que podría estar interesado es el propio perjudicado que no se considera satisfecho por el mero hecho de haber sido indemnizado porque al fin y al cabo puede tener la percepción de que esa indemnización está pagada por él mismo como contribuyente y quiera que el perjuicio económico no lo soportemos todos. Creemos que nada se opondría, en este caso, a que el fuese el propio perjudicado quien ejercitase el derecho de petición ante la inactividad de la Administración.

Con independencia de todo lo mantenido hasta el momento, lo que sí que nos parece incuestionable es que el Ministerio Fiscal, actuan-

do en defensa de la legalidad, estuviese legitimado para instar sino directamente la acción de regreso, sí, por lo menos, el proceso por inactividad de la Administración por lo que sería totalmente recomendable que se operase una reforma en tal sentido.

4.2. Problemas que plantea el plazo para el ejercicio de la acción de regreso

Para que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso es necesario que concurren dos presupuestos, el primero, que la Administración haya sido condenada, en el procedimiento administrativo o judicial, al pago de la responsabilidad y, en segundo lugar, que la Administración haya satisfecho totalmente dicha indemnización al perjudicado.

Si bien es verdad que tradicionalmente se ha mantenido que existe un tercer requisito para su ejercicio consistente en la identificación, con carácter previo al inicio del procedimiento, del responsable de la lesión puesto que será frente a él contra quien se dirija la acción de regreso³⁰ (lo que es lógico por otro lado), en los supuestos de responsabilidad sanitaria este presupuesto siempre va a concurrir desde el punto y hora en el que para la declaración de la responsabilidad es necesario que se acredite una conducta contraria a la *lex artis* y esta infracción de la *lex artis* sólo se puede predicar de la actuación realizada por un médico o cualquier otro miembro del personal sanitario.

Por lo tanto, en lo que se refiere a la acción de regreso en el sector que estamos analizando, son sólo dos los presupuestos que deben con-

30 La identificación del funcionario responsable en la mayoría de los casos es un problema al no estar suficientemente desarrolladas las medidas organizativas y procedimentales previstas desde hace años en las leyes, vid. RIVERO ORTEGA, R.: La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación, cit., págs. 90 y 100.

currir, los cuáles, a pesar de su aparente claridad, no han estado exentos de problemas.

En primer lugar, a pesar de que el artículo 36 –y sus predecesores– establecen literalmente, como requisito de procedibilidad que la Administración haya satisfecho de forma efectiva la indemnización dimanante de la responsabilidad declarada, alguna sentencia de la AN ha sostenido, de forma incorrecta a nuestro parecer, que la acción para el ejercicio de la acción de regreso prescribe al año³¹, siendo el *dies a quo*, el día en el que alcanzó firmeza la resolución en la que se reconoció la responsabilidad patrimonial de la Administración con independencia del momento en el que se materializó el pago de la indemnización³². No obstante, no estamos de acuerdo con esta doctrina en la medida en la que el fundamento de la acción de regreso, como

31 Tampoco existe una opinión unánime acerca de cuál deber ser el plazo para el ejercicio de la acción de regreso puesto que la ley guarda silencio al respecto. En este sentido, la doctrina ha pivotado entre dos opciones, bien fijar el plazo de un año que coincide con el plazo otorgado a los particulares para ejercer la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración; o bien, fijar como plazo prescriptivo el establecido para la reclamación de los derechos de créditos de la Administración frente a terceros, establecido en el artículo 15.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. A favor de la primera opción vid. MARTIN REBOLLO, L, op. cit., pp. 17-18; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cit. pág. 715. A favor de la segunda opción, vid BARCELONA LLOP, J.M, op. cit., pág. 56.

32 SAN de 15 de diciembre de 1999 –RJCA 1999\4445– que se dicta como consecuencia del recurso contencioso administrativo planteado frente al acto de Ministerio del Interior en el que se declara la responsabilidad por vía de regreso de los daños ocasionados por un guardia civil que fue condenado en vía penal por detención ilegal, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En este caso la Administración tardó casi cinco años en pagar la indemnización y una vez satisfecha ejerció la acción de regreso dentro del plazo de un año previsto para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. La AN consideró que el hecho de que la Administración no cumpliera con su obligación de indemnizar en un plazo tan dilatado no puede considerarse como un obstáculo para el cómputo del plazo de prescripción.

ya hemos indicado, es precisamente el perjuicio económico que la Administración ha sufrido al responder por los daños ocasionado por su personal, perjuicio que no se produce si el pago de la indemnización no se ha efectuado.

Igual respuesta debemos dar a aquel supuesto en el que la indemnización es pagada de forma aplazada por la Administración. Entendemos que el plazo para el ejercicio de la acción de regreso se deberá computar a partir del momento en el que se haya satisfecho la indemnización en su totalidad³³.

En segundo lugar, la otra consecuencia de la dicción literal del artículo 36 y que casa con el fundamento de la acción de regreso, es que la misma sólo se podrá ejercitar cuando la indemnización fuese satisfecha directamente por la Administración y no cuando la haya pagado la aseguradora, en aquellos supuestos en los que la asegurada es la Administración y no el médico o el personal sanitario, que tendrán su propio seguro de responsabilidad civil.

En este caso, la Administración no podrá –ni tendría que– ejercitar la acción de regreso porque en puridad no ha pagado la indemnización y no se le ha causado un perjuicio económico, y la aseguradora no podría ejercitar la acción de regreso del artículo 36 LRJSP porque no está legitimada para ello ni siquiera por la vía del artículo 43 LCS³⁴. Este precepto regula la posibilidad de que la aseguradora pueda ejercitar la acción subrogatoria para conseguir el reembolso de las indemnizaciones que haya satisfecho por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil. Esta acción es diferente de la acción de repetición que, regulada en el artículo 76 LCS, permitiría

33 En contra de esta opinión, vid. FORTES GONZÁLEZ, A.I, *op. cit.*, pp. 218 y ss. DIEZ SANCHEZ, J.J., *op. cit.*, pág. 223.

34 HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M., *op. cit.*, pp. 20-22, DIEZ SANCHEZ, J.J., *op. cit.*, pp. 216-218; FORTES GONZÁLEZ, A.I, *op. cit.*, pp. 205-207.

a la aseguradora dirigirse frente a su asegurado (la Administración) para recuperar la indemnización ya pagada al perjudicado en los casos en los que se acrediten diferentes circunstancias, y cuyo ejercicio no está vedado en este caso, si bien deberá realizarse por el procedimiento adecuado.

La acción subrogatoria del artículo 43 LCS lo que permite es que, habiéndose producido el pago de la indemnización al propio asegurado, se pueda dirigir, con posterioridad, frente al tercero que fue el responsable de los daños para conseguir el reintegro de lo pagado, ejercitando el derecho de crédito que su asegurado ostenta frente a él. De la configuración de esta acción, podemos observar como no cabría articularla a través de la acción de regreso del artículo 36, objeto de este trabajo puesto que, en el caso analizado, el pago se habría efectuado a un tercero y no a la propia administración asegurada.

4.3. La difícil delimitación del objeto de la acción de regreso ante la existencia de cosa juzgada

Como decíamos en páginas anteriores, los problemas que genera la acción de regreso, planteada al hilo de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivan precisamente no tanto de su regulación legal sino de la «deconstrucción» que de la misma se ha hecho desde la jurisprudencia. En efecto, si bien hemos señalado que la responsabilidad patrimonial de la Administración, con carácter general en el resto de los ámbitos administrativos, tiene un carácter objetivo, en lo que a la responsabilidad sanitaria se refiere se ha transformado en una responsabilidad de medios y, por tanto, la misma se ha subjetivado. Esta circunstancia va a incidir en la delimitación de lo que tenga que ser objeto de la posterior acción de regreso.

Así pues, tal y como ya hemos señalado, el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial sólo se puede dirigir frente a la Administración quedando, expresamente prohibida que, ni previa ni coetáneamente, se pueda dirigir la acción directa frente al funciona-

rio responsable³⁵. Ya hemos explicado que esto no supone un reconocimiento de inmunidad en el personal al servicio de la Administración pública, sino que se prima, por el contrario, la plena satisfacción del lesionado por cualquier acto de la Administración. Esta configuración del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración supone que, en un primer momento, la reclamación dirigida contra la Administración, va a tener como objeto, esencialmente, la acreditación tanto de la existencia de un hecho dañoso, como del nexo de causalidad con la actuación –o inactuación– de la Administración, así como la cuantificación de los daños y perjuicios que se hayan podido producir. Y sólo una vez que ésta es declarada, tendrá la Administración que ejercitar la acción de regreso frente al funcionario responsable siempre y cuando éste haya podido ser identificado.

El objeto, por tanto, de la acción de regreso estará constituido por la existencia de un título de imputación –dolo o culpa– atribuible al funcionario, así como la existencia de circunstancias que puedan modular o extinguir dicha responsabilidad. Ningún problema plantea esta construcción en la medida en la que el objeto de ambos procedimientos está claramente diferenciado, teniendo el primero de ellos el carácter de perjudicial en el segundo (la acción de regreso).

No obstante, la coherencia de este sistema quiebra cuando el hecho dañoso se produce en el ámbito de la Administración sanitaria. En este caso, el perjudicado tendrá que ejercitar la acción reclamando la

35 Sentencia del TSJ de Murcia de 3 de julio de 2017, recurso nº 540/2014 – TOL6.481.681– «El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la antijuridicidad de un daño que se causa al particular como consecuencia del funcionamiento del servicio público (artículo 106.2 de la Constitución). Si el daño es atribuible o no a un funcionario o autoridad en concreto, y concurren o no las circunstancias para que la Administración ejercite la correspondiente *acción de regreso* es una cuestión ajena al reclamante. Por tanto, no cabe interponer demanda contra un determinado funcionario o autoridad cuando se exige la responsabilidad patrimonial de la Administración.»

responsabilidad patrimonial, sólo y exclusivamente, frente a la Administración, siendo imposible que reclame o que demande, al médico o al personal sanitario que en última instancia lo trató. Hasta aquí no habría ninguna diferencia con respecto al régimen general. Sin embargo, la situación cambia, desde el punto y hora en que los tribunales han calificado la responsabilidad sanitaria como una responsabilidad de medios y no de resultado, por lo que el objeto del procedimiento –administrativo o judicial– se amplía. En efecto, en este tipo de procedimiento, además de la acreditación de la certeza del hecho dañoso y el nexo de causalidad y la cuantificación de la indemnización, habrá que acreditar la vulneración por el personal sanitario de la *lex artis*, es decir, si existe algún tipo de imputación de los hechos dañosos o, si aun existiendo, concurre alguna circunstancia que la enerve.

Podemos observar como el objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial administrativa se ha ampliado a elementos que tendrían que constituir el objeto de la posterior acción de regreso. Así pues, con este cambio, que podría parecer mínimo, se provoca que la separación de los dos procedimientos desaparezca y que, de alguna forma, se confundan los límites entre uno y otro. Nada habría que objetar a esta situación si no fuese porque al no poderse demandar, además, al médico o personal sanitario, vamos a tener un procedimiento en el que los mismos se van a ver afectados sin que hayan sido parte en el mismo³⁶.

36 En efecto, el objeto de la acción de regreso, según lo dispuesto en el artículo 36 LRJAP, debería ser: a) la existencia del hecho dañoso, b) el grado de culpabilidad del funcionario, c) la responsabilidad del personal sanitario en la producción del daño, d) la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la actuación sanitaria.

No obstante, para que en la sentencia se condene a la Administración se tendrá que haber acreditado: a) la existencia de un hecho dañoso para el administrado, b) que se ha producido como consecuencia del funcionamiento anormal del médico o personal sanitario conforme a la *lex artis*, c) la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la actuación sanitaria, d) la inexistencia de

El hecho, por tanto, de que el objeto de ambos procesos sea sustancialmente el mismo, nos plantea, al menos, dos interrogantes íntimamente cohesionados. En primer lugar, si con esta construcción de la responsabilidad sanitaria se está vulnerando el principio de audiencia del sanitario al que se le atribuye la realización de un hecho dañoso por dolo o culpa en un procedimiento en el que no ha sido parte. Y, en segundo lugar, qué eficacia tendrá la sentencia que se ha originado en el proceso de reclamación de la responsabilidad patrimonial sobre la posterior acción de regreso. Se trataría de dilucidar si podemos afirmar la existencia de cosa juzgada, o, una mera eficacia refleja de la primera sentencia en el segundo proceso o, si, por el contrario, no podemos predicar ningún tipo de efecto para no infringir el mencionado principio jurídico natural.

La última de las opciones mencionadas –negar todo efecto al proceso ya tramitado– tendría a su favor que en el proceso en el que se ejercita la acción de regreso, el médico o personal sanitario podría volver a plantear el debate en su totalidad volviendo a plantear todas las cuestiones controvertidas, aunque ya se hubiesen discutido con anterioridad, salvaguardándose su derecho a una tutela judicial efectiva.

Sin embargo, esta solución resulta inaceptable por cuanto nos conduciría a la situación paradójica de resoluciones contradictorias: que en el primer proceso se fije la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de una mala praxis imputable al médico o personal sanitario y en la acción de regreso, se estableciese la inexistencia de mala praxis que impidiese repercutir la indemnización ya satisfecha.

Por otro lado, la eficacia de cosa juzgada material, entendida como el efecto inherente a la firmeza de las sentencias, en su doble función, tanto la negativa o excluyente como la positiva o prejudicial, exige la identidad entre los objetos de ambos procesos, identificados a través de los tres elementos que lo identifican –sujetos, petitum y causa de

ninguna circunstancia que enerve el nacimiento de la obligación de indemnizar, y e) la cuantificación de los daños que se han producido.

pedir—. En este sentido, podemos observar como estos tres elementos no coinciden en ambos procesos, en la medida en la que los sujetos van a ser diferentes: en el primer proceso serán parte el perjudicado por el acto médico y la Administración sanitaria y, en el segundo, la Administración sanitaria y el funcionario responsable de la actuación médica. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que la cosa juzgada sólo puede predicarse de quienes fueron parte en el proceso *—res iudicata inter partes—* o frente a aquellos terceros a los que la ley extienda sus efectos bien por existir una identidad subjetiva o por disponerlo así la ley³⁷, debemos rechazar que se pueda alegar en el proceso en el que se ejercita la acción de regreso esta excepción procesal.

Como última posibilidad, nos encontraríamos con la opción de otorgarle eficacia refleja a la sentencia dictada en el pleito anterior, operando como un hecho constitutivo de la pretensión indemnizatoria deducida por el actor. Esta eficacia derivaría de que lo decidido en dicha sentencia es presupuesto de la pretensión de la Administración actora frente al funcionario.

En efecto, es evidente la conexión existente entre la pretensión indemnizatoria articulada por el perjudicado contra la Administración y el derecho de repetición de la Administración contra el funcionario, cuando ésta proceda. Entre ambos procesos existe, a nuestro entender, una auténtica identidad objetiva —en ambos procedimientos se solicita el pago de una indemnización con base en una actuación sanitaria que ha producido un resultado dañoso — que determina que lo decidido en el proceso en el que se ejercitó aquella, produzca efectos reflejos en el que se ejercite en éste. La cuestión es que, a diferencia de lo que sucede con otras acciones de regreso, — p.ej. en el ámbito del seguro de respon-

37 Como bien señala GRANDE SEARA, P. en *La extensión subjetiva de la cosa juzgada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, se trataría de terceros a los que les afectaría la sentencia por ser titulares de un interés legítimo directo pues afirma ser titulares de una relación jurídica objetiva y subjetiva idéntica a la enjuiciada. Cap IV pp.249-364.

sabilidad civil en donde la sentencia que puso fin al primer proceso en el que se condena al asegurador decide sobre cuestiones que son presupuesto y que condicionan la decisión que se ha de dictar en el segundo que estaría fundado en los hechos ya resueltos junto con el pago de la indemnización y el carácter doloso de la conducta lesiva del asegurado o la existencia de una excepción que se ostenta frente al asegurado pero que no se pudo hacer valer frente al perjudicado—, ya habrán quedado fijados todos los hechos constitutivos de la pretensión de la Administración frente al funcionario sanitario, limitándose el debate en la acción de regreso a determinar la existencia o inexistencia del hecho del pago por parte de la Administración de la indemnización a la que fue condenada, al constituir éste un presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso, si el dolo o culpa por la que se produjo la imputación del hecho dañoso al funcionario es de carácter grave —aunque éste último aspecto, probablemente ya hayas sido analizado en el primer proceso en la medida en la que para la cuantificación de la responsabilidad de la Administración se habrá acreditado el grado de antijuridicidad de la conducta— y, finalmente, si existe alguna excepción que el médico o personal sanitario pueda oponer frente a la Administración en la que se integra que enerve o module la responsabilidad en la que se ha incurrido.

Ahora bien, al no tratarse de cosa juzgada material, todavía podría el médico o sanitario tratar de enervar los efectos reflejos de aquella sentencia. En efecto, el demandado en la acción de regreso podrá intentar desvirtuar los hechos constitutivos de la pretensión del actor fijados por la sentencia, probando su inexistencia o invocando y probando hechos impeditivos, extintivos o excluyentes con los que pueda contar siempre y cuando su alegación no haya precluido todavía —p.ej. que en la producción del resultado dañoso ha influido la falta de determinados medios que debían ser proporcionados por la Administración—. Se trataría de aquellos hechos que no podía oponerse frente al perjudicado, pero si frente a la Administración. En caso contrario, lo establecido en aquella sentencia habrá quedado fijado como cierto, limitándose el debate del proceso de regreso a determinar la existencia o inexistencia del pago de la indemnización por la Administración.

Y es que, como si de un discurso circular se tratase, no podemos negar que el médico o personal sanitario tendrán un interés directo que le legitimaría para ser parte en dicho procedimiento pero que le está vedado por la ley. Esto no obsta, para que, aun no siendo demandado y no pudiendo ser condenado en aquel proceso en el que se ejercita la acción frente a la Administración, tenga un interés suficiente que le legitima para intervenir, aunque fuese adhesivamente para intentar conseguir que se absuelva a la Administración o para que, al menos, se reduzca la cuantía de la indemnización en caso de que haya un pronunciamiento condenatorio.

4.4. La intervención del médico o personal sanitario en el procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración

Todos y cada uno de los problemas que hemos planteado en los párrafos anteriores se solventarían, obviamente, permitiendo que el procedimiento se pudiese dirigir no sólo frente a la Administración sino también frente al médico o personal sanitario, pero dado que ello no es posible, nos planteamos si cabría la posibilidad de que, en el proceso contencioso administrativo que se iniciase frente a la denegación de la responsabilidad patrimonial en vía administrativa, se produjese la intervención en el mismo del médico o personal sanitario y, de ser posibles, qué consecuencias o efectos produciría.

En este sentido, debemos recordar que la LJCA en su artículo 49 prevé la obligación de la Administración de notificar a todos aquellos que aparezcan como interesados en él, la incoación de un proceso contencioso administrativo a fin de que puedan comparecer en calidad de demandados. Tanto es así, que el Letrado de la Administración de Justicia, cuando recibe el expediente administrativo podrá comprobar que se han efectuado los emplazamientos a quienes aparecen como interesados, procediendo a subsanarlos en los casos en los que no se haya acreditado su realización.

Por otro lado, siendo la LEC de aplicación supletoria en lo no previsto por la LJCA, el artículo 13 regula la figura de la intervención

voluntaria de terceros en el proceso, figura que permite que quien no fue ni demandante ni demandado originarios en un proceso, puedan solicitar su incorporación al mismo cuando ostenten un interés legítimo en él³⁸.

Si bien este precepto no recoge la clásica teoría procesalista que distinguía en función de cual fuese el interés del tercero, entre la intervención adhesiva litisconsorcial –cuando se era titular de la relación jurídica que constituía el objeto del proceso– y la intervención adhesiva simple –en la que el tercero sólo ostentaba un interés reflejo–, tanto la doctrina como la jurisprudencia sigue entendiendo que ambas modalidades continúan amparadas por el precepto³⁹.

- 38 Sobre la intervención de terceros en el proceso vid. GONZÁLEZ PILLADO, E., *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Tirant on line, 2006; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Marcial Pons, 2007.
- 39 Entre otros, MOLINA CABALLERO, M.J. «La intervención voluntaria de terceros en la LEC de 2000», *Actualidad Civil* nº3, 2002, pp. 945-965 DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. «Pluralidad de partes en el proceso», *Conceptos de Derecho procesal civil*, Madrid, 2017 pp.278-282, VALLESPÍN PEREZ, D., « La intervención de terceros en los procesos para la protección de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», *Práctica de tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 2, 2018, pág. 6; GÓNZALEZ PILLADO, E. «La tutela judicial efectiva de los terceros en el proceso civil de declarativo. La intervención procesal», *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 5, 2009, pp. 195-219, FONT SERRA, E., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cabañas), Madrid, 2000, pág. 76; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia* (dir. Garberí), t. I, Barcelona, 2001, pág. 204; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls), t. I, Barcelona, 2000, pág. 197 y ss.; GUTTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Civil*, vol. I, op. cit., págs. 186 a 188; JOVÉ PONS, M^a.A., *El proceso civil con pluralidad de partes. Litisconsorcio e intervención de terceros*, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. I, Barcelona, 2000, págs. 137 a 139.

Así pues, para solicitar la intervención en el proceso en calidad de interviniente adhesivo litisconsorcial, se debe ser titular del derecho u ostentar un interés legítimo en el objeto del proceso, situación que no concurre en el supuesto del proceso por responsabilidad patrimonial frente a la Administración. Ahora bien, tal y como indicado con anterioridad, el médico o personal sanitario sí que ostenta un interés indirecto en el objeto de este proceso en la medida en la que del mismo se le van a derivar unas consecuencias reflejas, supuesto que integra, precisamente, la figura de la intervención adhesiva simple

La cuestión objeto de debate sería, por tanto, si la incorporación al proceso del médico o personal sanitario, bien como consecuencia del emplazamiento realizado por la propia Administración una vez que se ha incoado el proceso contencioso administrativo o, bien, por la propia voluntad del tercero a través de la vía del artículo 13 LEC, estaría vulnerando la proscripción contenida en el artículo 36 LRJSP. Para poder dar respuesta a esta cuestión es necesario que, sin vocación de exhaustividad, establezcamos el alcance y los efectos de la intervención adhesiva simple de terceros en el proceso.

Adelantamos ya que la intervención adhesiva simple no es una institución libre de problemas jurídicos, es más, todo lo contrario, puesto que en torno a la misma existe cierta polémica sobre todo en lo que se refiere a su alcance y eficacia, cuestiones ambas que son las que, precisamente, han suscitado nuestro interés.

En efecto, como ya hemos indicado, la intervención adhesiva simple supone la intromisión de un tercero en el proceso que ya estaba pendiente, con base en la titularidad de una relación jurídica conexas y debatida en el proceso, con la finalidad de evitar los perjuicios que la eficacia refleja de la cosa juzgada pudiese ocasionar⁴⁰. Por lo tanto, el interés habilitador que permite la entrada en el proceso no es cualquier

40 GONZÁLEZ PILLADO, E., op. cit., cap.II, pág.10.

interés, sino un interés legítimo e indirecto en el resultado del pleito con base en una relación conexas y dependiente de la debatida por las partes originarias en el proceso pendiente. Podemos observar, cómo esta definición refleja a la perfección la situación procesal en la que se encontraría el médico o personal sanitaria en los procesos por responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

Ahora bien, el status que adquieren los sujetos intervinientes adhesivos simples ha sido una de las cuestiones más debatida a pesar incluso de que el artículo 13.3 LEC le atribuye el carácter de parte procesal. Ninguna otra respuesta sería válida máxime cuando, tanto en la legislación procesal civil como en la contencioso-administrativa, ha desaparecido la figura del coadyuvante entendido como aquel sujeto que se situaba al lado de las partes procesales principales para colaborar o cooperar con ellas, pero con las posibilidades de actuación supeditadas a la de la propia parte a la que ayudaba. Ítem más, sólo atribuyéndole el carácter de parte procesal se permite al tercero no sólo colaborar con la parte originaria cuando lo estime conveniente sino, además, actuar en defensa de su propio interés cuando el litigante originario no lo esté haciendo con la diligencia debida o directamente está actuando fraudulentamente.

Por lo tanto, el médico o personal sanitario se podría constituir en parte en este proceso realizando todas las alegaciones, tanto de carácter procesal como material, que considere oportunas, con independencia de la actitud que adopte la parte originaria. Es más, podrá introducir hechos, aunque estos resulten perjudiciales para la Administración en la medida en la que ocupan posiciones independientes.

Obviamente, la sentencia que se dicte en este proceso no producirá el efecto negativo de la cosa juzgada frente al tercero interviniente puesto que no habría la identidad objetiva que la misma requiere, en la medida en la que la relación jurídica de la que es titular el tercero es conexas y dependiente de la discutida entre las partes originarias, pero no idéntica.

No obstante, la posible existencia de una eficacia positiva o prejudicial de la sentencia originaria en el segundo proceso, sí merece una re-

flexión más profunda. Y es que entre ambos procesos existe la conexión objetiva que hace que el primero se constituya en antecedente lógico del segundo. No obstante, habría que analizar si existe la identidad subjetiva exigido por el artículo 222.4 LEC concretamente si el tercero titular de la relación jurídica conexas que es parte en el segundo proceso en el que ésta es debatida, también asumió la condición de parte en el primer proceso en el que intervino adhesivamente.

Si atendemos a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 13, debemos concluir que el interviniente adhesivo simple será considerado parte a todos los efectos, aunque sus facultades en el concreto proceso en el que intervino no puedan ser las mismas que las de la parte originaria –p.ej. en orden a la disposición del objeto del proceso por cuanto no es el titular de la relación jurídica–. Por lo tanto, podemos afirmar que, en este caso, se cumpliría el requisito de la identidad subjetiva. No obstante, la respuesta no es tan sencilla. Como ha señalado GONZALEZ PILLADO, para determinar el alcance de la eficacia positiva de la cosa juzgada al interviniente adhesivo simple, lo importante no es tanto que se le reconozca la condición de parte si no que haya tenido verdaderas posibilidades de defensa de sus intereses en el proceso originario. Así pues, si atendemos a las amplias facultades que la ley le otorga a este tipo de interviniente, habrá que reconocer la existencia de cosa juzgada. No obstante, habrá que analizar las circunstancias acaecidas en cada caso, el momento en el que se incorporó al proceso, y si se pudo defender correctamente.

Por lo tanto, y trasladando estos conceptos generales al tema que nos ocupa, el médico o personal sanitario que se incorporó al proceso como interviniente adhesivo simple debe soportar los efectos positivos de la cosa juzgada, quedando fijada la sentencia como hecho constitutivo de su relación jurídica en el proceso en el que se ejercita la acción de regreso, salvo que en el procedimiento en el que se ejercita esta acción pueda demostrar que en el proceso de responsabilidad no pudo defenderse adecuadamente o que no pudo ejercer todas sus facultades defensivas. Sólo en estos casos, podrá intentar desvirtuar los efectos reflejos perjudiciales que se derivan de la sentencia dictada.

Concluimos, enlazando con la pregunta que nos planteábamos al inicio de este epígrafe, que el hecho de que el médico o personal sanitario participen en el proceso de responsabilidad patrimonial como intervinientes adhesivos simples, no desvirtúa ni infringe la prohibición contenida en el artículo 36 LRJSP cuyo objetivo en última instancia, como señalamos al principio de este trabajo, es garantizar que el particular lesionado pueda recibir la indemnización que se le conceda como consecuencia de unos daños producidos como consecuencia de un acto sanitario. Es más, hemos visto como la sentencia que se dicte no puede contener un pronunciamiento de condena frente a el mismo y, sin embargo, permite garantizar el principio de audiencia en un proceso en el que se van a derivar efectos prejudiciales en el posterior procedimiento en el que se ejercite la acción de regreso.

Creemos, por tanto, que permitir esta participación en el proceso resuelve la mayor parte de los problemas que hemos ido poniendo de manifiesto en este trabajo sin provocar una infracción de precepto alguno.

5. Conclusiones

- I. A pesar de la voluntad del legislador de crear un régimen único para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración fundado en una limitación en los sujetos frente a los cuales se puede ejercitar y estableciendo un posterior procedimiento en la que se pueda repercutir la indemnización pagada sobre el funcionario que en última instancia haya provocado, con su conducta dolosa o culposa, el daño, la jurisprudencia, con base en la idiosincrasia de la responsabilidad sanitaria, ha terminado reconociendo la existencia de dos sistemas diferentes: el sistema general previsto en la LRJSP, basado en el reconocimiento de una responsabilidad objetiva; y un sistema especial, aplicable exclusivamente en los supuestos de responsabilidad sanitaria, caracterizado por la subjetivización de la misma. No obstante, el reconocimiento de estos dos sistemas no ha ido acompasado de una

reforma legislativa de la LRJSP que lo recoja lo que ha generado la inaplicación fáctica de la mencionada acción de regreso.

- II. Item más, aunque la ley haya establecido como preceptivo el ejercicio de la acción de regreso en todos aquellos casos en los que la Administración haya satisfecho la indemnización derivada de un acto que ha generado su responsabilidad, no se ha mejorado los índices de su ejercicio. Esta infrautilización se debe, en primer lugar, a que junto a la obligación de ejercitar la acción no se ha previsto ningún mecanismo de control de la inactividad de la administración, ni tampoco, ningún mecanismo que permita sustituir a la Administración en aquellos supuestos en los que no cumpla con esta obligación, lo que deja al albur de cada organismo público su ejercicio.
- III. En este sentido, aunque cabría que cualquier ciudadano pudiese ejercer el derecho de petición del artículo 29 CE para conseguir forzar que la Administración pudiese ejercitar la acción de regreso, es un instrumento que puede resultar forzado y poco práctico en la medida en la que parece poco probable que ningún ciudadano esté no ya interesado en que la Administración ejercite esta acción, sino incluso enterado de en qué supuestos se está actuando y en cuales no. Por lo tanto, sería recomendable, si queremos hacer útil y efectiva la acción de regreso que se habilite al MF –para que en defensa de la legalidad– legitimándolo bien para ejercitar la acción de regreso, o bien, para que pudiese iniciar un proceso contencioso administrativo frente a la inactividad de la Administración cuando no ejercita la acción de regreso. Sólo ampliando la legitimación o permitiendo este control del Ministerio Fiscal conseguiremos que el ejercicio de la acción de regreso no quede a la mera voluntad de la administración.
- IV. Por otro lado, la «desconfiguración» del sistema previsto en la ley ha provocado que el procedimiento en el que se ejercita la acción de regreso se haya quedado sin objeto, en la medida en la acreditación de la existencia de un título de imputación del daño

causado al paciente se habrá tenido que dilucidar en el procedimiento y posterior proceso de responsabilidad patrimonial de la Administración. Proceso en el que no habrá sido parte el médico o personal sanitario. Obviamente esto genera graves problemas procesales que inciden y ayudan a que la obligación de ejercicio de la acción de regreso no se cumpla. Primero, porque la sentencia que se dicte en un proceso en el que el médico o personal sanitario no ha sido parte va a producir efectos reflejos en el procedimiento –y posterior proceso– en el que se ejercite la acción de regreso, produciéndose la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Por otro lado, es contrario no sólo a la eficacia de las resoluciones judiciales sino también a la seguridad jurídica que se le negase toda eficacia a la resolución dictada en el proceso de responsabilidad patrimonial.

- V. Por lo tanto, la única manera de salvar la posible vulneración del principio de audiencia del médico o personal sanitario, sería que éstos pudiesen intervenir en el proceso de responsabilidad patrimonial iniciado frente a la administración en calidad de interviniente adhesivo simple. De esta forma salvaríamos la alegación de la vulneración del principio de audiencia y la sentencia que se emitiese podría surtir efectos reflejos en el posterior procedimiento en el que se ejercite la acción de regreso. No obstante, el objeto de esta acción de regreso quedaría circunscrito a la acreditación y prueba de aquellos hechos impeditivos, extintivos o excluyente de los hechos constitutivos fijados por la sentencia dictada en el proceso de responsabilidad patrimonial.

6. Bibliografía

- BARCELONA LLOP, J., «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 105, año 2000.

- BELTRAN AGUIRRE, J.L., «La inactividad de las administraciones públicas en Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano», *Revista jurídica de Navarra*, nº49, Enero-Junio 2016.
- CUETO PÉREZ, M., «Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo 2, Disponible en www.tirantonline.com, TOL3.706.294.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. «Pluralidad de partes en el proceso», *Conceptos de Derecho procesal civil*, Madrid, 2017.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», *VLEX-41267025*.
- DOMENECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», *Revista para el análisis del derecho INDRET*, abril, 2008.
- ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, un. 180, Madrid, septiembre-diciembre, 2009.
- FONT SERRA, E., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cabañas), Madrid, 2000
- FORTES GONZÁLEZ, A.I., *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración*, INAP, 2014.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Los procesos civiles» *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia* (dir. Garberí), t. I, Barcelona, 2001.
- GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls), t. I, Barcelona, 2000.
- GÓMEZ PUENTE, M. «El silencio y la inactividad de la Administración» en *Silencio administrativo. Estudio General y procedimiento sectoriales*, Valencia, 2012 (TOL2.665.147).

- GONZÁLEZ PILLADO, E., *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2006.
- GÓNZALEZ PILLADO, E. «La tutela judicial efectiva de los terceros en el proceso civil de declarativo. La intervención procesal», *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 5, 2009
- GRANDE SEARA, P. en *La extensión subjetiva de la cosa juzgada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, se trataría de terceros a los que les afectaría la sentencia por ser titulares de un interés legítimo directo pues afirma ser titulares de una relación jurídica objetiva y subjetiva idéntica a la enjuiciada. Cap IV.
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Indret* 4/2004, noviembre de 2004.
- JOVÉ PONS, M^a.A., «El proceso civil con pluralidad de partes. Litisconsorcio e intervención de terceros», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. I, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ RODÓ, L., «El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusiones en las Cortes», *Documentación Administrativa*, nº 40, 1961.
- MARTIN REBOLLO, L., «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, número 1, Enero-Junio 2001.
- MERINO MOLINS, V. «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad» *Actualidad Administrativa*, Nº 6, Sección Doctrina, Semana del 3 al 9 Feb. 2003, Ref. VII, pág. 135, tomo I, Editorial LA LEY.
- MOLINA CABALLERO, M.J. «La intervención voluntaria de terceros en la LEC de 2000», *Actualidad Civil* nº3, 2002.

- MUÑOZ MACHADO, S., «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (enero-junio 1994).
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Marcial Pons, 2007.
- PECES MORATE, J. E., «Criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», *Jornadas sobre la Función Consultiva, 17-18 de septiembre de 2009*.
- REBOLLO DELGADO, «El derecho de petición», *Revista de Derecho Político*, nº 53, 2002.
- RIVERO ORTEGA, R.: La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación.
- SAURA FRUCTUOSO, C., «La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la Transparencia, la eficiencia y la responsabilidad», *Documentación administrativa*, nº 2, enero-diciembre 2015.
- VALLESPÍN PEREZ, D., «La intervención de terceros en los procesos para la protección de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», *Práctica de tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 2, 2018

Copyright of Justicia is the property of Libreria Bosch, S.L. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.