

LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA LOS PROFESIONALES SANITARIOS (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)¹

Luis Martín Rebollo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I.- La responsabilidad personal del empleado público en el contexto del nuevo régimen de la responsabilidad de las Administraciones Públicas.- II. La acción de regreso: supuestos, requisitos y procedimiento de exigencia.- III. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad en la actualidad.

I.- LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- El tema de esta breve intervención “la acción de regreso contra los profesionales sanitarios (integrados en el seno de una Administración o un organismo de gestión de la Seguridad Social, se entiende)” ha de ponerse en relación y enmarcarse en el nuevo régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivado de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y su importante reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, teniendo en cuenta también la incidencia que desde el punto de vista procesal tiene la nueva Ley de la

jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).

Hasta la entrada en vigor de estas dos normas, cuando se producía un daño derivado de la acción u omisión de una Administración o del personal a su servicio, aunque en teoría la reacción prevista en el Ordenamiento era que la víctima reaccionara frente a la Administración, en la práctica se podían producir también otras reacciones alternativas.

La posibilidad que el Ordenamiento ofrecía al dañado, y lo que la Ley pretendía que éste hiciera, era exigir la responsabilidad a la Administración. La responsabilidad pública, prevista en una norma específica “la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957” y separada de la regulación común de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, era y es teóricamente más ventajosa para el dañado porque se trata de una responsabilidad objetiva en la que no hay que demostrar culpa o negligencia alguna sino únicamente la existencia de una lesión imputable causalmente a la Administración por el “funcionamiento de los servicios

¹ Texto de la intervención oral el 17 de noviembre de 2000, en el IX Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Sevilla bajo el genérico título “Cambios en el Derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?”. Respeto en lo fundamental el estilo informal de dicha intervención y reduzco, por ello, al mínimo el aparato de notas propio de otros trabajos académicos. En todo caso, la bibliografía sobre la responsabilidad administrativa es muy abundante y no cabe hacer ahora una relación mínimamente representativa. Por eso, con carácter general, remito, directamente, a dos trabajos míos y a las referencias allí indicadas: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, en el volumen monográfico dedicado a este tema de la Revista “Documentación Administrativa”, que yo mismo dirigí, núm. 237-238 (1994), págs. 11-104, y *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, en el número conmemorativo de sus 50 años de la “Revista de Administración Pública”, núm.150 (1999), págs. 317-371. Más recientemente, destaco entre otros muchos valiosos trabajos, el excelente estudio de Eva DESDENTADO, *Reflexiones sobre el art. 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del análisis económico del Derecho*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 108 (2000), págs. 533-563.

Para el tema de la acción de regreso, por todos, J. BARCELONA LLOP, *La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 105 (2000), págs. 37-57.

públicos”, interpretada esta expresión en un sentido genérico como equivalente a actividad administrativa. La Administración cubría y cubre, además, la actividad de sus empleados, de modo que la víctima lo que tenía que hacer era pedir la indemnización que procediera a la propia Administración y frente a la negativa de ésta interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo. El régimen sustantivo era, como acabo de decir, el de la responsabilidad objetiva, previsto hoy en los arts. 139 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992; Ley que reemplaza “aunque en lo sustancial respeta” la regulación contemplada antes en los arts. 40 y ss. de la derogada y ya citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE).

Esta era la previsión normal. Pero no la única. La jurisdicción civil podía intervenir también y, de hecho, lo hacía a menudo asumiendo frecuentemente su propia competencia cuando los interesados acudían a ese orden jurisdiccional. Y ello a partir de dos datos fundamentales de la legislación hasta 1992 aplicable.

La normativa anterior excepcionaba el régimen general y posibilitaba el acceso a la jurisdicción civil, fundamentalmente, en dos supuestos: a) en el contemplado en el art. 41 LRJAE (cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado); y b) en el caso del art. 43 LRJAE (cuando el daño procediera de la concreta actividad de un funcionario, mediando culpa o negligencia graves, y el dañado optara por dirigirse civilmente contra él y no contra la Administración).

La posibilidad de que la víctima reaccionara frente al causante personal del daño no era frecuente porque no sólo había que demostrar la existencia de culpa o negligencia “graves”, sino que, si al final prosperaba la demanda, lo más probable es que el demandante se encontrara con la insolvencia del autor del daño. De modo que no era una vía aconsejable, habida cuenta que, en vía administrativa, la Administración cubre, como he dicho, la acción del empleado.

Pero si no era frecuente encontrar demandas civiles contra el funcionario solo, no se podía decir lo mismo de las demandas conjuntas contra el funcionario y la Administración. O incluso de las demandas contra la Administración sola.

Es decir, funcionó de hecho, un sistema general de libre opción que no tenía encaje directo en los datos normativos.

¿Cómo fue esto posible?. Varias fueron las razones. En primer lugar, por un dato sociológico: la

jurisdicción civil era por lo común más rápida que la lentísima jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que se trataba ya de una inicial razón de peso. La ventaja del carácter “objetivo” de la responsabilidad exigida en vía administrativa no quedaba del todo disminuida habida cuenta de la evolución de la jurisdicción civil desde la subjetividad de la culpa a una hacia una cierta objetividad en su interpretación.

Pero si esa era la razón sociológica, ello no explica del todo la intervención de la jurisdicción civil que, como he dicho, no era la querida por el legislador de 1957 para juzgar a la Administración y, en su caso, condenarla por los daños producidos por ella. Recuérdese que la jurisdicción civil sólo estaba prevista para cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado (art. 41 LRJAE). Pues bien, lo que sucedió fue que la jurisdicción civil hizo una interpretación distinta de la efectuada por la jurisdicción contenciosa de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos”. Los tribunales civiles solieron entender que todo lo que no fuera “actividad regular y continua formalizada” de la Administración era actividad privada, cubierta por el art. 41 LRJAE, y que, por lo tanto, se daba en tales supuestos el presupuesto de hecho de la exclusión de la jurisdicción contenciosa y resultaban competentes para conocer de las demandas que se les presentaban. El resultado fue que muchos asuntos que podían -y debían- ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa lo eran también por la jurisdicción civil. Y que supuestos similares se encuentran en los repertorios de ambos órdenes jurisdiccionales, el civil y el contencioso-administrativo.

Junto a ello destacó otra razón de los tribunales civiles para mantener su competencia: la pretensión de no dividir la contienda de la causa cuando se demandaba a la Administración conjuntamente con un tercero al que se le imputaba ser cocausante del daño. En tales circunstancias, la conclusión era sencilla: como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, bastaba demandar junto con la Administración a un particular más o menos relacionado con el daño “y con más razón si se trataba de un empleado público” para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil.

2.- No es el momento de detenerse en las sólidas razones que avalaban la crítica a esta práctica jurisprudencial. Baste decir que es frente a este estado de cosas frente al que reacciona la Ley 30/1992. De un lado, derogando el art. 43 LRJAE, que, como he dicho, permitía al dañado dirigirse personalmente en vía civil contra el funcionario causante concreto del daño. De otro, imposibilitando con carácter general las demandas civiles

contra la Administración, bien sea sola o con un particular. De este modo “y aún más tras la Ley Jurisdiccional de 1998” cabe decir que la responsabilidad de la Administración ha de exigirse siempre en vía contenciosa.

La previsión se contiene, inicialmente, en los arts. 142.6 y 144 de la citada Ley 30/1992 y halla su correlato procesal en los arts. 2.c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y 9. 4 de la Ley orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada en ella por la LO 6/1998, de 13 de julio. Veámoslo.

El art. 142 citado se refiere al procedimiento de exigencia de la responsabilidad. Y en su apartado 6 dice: “La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada*, de que derive, pone fin a la vía administrativa”.

Si también pone fin a la vía administrativa, y procede tras ella el acceso a la jurisdicción contenciosa, las resoluciones en los procedimientos de responsabilidad que deriven de una actividad *privada* “que era el presupuesto de la teóricamente excepcional intervención de la jurisdicción civil en la normativa anterior” ello significa que se está modificando la previsión anterior. Impresión que ratifica, definitivamente, el art. 144 de la misma Ley:

“Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.

Los arts. 139 y siguientes se refieren, como es sabido, a la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos para cuya exigencia el art. 142 dispone que se solicitará al órgano superior de la Administración de que se trate (Ministro, Consejero, Alcalde, Presidente de organismo). Tras la eventual negativa procede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La solución de la Ley procedimental se refuerza con una previsión explícita de la nueva Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, que en su art. 2, de forma taxativa, dispone:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...)

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, *no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.*”

El primer y más importante argumento de la jurisdicción civil para sostener su propia competencia -un distinto entendimiento de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” ha desaparecido, porque sea cual sea el concepto que al respecto se tenga, esto es, sea cual sea el tipo de actividad, pública o privada, de que derive la responsabilidad, es competente *siempre* la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 30/1992 y luego la nueva Ley de la Jurisdicción no pueden ser al respecto más claras.

El último inciso, resaltado, del art. 2.e) LJ transcrito tiene gran importancia y hay que completarlo con la reforma llevada a cabo también por la Ley Orgánica 6/1998 en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 9.4 dice ahora que los tribunales del orden contencioso-administrativo:

“conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La intención es clara: cegar las posibilidades de actuación de la jurisdicción civil y, en consecuencia, invalidar legalmente el otro argumento que le quedaba a la jurisdicción civil para declararse competente: no dividir la contienda de la causa. La acumulación de acciones para demandar civilmente a la Administración queda excluida y está claro ahora que el juez civil es *siempre* incompetente para conocer de una acción de este tipo frente a la Administración.

3.- Así, pues, en la actualidad la vía civil ha dejado de tener importancia. Lo mismo cabe decir, tras la Ley Jurisdiccional de 1998, de la vía social. Recuérdese, en efecto, el último inciso del art. 2.e).

Y es que la jurisdicción social se había declarado competente en ocasiones para conocer de

reclamaciones de responsabilidad derivadas de daños producidos a pacientes ingresados en instituciones sanitarias de la Seguridad Social por entender que, en tales casos, se estaba en presencia de pleitos "en materia de seguridad social" y, como tales, de competencia de la jurisdicción laboral, conforme a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RD legislativo 2/1995, de 7 de abril. Se trataría □según algún sector doctrinal□ de conflictos derivados de una actividad de prestación dentro de la cual habría que incluir las consecuencias lesivas de la *no prestación* o de la *defectuosa prestación*. Véase, en este sentido,² la STS de 5 de junio de 1991, con cita de otras anteriores.

Incluso tras la Ley 30/1992, que, como he dicho, unifica el fuero jurisdiccional, cuando la cuestión parecía zanjada por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 (Arz. 7998), una nueva Sentencia de la Sala 4ª del TS, de 10 de julio de 1995 (Arz. 5488), cuya doctrina fue más tarde reiterada por otras (SSTS de 24 de junio y 19 de diciembre 1996), volvió al planteamiento tradicional: la jurisdicción social mantenía su competencia, aunque en esta ocasión con cinco votos particulares discrepantes a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mi juicio, no había ya en esas fechas fundamento para mantener la competencia de la jurisdicción social, Y es que en estos casos no se trata propiamente de asuntos de Seguridad Social porque no son ni pueden ser lo mismo los conflictos sobre prestaciones del sistema y las consecuencias lesivas derivadas de la integración de la víctima (sea asegurado o no) en un servicio público gestionado y prestado por un ente público. Cuando la acción sanitaria pública se ha generalizado sería un contrasentido que se predicara de dos jurisdicciones diferentes el conflicto suscitado por dos personas lesionadas en el seno del mismo sistema dependiendo de que una fuera usuario asegurado y cubierto por el régimen de la Seguridad Social y la otra no. Por otra parte, el criterio del ámbito de la jurisdicción contenciosa se basa en una perspectiva subjetiva: los daños producidos por las Administraciones Públicas. Los asuntos de que en general conoce dicha jurisdicción son las cuestiones que se deducen de los actos de la Administración, perspectiva subjetiva que se excepciona por razón del objeto respecto de aquellos asuntos que "aunque relacionados con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social"

² Cfr., en detalle, sobre los razonamientos acerca de la competencia, Jesús MERCADER UGUINA, Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 104 ss.

[art. 2.a) LJ-56 y, en términos similares, art. 3.a) LJ de 1998]. Por tanto, el criterio interpretativo de las cuestiones "en materia de Seguridad Social" a que hace referencia la Ley de Procedimiento Laboral debía ser □al menos en este ámbito□ restrictivo. En todo caso y para evitar nuevos equívocos la Ley Jurisdiccional de 1998 zanja definitivamente el problema. Su art. 2.e), en efecto, precisa, como ya he señalado, que la Administración no puede ser demandada "por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o *social*".

4.- Si no era posible demandar civilmente a la Administración, ni sola ni junto con un tercero partícipe en la producción del daño, quedaba solamente por cegar la posibilidad de que la víctima pudiera demandar civilmente al empleado (funcionario, laboral, personal estatutario). No sería algo frecuente, porque en tal caso "ya se ha dicho" hacía falta demostrar la existencia de culpa o negligencia "graves". Pero era teóricamente posible. De modo que la Ley 30/1992 decidió suprimir la posibilidad por el expediente de derogar el viejo art. 43 LRJAE que posibilitaba esa opción. Tras la citada Ley parecía que no era posible ya demandar al empleado causante del daño aisladamente, pero se siguió admitiendo la demanda civil siempre que se demandara también a la Administración. Imposibilitada esta posibilidad como hemos indicado ya no quedaba sino concretar que en ningún caso era posible la demanda civil contra el empleado solo. Y eso es lo que hace la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, cuyo artículo 145 queda ahora redactado en los siguientes términos:

" Art. 145. Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de su personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones

públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

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

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

5.- A partir de la entrada en vigor de estas dos normas la responsabilidad de la Administración o de sus empleados ha de exigirse siempre a la primera. Y ha de hacer en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa. De modo que, en adelante, no cabrán ya demandas civiles contra la Administración, ni sola, ni en demandas conjuntas con un particular. No cabrán tampoco demandas civiles contra el funcionario solo. Y, lo que seguramente es más importante, tampoco procederán las demandas conjuntas contra la Administración y el funcionario. Se pretende la unificación sustantiva y procesal en vía administrativa y, en su caso, en sede contencioso-administrativa.

Después de estas reformas debería quedar definitivamente claro que ni caben demandas civiles directas contra el personal sanitario de la Seguridad Social, ni tampoco caben demandas civiles conjuntas contra la Administración (Insalud o ente autonómico competente) y contra el personal médico y sanitario, que antes era la vía más frecuente de exigencia de la responsabilidad. Tampoco caben demandas contencioso-administrativas en las que se pretenda reclamar la responsabilidad de la Administración y del funcionario.

Ya no es posible, en efecto, la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente causante del daño. Así se deduce, como se ha indicado, de la propia Ley 30/1992, en cuyo art. 145, bajo la rúbrica "exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas", sólo se contempla la exigencia de dicha responsabilidad a la Administración. La Ley 4/1999, de reforma de esta Ley, es explícita en su Exposición de Motivos al recordar que desaparece toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario "clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración". En concordancia con ello y para evitar

cualquier equívoco, se deroga la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios, que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso.

La situación parece, pues, clarificada y tiene gran lógica. Piénsese que, de admitirse que el dañado pudiera dirigirse directamente contra el funcionario, la responsabilidad civil de éste ya no estaría limitada, como antes, a los supuestos de culpa o negligencia graves, habida cuenta que el art. 43 de la LRJAE, que era donde se establecía esa limitación, ha sido derogado por esta misma Ley 30/1992 y no existe otro de similar contenido. De admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondería no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leves, en los términos previstos con carácter general en el art. 1902 CC. Resultaría entonces que respondería más intensamente frente al dañado que frente a la Administración en vía de regreso, porque en esta vía (art. 145.2) es condición de ejercicio de esa acción la existencia, justamente, de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario. Se trata, pues, de garantizar, al mismo tiempo, la indemnización del dañado "pues la Administración responde en todo caso, cubriendo la actividad del funcionario" y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en casos de culpa grave y en vía de regreso, que tras la reforma de 1999 resulta obligada (art. 145.2: "exigirá").

Va de suyo, tras todo lo que se ha dicho, que no cabe tampoco demandar en vía civil al funcionario *junto* con la Administración, hipótesis frecuente, por ejemplo, en el caso de daños sanitarios, donde se demandaba civilmente al cirujano, al jefe de servicio, al director del hospital y al Insalud. Y que es lo que expresa y definitivamente niega también la nueva Ley Jurisdiccional de 1998.

Así, pues, la jurisdicción civil debe declararse incompetente también tanto si se demanda aisladamente al funcionario como si se le demanda conjuntamente con la Administración. No cabe ni siquiera en el caso de daños producidos en centros sanitarios concertados con ocasión de la asistencia sanitaria (Disp. Adic. 12 de Ley 30/1992, añadida por Ley 4/1999), cuestión ésta quizá más discutible porque, al incluir a los centros privados

³ La citada Disposición dice así: "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, en todo caso".

concertados el tema conecta con el tema de los concesionarios. Si estos parece que sí pueden ser demandados civilmente, a tenor de lo que dispone el art. 97 de la Ley de Contratos (RD legislativo 2/2000, de 16 de junio), el precepto señalado podría, quizá, entenderse aplicable sólo para cuando el dañado demande a la Administración titular del servicio.

6.- En resumidas cuentas y sintéticamente lo que la nueva regulación pretende es:

- proteger inicialmente al funcionario causante personal del daño.
- obligar al dañado a reclamar en vía administrativa la responsabilidad del funcionario ante la Administración -y solo ante ella-, recurriendo la eventual negativa ante la jurisdicción contenciosa.
- impedir que los tribunales civiles se pronuncien sobre la eventual responsabilidad del funcionario; e
- impedir también que los tribunales civiles se pronuncien sobre la responsabilidad de la Administración (para lo cual ésta *nunca* podrá ser demandada en dicha vía, ni sola ni con terceros).

En estas circunstancias, ¿hay algún supuesto en el que el personal sanitario pueda responder *personalmente*?

7.- La pregunta que nos hacíamos en el apartado anterior debe responderse afirmativamente. Hay, sí, algún supuesto en el que, a pesar de todo, el empleado responde personalmente, aunque no siempre de forma directa. ¿Cuáles son estos supuestos?. Apuntaré 3 posibilidades:

- a) Cuando el daño derive de una relación estrictamente privada y ajena por completo al servicio sí cabrá la demanda civil.
- b) Cuando el daño se haya producido mediando un delito y exista una condena penal que conlleve la condena civil. Es el supuesto más importante, seguramente.
- c) Finalmente -y es lo que importa, sobre todo, ahora- cuando la Administración haya pagado al dañado en vía administrativa o contencioso-administrativa y ejerza contra el personalmente culpable la acción de regreso.

7.- No hay problemas en el primer caso: se trata de la actividad desconectada y ajena a la Administración. Ese es el presupuesto. No hay imputación a la Administración porque el funcionario, en tales casos, nada tiene que ver con el servicio. Es una persona privada más y, en consecuencia, se aplicarían las previsiones comunes de la responsabilidad contenidas en el art. 1902 del Código Civil. No es necesario insistir en el tema cuya única problemática relevante en este momento apuntaría a la identificación del punto de partida mismo: la actividad privada y desconectada del servicio; cuestión que a veces apunta a la relación de causalidad o al tipo de imputación, y que no siempre será pacífica. Pero, prescindiendo de ello, no hay teóricamente problemas para admitir la responsabilidad civil del empleado.

No puede decirse lo mismo si hay un delito. Esto es, el supuesto del apartado b) anterior.

Si hay delito, en efecto, la cuestión varía. Aquí sí cabe la condena civil subsiguiente a la penal. En efecto, cuando el daño se produzca mediando una actividad delictiva de una autoridad o funcionario que es procesado y condenado por ello, la Administración aparece como responsable, pero sólo de forma *subsidiaria, en ausencia o insolvencia del causante*

El requisito previo es la condena penal del personal médico por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos. En tales casos la responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 121 del Código Penal) será *subsidiaria* y no directa, como proponía el inicial Proyecto de Código Penal de 1992. En tales circunstancias no se evitan al productor del daño todo género de inconvenientes. Y, a mi juicio, se trata de una solución criticable por cuanto la naturaleza de esa responsabilidad es la misma que cuando la Administración cubre directamente en vía administrativa, y sin perjuicio de la acción de regreso, una actividad dañosa (aunque no delictiva) del funcionario.

El Código Penal no menciona las faltas. Es decir, afirma que la responsabilidad subsidiaria de la Administración lo es sólo por "los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos" de las autoridades y funcionarios. Este "olvido" de las faltas no era un olvido. Pretendía y pretende que los tribunales penales no pudieran pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración en casos de condena penal por faltas, para evitar que, ante la destacada lentitud de la justicia administrativa, se utilizara torticeramente la vía penal para lograr, en breve plazo, no tanto una condena penal cuanto una indemnización patrimonial. Los propios tribunales

apuraban a veces la calificación de una conducta como constitutiva de falta (de imprudencia, normalmente), para hacer derivar la responsabilidad civil y evitarle al dañado otro pleito, lo que se ha denominado el peregrinaje jurisdiccional. La omisión de la referencia a las faltas trataría en cierto modo de proteger más a los funcionarios, en el sentido de desincentivar el uso de la vía penal con el exclusivo fin de obtener una condena indemnizatoria.

Sin embargo, aunque ese laudable propósito pueda ser compartido, el fundamento y la naturaleza de la responsabilidad de la Administración es la misma cuando cubre la actividad delictiva del funcionario que cuando lo hace sin mediar delito alguno. Por eso y para evitar el segundo pleito (en la vía administrativa y contencioso-administrativa) que sería necesario entablar a partir de la condena penal por falta, hay ya alguna sentencia que ha hecho una interpretación expansiva de la expresión *delito* (incluyendo en él a las faltas), para permitir la condena civil subsidiaria subsiguiente a una condena penal por falta. En tal sentido se pronuncia la STS, Sala 2ª, de 11 de enero de 1997 (Arz. 1127), cuya doctrina merece la pena retener brevemente.

Después de pasar revista a los antecedentes del art. 121, que "corona los zigzagueantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980", el FJ 7 dice así:

"el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código Penal, al igual que los anteriores ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo "delito" como sinónimo de infracción criminal. (...) En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también "desde la perspectiva de la responsabilidad subsidiaria" las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios". Concluye afirmando que la exégesis deberá practicarse precepto por precepto y teniendo en cuenta que "no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa responsabilidad civil (...). No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo "delito" en el art. 121 del Código de 1995."

8.- Finalmente, está el supuesto de la acción de regreso, esto es, la exigencia de responsabilidad personal al funcionario causante del daño por parte de la Administración cuando ésta haya pagado al dañado en vía administrativa o contencioso-administrativa. El requisito es que los daños se deriven de culpa o negligencia *grave* del personal. Pero la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, incorpora una novedad sustancial: dicha responsabilidad, dicha acción de regreso se "exigirá *de oficio*" (y ya no se "podrá exigir", como decía antes la versión anterior).

El ejercicio de esta responsabilidad parte del presupuesto de un expediente administrativo, que regula el RD 429/1993, de 26 de marzo, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

La novedad, pues, es que el ejercicio de la acción de regreso se convierte teóricamente en obligatorio. Tan bienintencionado propósito choca, sin embargo, con algunas graves dificultades y con una tradición que hace que la citada acción -cuando no era obligada- apenas haya sido utilizada.

II.- LA ACCIÓN DE REGRESO: SUPUESTOS, REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE EXIGENCIA.

Veamos, pues, los supuestos y requisitos de la acción de regreso.

La posibilidad de que la Administración que ha pagado repercuta contra el funcionario responsable ha existido siempre y así se contempla ahora en la nueva regulación de la Ley 30/1992: el ya citado art. 145.2.

Se trata de un elemento compensador de un sistema muy generoso de responsabilidad pública, que protege a la víctima, pero que "de no prever la acción de regreso" dejaría impune al causante personal, perpetuando así las condiciones que dieron lugar al daño y al subsiguiente gasto público.

Ahora bien, es muy difícil poner en marcha el mecanismo de la acción de regreso. Apenas hay ejemplos y apenas cabe ejemplificar con datos extraídos de los repertorios jurisprudenciales. A pesar de ello, hay que explicar cómo funciona, más en la teoría que en la práctica, una previsión que la nueva normativa impone ya no como una posibilidad sino como una obligación.

La previsión, como he dicho, se halla en el reproducido art. 145.2 de la Ley 30/1992:

“2. 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, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

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

El precepto se refiere a cualquier empleado público, se halle ligado a la Administración por vínculos funcionariales, estatutarios o laborales⁴. Y parece que obliga a la Administración a exigir las responsabilidades personal de sus empleados si se dan las circunstancias o presupuestos de hecho de la norma. Esa es la gran novedad de la reforma de 1999: que convierte en obligado lo que antes era, únicamente, potestativo. En tal sentido se pronuncian todos los autores que han comentado la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 y así también lo apunta el Consejo de Estado que, en su Dictamen de 22 de enero de 1998 a propósito de la reforma, habla justamente de la pretensión de “dar efectividad” a una previsión hasta entonces realmente inédita.

Ahora bien, el hecho de que ahora se diga que la Administración “exigirá de oficio” la responsabilidad en vez de la expresión anterior (“podrá exigir”) no significa necesariamente un cambio radical. Primero, porque si la Administración está vinculada a la Ley la aparente discrecionalidad del término “podrá” podía interpretarse como una obligación si existía constancia de las circunstancias previstas en la norma. En tal sentido se pronuncia J. González Pérez⁵. Sería algo equivalente al “podrá” del viejo art. 109 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo que la doctrina interpretó como “deberá”. De modo que se entendía que aquí también, como en la máxima ética, si la Administración puede, debe. El precepto no arbitraría una posibilidad, sino que atribuiría una potestad, que la Administración no tendría sin esa previsión.

Pero, dejando esa interpretación de lado, el hecho cierto es que, como ya se ha dicho, toda la doctrina alude a la novedad que ha significado la Ley 4/1999 en este punto. Ahora bien, ¿realmente se trata de un cambio radical en la práctica aplicativa?, ¿hay mecanismos para imponerlo?. En definitiva, ¿cómo obligar a la Administración a poner en marcha la acción de regreso si no quiere?. Es difícil. Sería preciso admitir una legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa tras la desestimación de una solicitud en tal sentido. Pero, habida cuenta que no hay acción popular, sino que hace falta un interés legítimo privado que defender, la legitimación se convierte en un obstáculo procesal que impide o dificulta mucho el cumplimiento de la previsión legal⁶.

En todo caso, el ejercicio de la acción presupone dos requisitos: a) que la víctima haya sido indemnizada ya por la Administración que ejercer la acción de regreso; y b) que el causante directo del daño haya actuado mediando “dolo, o culpa o negligencia graves”.

El primer requisito parte la base de la base de que la víctima se ha dirigido a la Administración responsable del servicio y ha obtenido de ella una indemnización, bien de forma voluntaria tras el correspondiente expediente administrativo, bien tras una condena de la jurisdicción contenciosa a la que el dañado acude impugnando el acto, expreso o presunto, denegatorio. Pero se plantea el problema de saber si la Administración puede ejercitar la acción de regreso si la previa condena al pago procede de una Sentencia penal en la que aquélla sea declarada responsable civil subsidiaria (art. 121 CP). La respuesta parece que debe ser positiva, habida cuenta que la Ley no prejuzga el orden jurisdiccional en el que ha sido condenada a indemnizar a la Administración. En el mismo sentido, también, J. Barcelona⁷.

El segundo requisito hace referencia al dolo, culpa o negligencia *graves* con que debe haber obrado el causante del daño. La norma, como ya sucedía antes, incorpora un “plus” de protección del empleado, que sólo responde en caso de dolo, culpa o negligencia, que además han de ser “graves”. La finalidad de esta limitación es obvia. Se trata de proteger al empleado por los errores o imprudencias que cometa, que son asumidos por la Administración que paga al dañado. Pero no hasta

⁴ En el mismo sentido, J. BARCELONA, *La acción de regreso...*, cit., pág. 41.

⁵ Cfr. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2^o ed., Madrid, 2000, pág. 521.

⁶ En tal sentido, también, J.L. de la VALLINA, *Responsabilidad de autoridades, funcionarios y agentes de la Administración*, en el volumen, dirigido por J.L. Martínez López-Muñoz y A. Calonge, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo)*, M. Pons, Madrid, 1999, pág. 524, n.69.

⁷ Cfr. *La acción de regreso...*, cit., pág. 49.

el punto de cubrir el daño intencionado o la impericia grave.

Con todo, la Ley señala que se tendrán en cuenta criterios de ponderación a la hora de exigir la responsabilidad y cita, entre otros, “el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso” (art. 145.2).

La mera existencia de estos criterios de ponderación matiza también la pretendida obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso a que antes me refería. Y ello porque si el resultado dañoso no es singularmente grave, no ha habido intencionalidad o no se puede afirmar la responsabilidad profesional, el expediente puede acabar en la exoneración personal. Se comprenderá, entonces, el gran margen de apreciación que existe a la hora de determinar esos parámetros de referencia cuando no viene en la norma. Y, más aún, a la hora de apreciar la “gravedad” de la culpa o la negligencia profesional.

El resultado último del ejercicio de la acción de regreso no implica necesariamente que la Administración deba exigir la cuantía exacta de lo que ella pagó previamente al dañado. Nada impide una repercusión parcial, esto es, nada impide considerar que parte del daño es imputable personalmente a la actividad gravemente negligente del empleado. Pues bien, en tal caso, sólo respecto de esa parte se podrá exigir la acción de regreso, lo que en la práctica se traducirá en la cuantía. Téngase en cuenta -como señala J. Barcelona - que la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene una función distinta de la atribuible a la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía de la víctima.

El procedimiento de exigencia de la responsabilidad en vía de regreso se contiene en los arts. 20 y 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad.

Se trata de un procedimiento administrativo que podrá inicial “el órgano competente” de la Administración que realizó previamente el pago de la indemnización, que debe entenderse es el órgano superior del organismo de que se trate. El acuerdo se notificará a los interesados y contendrá los motivos que justifican el procedimiento, concediendo un plazo de quince días para que aquéllos aporten “cuantos documentos, informa-

ciones y pruebas estimen convenientes”. El art. 21.2 del RD 49/1993 precisa que “en todo caso, se solicitará informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”. Practicadas las pruebas pertinentes en un plazo de otros quince días “las propuestas por el interesado o las que el órgano competente estime oportunas” el procedimiento termina no sin antes haber vuelto a ponerlo de manifiesto al interesado por plazo de diez días para formular alegaciones. Tras ese último trámite se redactará propuesta de resolución y “el órgano competente resolverá en el plazo máximo de cinco días” (art. 21.6 RD 49/1993). La resolución declaratoria de responsabilidad podrá fin a la vía administrativa y contra la misma cabrá interponer, claro es, el recurso contencioso-administrativo, previa reposición potestativa.

En el recurso contencioso subsiguiente a la resolución inculpativa el afectado podrá discutir el quantum indemnizatorio. Puesto que sólo indemniza por los daños vinculados a su concreta actividad gravemente lesiva, nada impide que el empleado trate de desvincular el montante de la responsabilidad que le es exigida de su concreta y personal actividad. Sobre todo en los casos en los que la Administración ponga en marcha la acción de regreso después de haber pagado *voluntariamente*, esto es, en vía administrativa, lo reclamado por la víctima.

La Ley no establece el plazo que tiene la Administración para activar la acción de regreso. Ante esa ausencia se han manifestado varias posturas. Para unos, el plazo es de un año, “en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil”, a partir del pago, que es el presupuesto de hecho necesario. Para otros, se puede estar al plazo de cinco años que establece la Ley General Presupuestaria para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad propiamente sino de un caso de derecho de crédito de la Administración¹⁰. Por mi parte, entiendo que éste es un plazo excesivo, que no es coherente con las necesidades de una buena administración porque no se puede tener pendiente a un funcionario de la iniciación de una eventual acción de regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya pagado. No digamos ya si en medio se ha producido un cambio político derivado de un proceso electoral. Por ello, entiendo que, aun habiendo argumentos para sostener que desde la perspectiva de la Administración se trata de un derecho

⁹ En tal sentido, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 527.

¹⁰ En tal sentido, J. L. DE LA VALLINA, *Responsabilidad de autoridades...*, cit., pág. 526 s. J. BARCELONA, que cita también a DE LA VALLINA, parece inclinarse por ese mismo plazo de cinco años. Cfr. *La acción de regreso...*, cit., pág. 56.

⁸ Op. cit., pág. 55.

de crédito que se pretende ejercitar, desde la óptica del empleado se trata, justamente de un supuesto de responsabilidad. Por eso, creo que hay que descartar el plazo de cinco años. Habrá que estar al plazo común de un año previsto para todos los supuestos de responsabilidad; plazo que, desde la perspectiva de la gestión del personal, probablemente es también excesivo. De ahí que no resulte impertinente una previsión normativa expresa.

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTUALIDAD.

La acción de regreso está prácticamente inédita entre nosotros y es posible que, a pesar de los bienintencionados propósitos de la reforma de la Ley 30/1992, lo siga estando. Pero que esto sea así no nos debe llevarnos a olvidar algunos de los problemas que hoy se plantean a propósito de la responsabilidad pública (y la de sus empleados). En particular, en el caso del personal sanitario vinculados a las instituciones de la Seguridad Social.

Se trata de un mundo apasionante que supera lo técnico, pero que hace del Derecho algo más que el simple juego de la interpretación formal. Porque, por ejemplo, si la responsabilidad incide en la gestión futura de los servicios, si supone incorporar ese dato a sus costes, si debe estar en relación con las dimensiones del sistema financiero, si tiene una proyección política, a lo mejor es necesario optar. Y esa opción no es técnica sino política. Opciones sobre la intervención pública, sobre la política funcional, los modos de gestión, la implantación de los servicios, las previsiones contables...

Seguramente hay que introducir también un elemento de índole patrimonial a tener en cuenta a la hora de implantar un servicio y considerar la eventual responsabilidad como un coste financiero previsto y calculable. Quizá hay que postular un cambio en la manera de legislar, pasando de un Parlamento que "habilita" a un Legislativo que obliga y fija pautas o criterios mínimos de actuación.

Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad elementos políticos que, aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden. Algunos de esos fines deben ser aflorados para introducir coherencia en la actuación administrativa, pero también en las demandas ciudadanas, de modo que no se les pidan a los Poderes públicos acciones contradictorias. Por ejemplo, abstenerse de vigilar y controlar la actividad

civil y, al mismo tiempo, solicitar la ayuda o la responsabilidad por omisión cuando se producen daños derivados de esa misma actividad privada.

De ahí el significado central de la responsabilidad en la concepción constitucional de las Administraciones Públicas. De ahí también que, a mi juicio, el régimen de dicha responsabilidad no deba equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal. Si se confunde, el resultado será más inseguridad y el correlato de que o no se aplicará el régimen resarcitorio con todas sus consecuencias o, de aplicarse, puede cuestionar sus propios condicionantes económicos. El sistema asistencial es diferente del régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio cubre la responsabilidad.

Hay, pues, un ancho campo para la reflexión y el pensamiento. Y entre ese vasto mundo de dudas y certezas introduzco también, para acabar, un problema social, lo que el ensayista y filósofo Pascal BRUCKNER ha denominado "la tentación de la inocencia"¹¹. Pretender endosar la reparación de todos los males a un "tótem" estatal poderoso y malvado, al mismo tiempo que se reclama el repliegue total de dicho Estado. La contradicción latente en la pretensión de una desregulación de las actividades y la aplicación de una consecuencia de las ideas intervencionistas.

La inocencia y victimización del yo, frente a la responsabilidad universal del otro. Una curiosa paradoja en la que continuamente nos hemos instalado.

Pero si no cabe defender al mismo tiempo una proposición y su contraria, tampoco es posible aislar la cuestión de la responsabilidad del contexto social o, por lo que hace a nuestro tema, de la política funcional.

A este propósito, el libro de P. BRUCKNER que acabo de citar comienza con cita de Céline que el autor luego critica vivamente: "Todos los demás son culpables, salvo yo". Y, más allá, aparece esta reflexión del propio autor: "Si basta con que a uno le traten de víctima para

¹¹ Ese es el título de un, a mi juicio, muy interesante libro del citado autor, P. BRUCKNER, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona, 1996. La edición francesa (*La tentation de l'innocence*) es de 1995. Véase, en especial, su segunda parte, bajo el rótulo genérico "Una sed de persecución", y, en particular, el capítulo titulado "La elección a través del sufrimiento", págs. 117-148.

¹² Recuerdo ahora en este sentido una frase de Paul DUEZ que citó Jesús Leguina hace muchos años: "La responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas" (cfr. *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1938, pág. 9, citado por J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, pág. 30).

tener razón, todo el mundo se esforzará por ocupar esa posición gratificante"¹³. Más adelante, después de apuntar la idea de que en muchas ocasiones más que de encontrar un daño se trata de hallar un patrimonio solvente al que imputarle aquél, por remota que sea la relación, ejemplifica alguno de los temas tratados en uno de los ámbitos más sensibles, el que ahora nos ocupa, esto es, el ámbito sanitario. Y a propósito de ese mundo tan sensible, pero al mismo tiempo tan gráfico a la hora de experimentar las cuestiones de responsabilidad, dice el autor al que me vengo refiriendo: "En el ámbito de la salud, por ejemplo, ¿qué queda de la noción de riesgo "el azar de contraer un mal con la esperanza, si salimos de él, de obtener un bien' (Condillac)" si toda eventualidad terapéutica ha de dar paso al derecho a una indemnización sistemática? ¿Cómo iniciar un tratamiento de alto riesgo si el enfermo instruye una demanda judicial en cuanto aparece la más mínima secuela o efecto negativo? ¿Cómo conciliar la obligación de los medios, la preocupación del paciente y la posibilidad de la innovación? ¿Cómo evitar la aparición de una medicina defensiva en la que el temor al litigio llevaría a renunciar a las técnicas punteras que implicaran algún peligro al particular o provocaría una disminución de determinadas vocaciones (como anestelistas, reanimadores, cirujanos)? ¿Cómo, resumiendo, evitar una situación a la americana en la que el elevadísimo costo de las pólizas de seguros para los obstetras, expuestos a demandas judiciales de todo tipo, dispara el precio de los partos, que se vuelven prohibitivos...?"¹⁴. "Tal es la paradoja de nuestra situación "dice el autor": por un lado, el derecho a la reparación es aquí todavía embrionario, el margen de maniobra de la defensa muy restringido y el acceso a la justicia difícil para los desfavorecidos (...). Por otro lado, el derecho a la responsabilidad jurisprudencial podría arrastrarnos a determinados excesos de la sociedad americana precisamente cuando no gozamos de ninguna de sus ventajas"¹⁵.

Ejemplo entre nosotros de uno de los aspectos a que se refiere el autor podría ser la muy conocida "y muy comentada" STS de 14 de julio de 1991 (Arz. 5115). El caso del aneurisma correctamente operado que deja, no obstante, secuelas que el TS considera indemnizables "a cargo de la Administración, eso sí" a pesar de que la operación estaba dentro del ámbito de la *lex artis*, fue gratis y, además, le salvó la vida a la paciente. ¿Cuál era allí la 'lesión', el daño antijurídico integrado en el patrimonio del sujeto que éste no tiene el deber de

soportar?. ¿Cómo es posible "dice F. PANTALEÓN"¹⁶ al aludir a esta Sentencia" que se acabe respondiendo más intensamente por actividades no lucrativas que por las lucrativas, dado que si la paciente hubiera sido operada en un hospital privado ni éste, ni desde luego el médico, hubieran sido con seguridad condenados y, además, le habrían cobrado el precio de la intervención?.

En el aspecto técnico, la cuestión debatida aquí debería haber sido el concepto de lesión y la relación de causalidad. La Sentencia afirmó, no obstante, que "desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos" lo único relevante era la incidencia "de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social". Al comentar y criticar el fallo, yo mismo señalé que esa crítica "nada tiene que ver con la deseable amplitud de los regímenes de asistencia social, que pivotan también sobre las disponibilidades económicas porque, desde una óptica de política legislativa, probablemente es preferible adoptar un criterio asistencial que ampliar en vía de responsabilidad la cobertura de todas las secuelas, porque a la larga, ello conduciría a limitar la prioritaria asistencia sanitaria"¹⁷.

Pero, en sentido distinto, si la acción de riesgo asumible puede matizar el postulado de la responsabilidad "recuérdese que "la responsabilidad profesional" matiza y es un criterio de ponderación también para la exigencia de la acción de regreso", desde otro punto de vista los inevitables riesgos del progreso y de la técnica apuntan a cuestiones de mucho mayor calado. Porque es difícil seguramente imponer límites al progreso científico y a su aplicabilidad, pero ese progreso no debe ser a "cualquier precio". Y en ese precio no debe estar que el progreso se haga a costa de las potenciales víctimas.

El tema apunta a la responsabilidad. Pero apunta también a la ética profesional, a los nuevos contenidos de la *lex artis*, a la información exigible.

La acción de regreso "bien poco utilizada" nos ha llevado por diferente derroteros. Unos derroteros que a algunos les puede parecer que nos sacan del Derecho práctico entendido como el simple juego de relaciones formales. Creo que no. El Derecho es mucho más que una mera cuestión de lógica formal. Y ese tipo de cuestiones y reflexiones de fondo como las apuntadas

¹³ Op. cit., pág. 134.

¹⁴ Op. cit., pág. 135-6.

¹⁵ Op. cit. p. 137-8.

¹⁶ *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, en "Documentación Administrativa" núm. 237-38 (1994), pág. 244.

¹⁷ Cfr. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, cit., pág. 43.

son, precisamente, las que nos sirven de guía y de referencia. Esto es, para introducirnos, llenos de dudas e inseguridades, en lo que de verdad el Derecho significa

como instrumento social. La paradoja y, en ocasiones, la falta de respuesta no nos aleja del Derecho. Justamente, nos mete más de lleno en él.