

**RAÚL LETELIER WARTENBERG
(COORDINADOR)**

LA FALTA DE SERVICIO

AUTORES

**JOSÉ MIGUEL VALDIVIA OLIVARES
URBANO MARÍN VALLEJOS
LUIS CORDERO VEGA
GIUSEPPE PIPERATA
FABIÁN HUEPE ARTIGAS
ALICIA DE LA CRUZ
JORGE BERMÚDEZ SOTO**

**SILVIA DÍEZ SASTRE
ENRIQUE RAJEVIC MOSLER
JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ
RAÚL LETELIER WARTENBERG
SANTIAGO MONTT OYARZÚN
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
LUIS MEDINA ALCOZ**



LA FALTA DE SERVICIO

© UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

José MIGUEL VALDIVIA OLIVARES • URBANO MARÍN VALLEJOS • LUIS CORDERO VEGA • GIUSEPPE PIPERATA • FABIÁN HUEPE ARTIGAS • ALICIA DE LA CRUZ • JORGE BERMÚDEZ SOTO • SILVIA DÍEZ SASTRE • ENRIQUE RAJEVIC MOSLER • JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ • RAÚL LETSLER WARTENBERG • SANTIAGO MONTT OYARZÚN • GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL • LUIS MEDINA ALCOZ

2012 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 510 5000 • www.legalpublishing.cl
Registro de Propiedad Intelectual N° 222.825 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 264 - 7

1ª edición noviembre 2012 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

LA FALTA DE SERVICIO DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL*

I. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

La economía es la ciencia que estudia la adopción de decisiones racionales (que maximizan la satisfacción de ciertos fines) en un mundo de escasez. El análisis económico del Derecho es un paradigma científico –o corriente doctrinal, si se prefiere llamar así– que plantea los problemas jurídicos como problemas económicos,¹ desde dos puntos de vista.

Por un lado, desde una *perspectiva positiva*. Aquí se analizan, utilizando teorías precisas y métodos empíricos, cuáles son los efectos reales de las decisiones jurídicas (leyes, sentencias, actos administrativos, contratos, etc.), en qué medida influyen éstas sobre la conducta de las personas y contribuyen a lograr la óptima satisfacción de ciertos fines. También se analiza cuáles son los efectos de las circunstancias sociales sobre las decisiones jurídicas, cómo se originan éstas, cómo determinados factores sociales dan lugar a la adopción de ciertas decisiones o normas.

Desde esta perspectiva positiva, se formulan modelos teóricos, con frecuencia formalizados matemáticamente, que tratan de explicar y determinar esa influencia de las decisiones jurídicas sobre la conducta humana,

* Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.

¹ Existen abundantes obras que pueden servir de introducción al análisis económico del Derecho. Desde un punto de vista “autorreflexivo”, histórico y haciendo un repaso a las distintas escuelas de pensamiento integradas en este paradigma científico, vid. MERCURO y MEDEMA (2006). Entre los manuales al uso, vid. SHAVELL (2004); COOTER y ULEN (2007); POSNER (2010).

o de la sociedad sobre aquéllas. A partir de esos modelos teóricos pueden enunciarse predicciones empíricamente contrastables, susceptibles de ser refutadas o corroboradas a través de la experiencia. Mediante la observación o, en su caso, la experimentación se contrastan las teorías y predicciones formuladas.

Por otro lado, también cabe adoptar una *perspectiva normativa*. Aquí se estudia cómo deberían configurarse las decisiones jurídicas de modo que constituyan los incentivos adecuados para que las personas se comporten de manera que se maximice la satisfacción de ciertos fines (v. gr., el bienestar social). Aquí se enuncian proposiciones descriptivas, del tipo “¿qué debería hacerse?”.

Ni que decir tiene que ambas perspectivas están estrechamente relacionadas. Por ejemplo, a la hora de diseñar una norma que permita maximizar la satisfacción real de ciertos fines hay que tener muy en cuenta cuáles serán los probables efectos sociales de las alternativas en consideración.

II. ¿QUÉ FUNCIONES PUEDE CUMPLIR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO RESPECTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE?

El análisis económico del Derecho y el ordenamiento jurídico positivo no constituyen mundos completamente separados e impermeables el uno respecto del otro. O, mejor dicho, no tienen por qué verse como tales.

El análisis económico del Derecho puede cumplir, en primer lugar, una función interpretativa del ordenamiento vigente, en la medida en que permite evaluar, en función de sus consecuencias sobre la realización de los fines y valores de ese ordenamiento, las interpretaciones de que es susceptible una disposición normativa y escoger la que permite un mayor grado de realización.

En segundo lugar, este paradigma también puede cumplir una función crítica, puede servir para evaluar las normas jurídicas positivas y, en su caso, señalar alternativas que permitan lograr más eficientemente determinados objetivos.

El paradigma económico puede cumplir satisfactoriamente tales funciones en tanto en cuanto las normas jurídicas vienen a “poner precio” a

las conductas humanas. El Derecho influye sobre ellas de una manera muy similar a como lo hacen los precios, lo que determina que, para analizar los efectos sociales de las normas jurídicas, podamos aprovechar las teorías y los instrumentos que la ciencia económica ha desarrollado a fin de estudiar las consecuencias que sobre las conductas humanas tienen los precios. Las normas crean incentivos o desincentivos para actuar de una determinada manera. Y resulta plausible suponer que las personas responden racionalmente frente a los mismos, del mismo modo en que normalmente reaccionan frente a los precios: calcularán los costes y beneficios que tendrán sus decisiones y tenderán a escoger aquellas que maximizan la satisfacción de sus propias metas.

III. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Este paradigma científico ha recibido aceradas críticas.² Se le ha objetado, por ejemplo, que las personas no siempre se comportan racionalmente. No siempre calculan con exactitud los costes y beneficios de sus decisiones y seleccionan aquellas que presentan un mejor balance para sus propios intereses. Muchas veces su actuación no se responde exactamente con la de un *homo aeconomicus*.

El hecho de que esto sea así, sin embargo, no priva de interés y utilidad al análisis económico del Derecho, de un lado, porque aun cuando los modelos teóricos empleados incurran en simplificaciones y partan de premisas sobre la conducta humana que no siempre se corresponden exactamente con la realidad, pueden seguir teniendo muchas veces un alto poder explicativo y predictivo de los hechos. De otro lado, ha de señalarse que también existe la posibilidad de ajustar las teorías y sus premisas para reflejar los comportamientos irracionales de la gente, sobre todo si éstos son sistemáticos, previsibles y significativos.³

Al análisis económico del Derecho se le ha criticado que adopta una perspectiva reduccionista, al soslayar exigencias y valores, como los éticos,

² En castellano, vid., por ejemplo, MERCADO PACHECO (1994); GONDRA ROMERO (1997); CASTILLO FREYRE y VÁSQUEZ KUNZE (2008).

³ Vid., por ejemplo, VV.AA. (2000).

que no tienen índole económica. Esta crítica nos parece injustificada. No hay fines o valores económicos. La Economía es un instrumento neutral respecto de los fines. La Economía tan sólo trata de explicar y predecir qué ocurrirá en el plano de los hechos si tomamos determinadas decisiones jurídicas, y de precisar qué decisiones deberíamos adoptar si queremos alcanzar determinados resultados, si pretendemos satisfacer realmente, en la mayor medida de lo posible, determinados fines o valores, cualesquiera que éstos sean.

También se le ha reprochado a este paradigma científico su sesgo ideológico, su querencia a la exaltación del capitalismo neoliberal. Tampoco nos parece que este reproche esté justificado. Nadie discute que algunos de los más conspicuos miembros de esta escuela de pensamiento puedan estar afectados por semejante sesgo, pero ello no significa que la perspectiva económica sea de derechas, ni tampoco de izquierdas. La economía es en sí misma ideológicamente neutra.

IV. EL CONCEPTO DE CULPA (O NEGLIGENCIA) DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Cualquier parcela del ordenamiento jurídico puede ser analizada desde una perspectiva económica. El Derecho laboral, el constitucional, el administrativo, el mercantil, el procesal, el penal, etc. No hay ámbitos jurídicos inasequibles a este tipo de análisis. El Derecho de daños es, no obstante, seguramente el campo donde más profusamente se ha empleado, más se ha desarrollado y mayores éxitos prácticos ha alcanzado el mismo. Resulta por ello especialmente apropiado para ilustrar las bondades y defectos del referido paradigma. Veamos, a modo de ejemplo, que puede aportar éste a la resolución de dos acuciantes problemas planteados en dicho ámbito.

El primero es el de precisar cuándo puede afirmarse que una actuación imputable a la Administración incurre en culpa o negligencia. La negligencia consiste en la *infracción de un deber de cuidado* o, como dice el artículo 1104.I del Código civil español, en “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Se actúa negligentemente cuando no se adoptan ciertas medidas dirigidas a prevenir daños que deberían haberse adoptado.

La cuestión clave es precisar hasta dónde llega el nivel de cuidado exigible, cuáles son las precauciones que deberían haberse tomado, porque parece claro que ese nivel ha de tener un límite: no resulta razonable exigir a una persona que tome todas las medidas que permiten reducir la probabilidad de provocar accidentes.

Desde un punto de vista económico, la respuesta es bien sencilla. Resulta económicamente racional exigir a una persona la adopción de medidas precautorias dirigidas a prevenir daños, pero sólo hasta el punto en el que el beneficio social marginal que reportan (B'), producto de los daños que con ellas se evitan (D') por la probabilidad de evitarlos adoptándolas (p'), es igual a su coste social marginal (C'). Se actúa negligentemente cuando las medidas preventivas adoptadas quedan por debajo del referido punto óptimo⁴. Existe negligencia cuando se omite una medida de seguridad cuyo beneficio marginal ($B' = p' \cdot D'$) es superior a su coste marginal (C'):

$$B' > C'$$

O lo que es lo mismo:

$$p' \cdot D' > C'$$

Ilustremos con un ejemplo esta definición. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Secc. 6^a) de 21 de diciembre de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 156/2004) viene a discutirse si constituye una actuación de la Administración negligente el no señalar, mediante una pegatina, una puerta fija de cristal sumamente transparente por la que parecía accederse a un edificio público. El Tribunal Supremo viene a dar una respuesta afirmativa:

“El examen de las circunstancias en que se produjo el accidente revela que la especial disposición del vestíbulo, en la que se unían dos circunstancias no habituales (tener que trasponer dos puertas sucesivamente y la existencia de un cristal diáfano abierto a la calle en un lado sin correspondencia en el otro lado) implica por sí sólo un *elemento de anormalidad* en el servicio público, dado que en el acceso a los organismos de la administración abiertos

⁴ Vid., a título ilustrativo, WITTMAN (2006), pp. 142 y ss.

al público y a los que concurren por razón de necesidad gran cantidad de personas de diversa índole, condición y circunstancias es imprescindible que se tomen medidas de protección especialmente escrupulosas, y *en el caso examinado se omitió la precaución habitual* de establecer en el vidrio cualquier elemento visible para evitar la posible confusión con una vía de salida a la calle en caso de no advertir la presencia del cristal quien no estuviera habituado a dicho tipo de vestíbulos o tuviera alguna limitación visual y no prestara una atención excesiva” [las cursivas son nuestras].

El análisis económico del caso confirma que la Administración actuó negligentemente, al omitir una precaución, consistente en señalar la puerta de cristal con una pegatina, cuyo beneficio social marginal (B') era superior a su coste social marginal (C'). Es evidente que el producto resultante de multiplicar los daños para los usuarios del edificio que se evitan al colocar en la puerta la pegatina (D') por la reducción de la probabilidad de que se produzcan esos daños como consecuencia de esa señalización (p') es muy superior al coste social de la pegatina (C'). No hay duda alguna de que $B' = p' \cdot D' > C'$

Nótese que si (1) se define así el concepto de negligencia, (2) se hace responder a la Administración sólo cuando haya causado un daño negligentemente y (3) el importe de las correspondientes indemnizaciones coincide exactamente con el valor de los daños ocasionados, la Administración tenderá a conducirse con un nivel de cuidado socialmente óptimo. Adviértase que, si concurren las tres referidas circunstancias, a la Administración le saldrá más barato actuar diligentemente, colocar la pegatina (C'), que pagar las indemnizaciones por los choques contra la puerta que se podían haber evitado con aquella (B'). Por otro lado, en tales circunstancias, la Administración no tiene en principio incentivos para tomar medidas de precaución ineficientes, cuyos beneficios sociales marginales (B') son inferiores a sus costes sociales marginales (C'), pues no responde civilmente de los daños que se hubieran evitado adoptando dichas precauciones.

V. LA ELECCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Otra cuestión sumamente controvertida, al menos en algunos ordenamientos jurídicos como el español, es la de si la responsabilidad civil de las Administraciones públicas debería ser objetiva o por culpa. También aquí el análisis económico del Derecho puede arrojar alguna luz.

La solución del problema pasa por precisar cuál de los dos sistemas, en cada caso, crea los incentivos adecuados para que las personas concernidas actúen de manera que se maximice el bienestar social. Habrá que ver, pues, qué regla permite en cada supuesto minimizar la suma de todos los costes sociales engendrados por los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, a saber, los derivados de: las pérdidas y las ganancias frustradas que las víctimas experimentan cuando sufren un daño (costes primarios); el riesgo de soportar o reparar un daño al que están sujetos, respectivamente, la víctima y el responsable del mismo (costes secundarios); y los recursos consumidos en prevenir, asegurar y reparar los daños (costes terciarios).⁵ Habrá que determinar cómo influye la elección de la correspondiente regla sobre los costes de gestión del sistema, sobre los costes derivados del riesgo de soportar los daños, sobre los niveles de cuidado eficientes y sobre los volúmenes óptimos de actividad de los implicados.

*V.1. Ventajas y desventajas de los regímenes
de responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa*

a) Costes de gestión

Resulta dudoso que la aplicación de una u otra regla resulte preferible desde el punto de vista de la minimización de estos costes.⁶ Y, desde luego, no disponemos de la necesaria información empírica para efectuar una afirmación fiable al respecto. La responsabilidad objetiva tiene aquí varias *ventajas*: 1ª) simplifica los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial, por cuanto en ellos no hace falta examinar si la Administración actuó con la diligencia debida, sino que “tan sólo” hay que verificar si causó los daños considerados; 2ª) hace más predecible el resultado de estos procedimientos, lo que seguramente reduce la litigiosidad; y 3ª) evita los errores judiciales que puedan cometerse al juzgar si la Administración actuó diligente o negligentemente. Pero también tiene una importante *desventaja* que puede pesar tanto o más que aquéllas: resulta esperable que la responsabilidad objetiva dé lugar a un mayor número de reclamaciones y, por lo tanto, de pleitos. Además, el juicio de imputación que hay que realizar

⁵ Vid. CALABRESI (1970).

⁶ Vid. S. SHAVELL (2004), pp. 282 y 283.

cuando se aplica el canon de la responsabilidad objetiva no es significativamente menos complejo y costoso que el juicio relativo a la diligencia con la que actuó la Administración.⁷

b) Costes derivados de soportar el riesgo de los daños

Pudiera pensarse que la responsabilidad objetiva es preferible desde esta perspectiva, en la medida en que hace recaer el riesgo de ciertos daños—los provocados por el correcto funcionamiento de los servicios públicos—sobre la Administración, que ordinariamente es menos aversa al riesgo que las víctimas y, por lo tanto, puede soportarlo mejor que ellas. Pero debe señalarse que los sistemas de seguros públicos y privados permiten asegurar y compensar daños de una manera más eficiente que la responsabilidad objetiva,⁸ por lo que el criterio de la culpa, combinado con tales sistemas, probablemente resulte más ventajoso en este punto.

Los procedimientos que hay que tramitar para cobrar una indemnización en virtud de un seguro son mucho menos costosos que los procedimientos administrativos y, en su caso, contencioso-administrativos que hay que seguir para exigir responsabilidad patrimonial a una Administración pública.

c) Influencia sobre el nivel óptimo de cuidado

Si los Tribunales, las víctimas y los agentes administrativos pudieran determinar, sin equivocarse, cuándo se ha actuado negligentemente y cuál es la cuantía de la indemnización debida en cada caso, tanto el canon de la culpa como el de la responsabilidad objetiva, combinados con una regla que exonerase a la Administración si obró diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, constituirían en principio los incentivos adecuados para que ambas se comportasen con el nivel de cuidado socialmente óptimo. Aplicar un criterio u otro resultaría irrelevante a estos efectos.⁹

El problema es que estas supuestas condiciones no suelen darse en la práctica. Muchas veces resulta difícil, cuando no imposible, precisar a

⁷ GONZÁLEZ POMAR (2001), p. 2.

⁸ Vid. MIR PUIGPELAT (2002), pp. 242 y ss.

⁹ Cfr. SHAVELL (2004), pp. 177 y ss.

ciencia cierta: el nivel de cuidado óptimo; el nivel de cuidado realmente empleado por la Administración; y la magnitud de los daños ocasionados. Y los errores aquí cometidos pueden llevar a la adopción de medidas de seguridad insuficientes –v. gr., si se infravaloran tales daños– o excesivas –v. gr., si éstos se sobrevaloran–. En estas situaciones de información imperfecta, la aplicación de una regla u otra podría llevar a consecuencias diferentes. Así, cuando la Administración está en mejor posición que los Tribunales para determinar si ha actuado con la diligencia debida y cuál es la entidad de los daños causados, la responsabilidad objetiva parece a primera vista preferible.¹⁰ Veamos por qué.

Bajo un régimen de responsabilidad objetiva, la incapacidad de los jueces para determinar el nivel óptimo de cuidado se vuelve prácticamente irrelevante. El protagonismo corresponde aquí a la Administración. Ésta tenderá a adoptar medidas de seguridad hasta el punto en el que, a su entender, lo que le cuesta marginalmente adoptarlas –que en principio coincide con lo que le cuesta a la sociedad– es igual al beneficio marginal derivado de adoptarlas –coincidente con los daños que la sociedad se ahorra–. Si la Administración no se equivoca al precisar ese punto, actuará de manera real y perfectamente eficiente. Y el grado de eficiencia será tanto más elevado cuanto menor sea el riesgo de que cometa un error.

¿Qué pasaría si en estos casos, donde los Tribunales están peor situados que la Administración para precisar el punto óptimo de precaución, se aplicara la responsabilidad por culpa? Supongamos, por ejemplo, que las probabilidades de que la Administración se equivoque, por exceso o por defecto, al precisar en cada caso dicho punto son, respectivamente, del 5% y del 5%; que las probabilidades análogas referidas a los Tribunales son del 25% y del 25%; y que la magnitud de los errores cometidos por cualquiera de ellos es siempre idéntica, de manera que todos los que se equivocan por exceso consideran óptimo el mismo nivel de precaución, y lo propio hacen quienes yerran por defecto. Vamos a suponer también que la Administración responde de *todos* los daños causados cuando actúa negligentemente, no sólo de aquellos que se hubiesen evitado si hubiese obrado diligentemente. Imaginemos, por ejemplo, que la Administración comete la negligencia de no instalar un mecanismo que reduce (sin eliminar) la cantidad de chispas

¹⁰ Vid., en sentido parecido, SHAVELL (2004), p. 229.

que emiten las ruedas de un tren de su propiedad y que, consiguientemente, reduce el número de incendios provocados por las mismas. Pues bien, cometida esa negligencia, los Tribunales condenarán a la Administración a resarcir los daños derivados de *todos* los incendios engendrados por tales chispas, y no sólo los ocasionados por los incendios que se hubiesen evitado si se hubiera instalado el referido mecanismo.¹¹ Vamos a suponer también que esta circunstancia llevará a la Administración a acomodarse *siempre* al estándar de diligencia que fijen los Tribunales, con el fin de evitar responder de todos aquellos daños, aun cuando considere que se trata de un estándar ineficiente, excesivamente precavido.

En tales circunstancias, si los Tribunales fijaran un nivel de cuidado excesivamente bajo, la Administración acomodaría siempre su actuación al mismo, pues así se ahorraría cualquier indemnización, sin necesidad de incurrir en los costes que le supondría la adopción de medidas de seguridad adicionales. La probabilidad de que se produjese tal ineficiencia sería, pues, del 25%. Si los Tribunales fijaran un nivel de precaución demasiado alto, lo cual ocurrirá un 25% de las veces, la Administración también se ajustará al mismo, por las razones expuestas. Si los Tribunales acertaran al determinar el grado de cuidado exigible, la Administración lo observará igualmente.

Nótese que en tales circunstancias la responsabilidad objetiva resulta *ceteris paribus* preferible a la responsabilidad por culpa: mientras la primera provoca que la Administración actúe ineficientemente un 10% de las veces,¹² la segunda hace que ese porcentaje sea del 50%.¹³

Supongamos ahora que las probabilidades de que los Tribunales se equivoquen por exceso o por defecto son, respectivamente, del 5% y del 5%, mientras que las probabilidades de que la Administración haga lo propio, independientes de las anteriores, son del 25% y del 25%. Aplicar en este contexto el canon de la responsabilidad objetiva provocaría que la actuación administrativa resultara ineficiente en un 50% de las ocasiones.¹⁴ El criterio

¹¹ Tomamos el ejemplo de COOTER y ULEN (2007), p. 343.

¹² 5% + 5%.

¹³ 25% + 25%.

¹⁴ 25% + 25%.

de la culpa, en cambio, haría que ese porcentaje se redujera significativamente, hasta un 10%.¹⁵

Así las cosas, pudiera pensarse que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta preferible desde este punto de vista, si presumimos que nadie mejor que la Administración causante de los daños puede saber cuáles son los costes y beneficios que encierran tanto su actividad como las medidas preventivas que cabe adoptar. Sin embargo, no hay que descartar que desde esta perspectiva la mejor regla sea justamente la contraria: la de la culpa. La razón es que la aplicación del canon de la responsabilidad objetiva no permite, en principio, que la información que cada Administración posee sobre su nivel óptimo de cuidado —que puede ser muy similar al de otras organizaciones, públicas o incluso privadas, que realizan actividades análogas— “aflore” y pueda ser conocida por terceros. En los pleitos en los que se juzga sobre su responsabilidad objetiva no hace falta analizar si la Administración actuó diligente o negligentemente, si adoptó o no las debidas precauciones, por lo que estas cuestiones tienden a quedar ocultas. Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, en cambio, los Tribunales deben analizar y responder a estas cuestiones constantemente, con la ayuda interesada no sólo de la Administración, sino también de las víctimas y, eventualmente, incluso de terceras personas. Y las conclusiones a las que hayan llegado en un asunto concreto pueden ser extrapoladas, *mutatis mutandi*, a otros análogos. La información generada en un litigio en el que ha sido parte una Administración puede ser aprovechada para ulteriores casos por ésta y otras Administraciones, por las futuras víctimas y, en general, por cualquier interesado.¹⁶

Imaginemos, a modo de ejemplo, que el Tribunal Supremo declara por primera vez que los servicios sanitarios de una Comunidad Autónoma debían haber utilizado en una operación quirúrgica cierta nueva tecnología,

¹⁵ 5% + 5%.

¹⁶ Vid. FEES y WHOLSCHLEGEL (2006), pp. 63 y ss.; SCHÄFER y MÖLLER LANGER (2009), pp. 27 y ss.; SHER (2007), pp. 335 y ss. En sentido similar, O. MIR PUIGPELAT (2002), p. 238, considera que la responsabilidad objetiva de la Administración no cumple adecuadamente la función de control que sí satisface su responsabilidad por culpa, pues sólo ésta permite analizar judicialmente si los servicios públicos han funcionado de manera correcta o incorrecta, y reprobar su funcionamiento anormal.

hasta entonces poco conocida, a fin de reducir eficientemente determinados riesgos. La publicidad de la correspondiente sentencia propiciará que las víctimas de daños semejantes puedan alegar la no incorporación de esa mejora tecnológica a fin de fundamentar sus acciones de responsabilidad, y que los servicios sanitarios públicos de esa y otras Comunidades autónomas, así como las empresas privadas que llevan a cabo operaciones análogas, conozcan e incorporen esa mejora tecnológica, a fin de evitarse futuras reclamaciones.

Esa *función informativa de la responsabilidad por culpa* resulta especialmente importante cuando una organización —v. gr., una Administración pública— responde vicariamente de los daños ocasionados por sus agentes. Éstos pueden ocultar a sus superiores información acerca de su capacidad y cualidades, o acerca del esfuerzo o nivel de cuidado con el que desempeñan sus funciones. Ello entraña el riesgo (*moral hazard*) de que los agentes actúen en el ejercicio de sus cargos oportunamente, en su propio beneficio y no en el de la organización para la que trabajan, de que omitan la diligencia debida. Pues bien, la regla de la responsabilidad por culpa permite analizar en los correspondientes procesos si los agentes han actuado correcta o incorrectamente, permite a la Administración responsable conseguir valiosa información relativa a la diligencia con la que éstos se han empleado, información que puede ser utilizada para controlarlos y asegurar el cumplimiento cabal de sus obligaciones, por ejemplo a través de un adecuado ejercicio de la potestad disciplinaria.

Cabe sostener que la responsabilidad objetiva tiene la ventaja de que produce un benéfico *efecto descentralizador o autoselectivo*. Si existe heterogeneidad entre los agentes causantes de los daños, es probable que sus respectivos costes y niveles óptimos de precaución sean asimismo heterogéneos, que varíen en función de los individuos. Piénsese, por ejemplo, en las medidas de prevención de riesgos laborales: algunas resultan eficientes si se adoptan por las grandes empresas, pero tienen un coste desmesurado para las de menor tamaño, por lo que sólo son obligatorias para las primeras y no para las segundas.¹⁷ Pues bien, la responsabilidad objetiva, por las razones antes expuestas, propicia que cada uno de los sujetos escoja el nivel

¹⁷ Vid., a título ilustrativo, los arts. 2.4, 11.1.a), 14 y 29.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención (aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero).

de precaución que resulta socialmente óptimo en su caso concreto. En la responsabilidad por culpa, en cambio, los Tribunales no pueden fijar un nivel de cuidado específico para cada persona, sino que han de contentarse con establecer un estándar medio, que pecará por defecto en algunos casos y por exceso en otros, es decir, que no llegará al punto que sería óptimo respecto de ciertos agentes y que excederá del preferible en relación con otros.

Cabe replicar, no obstante, que muchas veces el legislador y los Tribunales pueden fijar diferentes niveles óptimos de cuidado aplicables a diferentes grupos de agentes relativamente homogéneos.¹⁸ Y, en concreto, debe notarse que, por regla general, resulta perfectamente factible establecer distintos estándares para los diversos tipos de Administraciones públicas que ejercen potestades equivalentes. No parece que aquí exista una heterogeneidad insuperable.

En suma, no creemos que pueda afirmarse concluyentemente que uno de los dos criterios resulte siempre preferible al otro en la medida en que induce la adopción de niveles de cuidado socialmente más eficientes. Con todo, el hecho incuestionable de que la responsabilidad por culpa tenga una vigencia dominante, tanto en el ámbito público como en el privado, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno,¹⁹ puede tomarse como un indicio de que normalmente se trata del canon superior. Aunque el Derecho comparado nos indica igualmente que esta regla general debería excepcionarse para determinados tipos de actividades.

d) Influencia sobre el nivel óptimo de actividad

La elección de la regla aplicable sí influirá significativamente sobre el volumen—frecuencia, duración, intensidad, etc.—de las actividades llevadas a cabo respectivamente por la Administración y las potenciales víctimas.²⁰ En un régimen de responsabilidad objetiva, es aquélla la que soporta el riesgo

¹⁸ SCHÄFER y MÜLLER LANGER (2009), p. 25. Por lo demás, y como señala MICELI (2006), pp. 349 y ss., también es posible configurar, al menos sobre el papel, algunos sistemas culpabilísticos que induzcan ese efecto autoselectivo.

¹⁹ Vid. MIR PUIGPELAT (2002), pp. 154 y ss. y 199 y ss.

²⁰ Vid., *mutatis mutandi*, SHAVELL (2004), pp. 193 y ss.

de los daños causados a pesar del correcto funcionamiento de los servicios públicos. La introducción de este régimen, en consecuencia, aumentará los costes que a la Administración le acarrea prestar el correspondiente servicio, lo que en buena lógica provocará una disminución del volumen de la prestación; tendrá un cierto efecto inhibitorio, paralizante.²¹ En un régimen culpabilístico, aquel riesgo recae sobre las víctimas, por lo que su implantación supondrá para ellas un encarecimiento de la actividad que ha suscitado la intervención administrativa dañosa, lo que seguramente hará que reduzcan dicha actividad.

La cuestión es cuál de los dos niveles de actividad, el de la Administración o el de los particulares, conviene controlar. La clave es averiguar cuál de los dos siguientes peligros resulta más grave para los intereses generales: el consistente en que la Administración eleve el volumen de una determinada

²¹ Los Tribunales comunitarios exigen, para declarar la responsabilidad civil de la Unión Europea o de los Estados miembros, que éstos hayan incurrido en una suerte de culpa grave (en una “infracción suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario). Para justificar este requisito se argumenta que: el ejercicio de la función legislativa “no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares” [STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5)]; se persigue “que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas no menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general” [STG de 3 de marzo de 2010 (*Artegodan*, T-429/05, § 55)]. Estos argumentos han sido esgrimidos también por el Tribunal Supremo español para defender análoga doctrina: “Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones” [STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993; RJ 987)]; “una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes” [STS de 14 de julio de 2008 (rec. 289/2007; RJ 3432)]. Según Blasco Esteve, “si toda ilegalidad que causara un perjuicio abriera derecho a reparación, podría paralizarse la vida administrativa, o al menos podría disminuir hasta niveles inferiores a lo que demanda en la actualidad el cuerpo social. La Administración, ante la posible comisión de una ilegalidad que acarrearía consecuencias indemnizatorias, se abstendría de actuar en muchas ocasiones, desatendiendo gran parte de las funciones... que el ordenamiento le señala. De esa inactividad también podría surgir entonces responsabilidad, pero en el momento actual parece aún más difícil que nuestros Tribunales condenen a la Administración por daños causados por su inactividad que por su actividad positiva” (BLASCO ESTEVE, 1985, p. 221).

actividad suya por encima de lo que sería socialmente óptimo, o el consistente en que las potenciales víctimas hagan lo propio.

Consideramos que para responder a esta cuestión habrá que tener en cuenta la probabilidad, la magnitud y el carácter –positivo o negativo– de las externalidades que pueden engendrar las actividades diligentemente realizadas, respectivamente, por la Administración y por las potenciales víctimas. Si las externalidades negativas netas –una vez compensadas las positivas– que cabe esperar de una actuación administrativa exceden de las externalidades negativas netas que probablemente engendre la actuación de las potenciales víctimas, convendrá aplicar la regla de la responsabilidad objetiva. En caso contrario, será preferible el canon de la culpa.²² Veamos por qué.

Se produce una externalidad negativa cuando la acción de un agente reduce el bienestar de otras personas, sin que aquél cargue con el coste de la reducción. El coste marginal para el agente de su actuación es, por consiguiente, inferior al coste marginal que la misma tiene para la sociedad en su conjunto. Al no “pagar” por todos los perjuicios y riesgos que engendra, dicho sujeto tenderá a elevar su nivel de actividad por encima del que sería socialmente óptimo. Este problema, no obstante, puede ser corregido “internalizando” dichos costes, por ejemplo mediante el establecimiento de tributos que graven dicha actividad.²³

Se produce una externalidad positiva cuando la acción de un agente incrementa el bienestar de otras personas, sin que aquél obtenga una recompensa por ello. El beneficio marginal que para el agente se deriva de su actuación es, por consiguiente, inferior al beneficio marginal que ésta supone para la sociedad. Al no ser recompensado por todos los beneficios que produce, este sujeto tenderá a mantener su actividad por debajo de lo que sería deseable para la comunidad. Este problema puede ser remediado

²² En sentido similar, vid. KIM (2006), pp. 95 y ss., y, sobre todo, el esclarecedor estudio de HYLTON (2008), pp. 153 y ss.

²³ Vid., por ejemplo, PINDYCK y RUBINFELD (2001), pp. 649 y ss.

“internalizando” dichos beneficios, por ejemplo mediante la concesión de subvenciones u otras medidas de fomento.²⁴

Es claro que las diversas actuaciones diligentes de las Administraciones públicas y de las víctimas cuya conjunción causa daños pueden generar externalidades positivas o negativas, que pueden recaer sobre cualquiera de ambas o sobre terceras personas. Pues bien, resulta razonable que el coste de los referidos daños deba ser soportado por aquel —ora la Administración ora la víctima— cuya actividad produzca mayores externalidades negativas netas, pues de esa manera se internalizan en mayor medida las mismas y se minimiza el coste social que supone la reducción del volumen de la actividad considerada²⁵. Este criterio, por lo demás, vendría a coincidir con el del *cheapest cost avoider* propuesto por algunos autores: de un daño ha de responder la persona que pudo haberlo evitado con el menor coste social²⁶. En este caso, dicha persona es aquella cuya actividad genera peores externalidades negativas netas y, por lo tanto, aquella que puede reducir el nivel de su actividad y, a la postre, el riesgo de que se produzcan tales daños, con el menor coste para la comunidad.

V.2. Actividades administrativas respecto de las cuales resulta pertinente la responsabilidad por culpa

Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que la Administración tiene encomendada la función de controlar *ex ante* —v. gr., mediante un procedimiento de autorización— o *ex post* una actividad privada peligrosa para el orden público —v. gr., la comercialización de medicamentos, la urbanización de terrenos, la construcción de edificios, el ejercicio de ciertas profesiones, el funcionamiento de instalaciones industriales, etc.— al objeto de determinar en qué medida resulta esta actividad compatible con el ordenamiento jurídico y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar o

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ En determinados casos, no obstante, la solución óptima tal vez pudiera ser la responsabilidad objetiva *limitada*. En concreto, cuando la responsabilidad de la Administración por *todos* los daños ocasionados sin mediar negligencia pudiera reducir su volumen actividad por debajo del nivel socialmente óptimo y elevar el de las víctimas por encima de lo socialmente deseable.

²⁶ Vid. GILLES (1992), pp. 1291 y ss.

restablecer la legalidad amenazada o conculcada. Aplicar aquí el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que se relajen excesivamente aquellos controles públicos, de que la Administración se inhiba demasiado en estos ámbitos y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de tales actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla de la culpa genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que éstas no alcancen el nivel de realización que sería deseable para la comunidad, pero estas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa, por varias razones.

Esos controles públicos suelen crear importantes externalidades positivas, engendran beneficios para personas que no pagan por ellos, ni votan, a las autoridades administrativas que los ejercen. Las actividades privadas sujetas a control, en cambio, no generan tan frecuentemente externalidades positivas, sino más bien negativas. No por casualidad están sometidas a tales controles.

El riesgo de una excesiva intervención pública, que limite demasiado el libre desarrollo de estas actividades riesgosas, puede ser combatido a través de otros medios distintos de la responsabilidad objetiva de la Administración. Las personas afectadas siempre pueden impugnar y, si convencen a los Tribunales, obtener la anulación de las disposiciones y actos administrativos que restrinjan desproporcionada o ilegalmente sus derechos, así como conseguir el reconocimiento y el restablecimiento de los mismos.

El riesgo de que el control administrativo resulte insuficiente y, correlativamente, de que el volumen de las actividades privadas peligrosas supere el socialmente óptimo no puede combatirse tan fácilmente a través de mecanismos judiciales dirigidos a declarar, hacer cumplir o restablecer la legalidad²⁷. En primer lugar, porque el Derecho procesal vigente sigue ofreciendo mayores facilidades para impugnar las actuaciones positivas de la Administración que su inactividad. El diseño tradicional del recurso contencioso-administrativo, que aún hoy arrastramos en buena medida, está

²⁷ Recordemos la observación de Blasco Esteve: "en el momento actual parece aún más difícil que nuestros Tribunales condenen a la Administración por daños causados por su inactividad que por su actividad positiva" (BLASCO ESTEVE, 1985, p. 221).

pensado para tutelar judicialmente la libertad de los ciudadanos frente a las agresiones provenientes de la Administración, no frente a sus omisiones. Lo que se quiere prevenir es, principalmente, un “exceso de poder”, no un insuficiente ejercicio del mismo. Nótese que la consagración expresa en nuestra legislación de un recurso específico contra la inactividad administrativa no ha tenido lugar hasta 1998, y en unos términos ciertamente poco generosos.²⁸

Debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que los costes sociales derivados de una excesiva intervención administrativa son soportados, al menos hasta cierto punto, por un grupo relativamente reducido de personas —v. gr., las empresas farmacéuticas—,²⁹ cada una de las cuales tiene, por ello, importantes alicientes económicos para presionar, judicial o extrajudicialmente, a las autoridades reguladoras a fin de protegerse contra las ilegalidades administrativas que les perjudican, contra los referidos excesos. Los costes ocasionados por un control administrativo insuficiente, por el contrario, quedan normalmente dispersos entre un grupo más numeroso de individuos —v. gr., los usuarios de medicamentos—, lo que probablemente provocará que éstos no presionen a la Administración tan fuertemente como sus antagonistas. Muchos no se verán perjudicados con la intensidad suficiente como para que les salga a cuenta impugnar las omisiones ilegales de la Administración, pues la ventaja que cada uno de ellos puede esperar si reacciona será reducida en comparación con lo que le cuesta reaccionar. Al constituir un grupo más numeroso que el de sus contrarios, organizarse para constituir un *lobby* les será más difícil, tendrán menos incentivos económicos para ello, les será más complicado solucionar el problema de los “gorriones” o “polizones” (*free riders*): quienes presionan a la Administración para que reduzca o incremente los controles soportan normalmente todos los costes de las maniobras realizadas a estos efectos, pero sólo obtienen una parte de los beneficios, pues de tales maniobras se aprovechan también otros ciudadanos que se hallan en una situación análoga, lo que puede dar pie a que algunos interesados eludan contribuir a dichas actividades de presión confiando en que otros las llevarán a cabo. Parece claro que este problema

²⁸ Vid. el art. 29 de la Ley Nº 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

²⁹ Ello no quita que, en ocasiones, dichos individuos puedan repercutir una parte, mayor o menor, de esos costes sobre otros sujetos, v. gr., sus clientes.

tendrá una solución más factible cuanto más pequeño sea el número de los miembros potenciales del *lobby*³⁰.

V.3. Actividades administrativas respecto de las cuales resulta pertinente la responsabilidad objetiva

Resulta probable que el régimen más conveniente para otros tipos de actividad administrativa sea, por el contrario, el de la responsabilidad objetiva, en tanto en cuanto sus externalidades negativas netas seguramente superan a las originadas por la actividad de los particulares que suscita la intervención administrativa dañosa.

Pensemos en el ejercicio de la potestad sancionadora. Imaginemos una empresa que ha comercializado un medicamento cuyos riesgos probablemente superan a sus beneficios terapéuticos, incurriendo así en una infracción administrativa. Cuando hablamos del ejercicio de la potestad de retirar este producto del mercado, parece preferible equivocarse por el lado del exceso que por el del defecto; mejor pasarse que no llegar. Pero, si se trata del ejercicio de la potestad sancionadora, da la impresión de que la solución contraria resulta más acertada. Es mucho más peligroso para la salud de los consumidores dejar en el mercado un fármaco cuyo balance beneficio-riesgo es negativo que no sancionar a la empresa titular del medicamento. Resulta mucho más lesivo para la salud pública permitir que siga siendo actualmente amenazada o menoscabada que correr el riesgo de que, en un futuro más o menos lejano, pueda ser objeto de amenazas o menoscabos análogos. Desde el punto de vista de los daños que se le pueden ocasionar a la empresa farmacéutica, la comparación depende de la magnitud de la sanción considerada y de los perjuicios que le pueda causar la retirada del medicamento, pero cabe afirmar que, por lo general, los excesos producidos en el ejercicio de la potestad sancionadora pueden resultarles tan perjudiciales o más que los originados por la retirada.

Es preferible que las equivocaciones se cometan por el lado de castigar demasiado poco que por el lado de castigar excesivamente. Sancionar a

³⁰ Vid., entre otros, STIGLER (1971), pp. 3 y ss.; ELHAUGE (1991), pp. 35 y ss.

un inocente resulta mucho peor que dejar sin castigo a un culpable.³¹ La singular intensidad que revisten las garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal responden seguramente a esta idea: piénsese, a título ilustrativo, en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*,³² manifestaciones del más amplio principio *favor rei*.³³ Al menos dos razones justifican este sesgo.

La primera es que el coste que para la sociedad se deriva de sancionar a un inocente —es decir, de cometer lo que los estadísticos denominan un error tipo I— supera el derivado de absolver a un culpable —error tipo II—.³⁴ En efecto, estos últimos errores merman, ciertamente, la eficacia preventiva de la norma sancionadora, en la medida en que disminuyen la probabilidad de que los culpables sean sancionados, lo que hace que a estos les salga más rentable cometer infracciones. Pero debe notarse que los errores tipo I también reducen esa eficacia preventiva, por cuanto disminuyen el atractivo que tiene respetar el ordenamiento jurídico, hacen que mengüen las diferencias económicas existentes entre ser culpable e inocente.³⁵ Además, estos errores tipo I encierran los mismos costes que inexorablemente conllevan cualesquiera sanciones, incluso las impuestas legalmente a personas culpables: los que supone la tramitación del procedimiento sancionador y, sobre todo, los causados por la propia sanción. Téngase en cuenta, respecto de esto último, que todas las sanciones constituyen un mal en sí mismo, pueden provocar graves externalidades negativas, no sólo para los sujetos sancionados, que desde luego, sino también para terceros: repárese, por ejemplo, en las demolidoras consecuencias que para los trabajadores, proveedores y acreedores de una empresa puede tener la sanción de cierre prevista en algunas leyes.

³¹ Esta idea ha sido formulada, en estos u otros términos, por varios autores a lo largo de la historia. Vid. VOLOKH (1997), pp. 173 y ss.

³² Vid. RUSCONI (1998), pp. 44 y ss.

³³ Como han señalado, entre otras, las SSTC 63/1993, de 1 de marzo (FJ 4), y 137/2005, de 23 de mayo (FJ 3). Sobre este principio, vid., por ejemplo, FERRAJOLI (1995), pp. 60, 105, 107, 152, 164 y ss., 382 y 405.

³⁴ Para más detalles, vid. RIZZOLI y SARACENO (2010).

³⁵ Vid., entre otros, POLINSKY y SHAVELL (2007), pp. 427 y ss.; FON y SCHÄFER (2007), pp. 269 y ss. Lando, sin embargo, considera que este efecto no se produce cuando el error afecta a la identidad del infractor, mientras que en otros casos dicho efecto tiene escasa entidad. LANDO (2006), pp. 327 y ss.

Debe notarse, igualmente, que si las personas son aversas al riesgo, como suele ocurrir, el riesgo de sufrir una condena injusta les producirá, *ceteris paribus*, un malestar superior al bienestar derivado de la posibilidad de ser absueltos improcedentemente. Es por todo ello muy razonable estimar que aquí los errores tipo I son peores para la sociedad que los errores tipo II.

Una segunda razón es que la probabilidad de que los poderes públicos titulares del *ius puniendi* estatal abusen por exceso de esta potestad es, seguramente, superior a la probabilidad de que abusen por defecto, dejando de ejercerla arbitraria o caprichosamente. Esta tesis, que ya puede sostenerse en relación con las sanciones penales,³⁶ tiene mayor verosimilitud si cabe respecto de las administrativas, especialmente de las multas, en la medida en que la Administración competente para imponerlas suele ser también la beneficiada por la transferencia de riqueza que representan, lo que genera incentivos perversos que pueden conducir a que esta potestad se ejerza desviadamente con fines recaudatorios o incluso privados.

No sorprende, pues, que el Tribunal Supremo tienda a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados al ejercer ilegalmente su poder sancionador, aun cuando la ilegalidad no sea fruto de una negligencia.³⁷

La STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1214) declara el derecho del actor a ser indemnizado por los perjuicios que le había ocasionado la ejecución de una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo incurrida en desviación de poder.

La STS de 22 de febrero de 1993 (rec. 10161/1990; RJ 542), relativa a la suspensión improcedente de unas obras, dictada como consecuencia de la supuesta comisión de una infracción urbanística grave, estima que la afectada no tenía la obligación de soportar la actuación dañosa, "al haber devenido ilegal según las sentencias pronunciadas".

³⁶ Vid. HYLTON y KHANA (2007), pp. 61 y ss.

³⁷ Pudiera verse una excepción en la STS de 10 de mayo de 2010 (rec. 610/2006; JUR 192287), relativa a la anulación, por un motivo de forma, de una "sanción" de expulsión del territorio nacional impuesta a un extranjero. Sin embargo, y como observa Huergo Lora, es muy discutible que estas medidas de expulsión tengan realmente carácter sancionador. HUERGO LORA (2007), pp. 352 y ss.

La STS de 17 de mayo de 1996 (RJ 5292) declara el derecho del recurrente ser indemnizado por los gastos de constitución y mantenimiento del aval bancario aportado para obtener la suspensión de la ejecución de una multa, luego anulada.

La STS de 10 de febrero de 1998 (rec. 496/1997; RJ 1786) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños que a la recurrente había ocasionado al imponerle, ilegalmente, la sanción de cierre de una sala de bingo.

La STS de 1 de febrero de 1999 (rec. 3924/1995; RJ 1506) declara la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados a un militar que había sido privado forzosamente de su libertad como consecuencia de un arresto disciplinario luego anulado en vía judicial.

La STS de 23 de abril de 2002 (rec. 480/1998; RJ 4254) condena a la Administración del Estado a resarcir al actor los daños y perjuicios originados por la constitución de un aval bancario prestado con el fin de obtener la suspensión de la ejecución de una multa luego declarada contraria a Derecho.

Véanse, también, las SSTS de 11 de marzo de 1999 (rec. 6616/1994; RJ 3035) y 13 de enero 2000 (rec. 7837/1995; RJ 659), relativas al cumplimiento de sendas sanciones de arresto disciplinario posteriormente anuladas; la STS de 16 de septiembre de 1999 (rec. 3816/1995; RJ 7746), relativa al cierre cautelar de un *pub* adoptado en un procedimiento que terminó con una sanción posteriormente anulada por haber prescrito la infracción; la STS de 18 de diciembre de 2000 (rec. 8669/1996; RJ 2001, 221), relativa al cierre cautelar de una discoteca adoptado en un procedimiento resuelto con una sanción luego anulada; la STS de 16 de febrero de 2009 (rec. 1887/2007; RJ 1238) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios causados al cerrar cautelarmente dos salas de bingo en el seno de sendos procedimientos resueltos con sendas sanciones ulteriormente anuladas.

Y el criterio de la responsabilidad objetiva es también el que se desprende del artículo 81.5 de la Ley General Tributaria, redactado conforme a la Ley N° 25/1995, de 20 de julio: "La Administración tributaria procederá a

reembolsar el coste de los avales aportados como garantía en la parte correspondiente a las sanciones impuestas, en cuanto éstas fueran declaradas improcedentes y dicha declaración adquiriera firmeza”.

BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO ESTEVE, A. (1985): *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, (Madrid, Civitas).
- CALABRESI, G. (1970): *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis* (New Haven, Yale University Press).
- CASTILLO FREYRE, M. y VÁSQUEZ KUNZE, R. (2008): *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil* (Aranzadi, Cizur Menor).
- COOTER, R. y ULEN, T. (2007): *Law and Economics* (Boston, Pearson).
- ELHAUGE, E.R. (1991): “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”, en *Yale Law Journal*, 101.
- FEES, E. y WHOLSCHLEGEL, A. (2006): “Liability and information Transmission: The advantage of negligence based rules”, en *Economic Letters*, 92.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta).
- FON, V. y SCHÄFER, H. B. (2007): “State Liability for Wrongful Conviction: Incentive Effects on Crime Levels”, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163.
- GILLES, S.G. (1992): “Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider”, en *Vanderbilt Law Review*, 78.
- GONDRA ROMERO, J.M. (1997): “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 226, pp. 1545-1672.
- GONZÁLEZ POMAR, P. (2001): “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en *Indret*, 1/2001.
- HURGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas* (Madrid, Iustel).
- HYLTON, K.N. y KHANA, V. S. (2007): “A Public Choice Theory of Criminal Procedure”, en *Supreme Court Economic Review*, 15.
- HYLTON, K.N. (2008): “A positive Theory of Strict Liability”, en *Review of Law and Economics*, 4.

- KIM, J.Y. (2006): "Strict liability versus negligence when the injurer's activity involves positive externalities", en *European Journal of Law and Economics*, 22.
- LANDO, H. (2006): "Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?", en *Journal of Legal Studies*, 35-2.
- MERCADO PACHECO, P. (1994): *Análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica* (Madrid, CEC).
- MERCURO, N. y MEDEMA, S.G. (2006): *Economics and the Law* (Princeton, Princeton University Press).
- MICELI, T. J. (2006): "On Negligence Rules and Self-Detection", en *Review of Law and Economics*, 2.
- MIR PUIGPELAT, O. (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid, Civitas).
- PINDYCK, S. y RUBINFELD, D.L. (2001): *Microeconomía* (traducc. Rabasco, E. y Toharia, L., Madrid, Pearson).
- POLINSKY, A.M. y SHAVELL, S. (2007): "The Theory of Public Enforcement of Law", en *Handbook of Law and Economics*, eds. A. M. Polinsky y S. Shavell, North Holland, Amsterdam, vol. I.
- POSNER, R. (2010): *Economic Analysis of Law* (New York, Aspen Publishers).
- RIZZOLI, M. y SARACENO, M. (2010). Better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer [en línea]: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430281.
- RUSCONI, M. A. (1998): "Principio de inocencia e "in dubio pro reo"", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 33.
- SCHÄFER, H. B. y MÜLLER LANGER, F. (2009): "Strict Liability Versus Negligence", en *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I. *Tort Law and Economics*, ed. M. Faure, Edward Elgar, Cheltenham.
- SHAVELL, S. (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Harvard University Press).
- SHER, N. (2007): "New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform", en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16.
- STIGLER, G. (1971): "The Theory of Economic Regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2.

- VOLOKH, A. (1997): “*n* Guilty Men”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 146.
- VV.AA. (2000): *Behavioral Law and Economics* (ed. C. R. Sunstein, Cambridge, Cambridge University Press).
- WITTMAN, D. (2006): *Economic Foundations of Law and Organization* (Cambridge University Press, Cambridge).

NORMAS CITADAS

- Ley Nº 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998.
- Ley General Tributaria, redactado conforme a la Ley Nº 25/1995, de 20 de julio de 1995.
- Reglamento de los Servicios de Prevención (aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero de 1997).

JURISPRUDENCIA CITADA (ESPAÑA)

- STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1214).
- STS de 22 de febrero de 1993 (rec. 10161/1990; RJ 542).
- STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993; RJ 987).
- STS de 17 de mayo de 1996 (RJ 5292).
- STS de 10 de febrero de 1998 (rec. 496/1997; RJ 1786).
- STS de 1 de febrero de 1999 (rec. 3924/1995; RJ 1506).
- STS de 23 de abril de 2002 (rec. 480/1998; RJ 4254).
- STS de 16 de septiembre de 1999 (rec. 3816/1995; RJ 7746).
- STS de 18 de diciembre de 2000 (rec. 8669/1996; RJ 2001, 221).
- STS de 21 de diciembre de 2004 (156/2004).
- STS de 14 de julio de 2008 (rec. 289/2007; RJ 3432).
- STS de 16 de febrero de 2009 (rec. 1887/2007; RJ 1238).
- STS de 10 de mayo de 2010 (rec. 610/2006; JUR 192287).
- SSTS de 11 de marzo de 1999 (rec. 6616/1994; RJ 3035).
- SSTS de 13 de enero 2000 (rec. 7837/1995; RJ 659).
- STG de 3 de marzo de 2010 (*Artegodan*, T-429/05, § 55)].

STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

SSTC de 1 de marzo (63/1993).

SSTC de 23 de mayo (137/2005).