

MANUEL REBOLLO PUIG

(Director)

**LA REGULACIÓN ECONÓMICA.
EN ESPECIAL,
LA REGULACIÓN BANCARIA**

**Actas del IX Congreso Hispano-Luso
de Derecho Administrativo**



UNIVERSIDAD DE CORDOBA



iustel

El presente volumen recoge todas las ponencias y comunicaciones que se presentaron y debatieron durante la celebración del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, para cuya realización efectiva resultaron fundamentales las ayudas DER2010-08812-E y DER2009-12146, concedidas por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER; la IAC10-I-7174, concedida por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa; y la concedida por la Universidad de Córdoba, dentro del XV Programa Propio, modalidad II. A todas estas instituciones quiere expresarse el agradecimiento más sincero.

1.ª edición, 2012

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Imagen de portada: «Arquitectos de ciudades», de José Rebollo Dicenta
(Madrid, 1914 - Córdoba, 2012)

© 2012, by Manuel Rebollo Puig y otros

Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-197-9

Depósito legal: M. 12.899-2012

Compuesto en Sociedad Anónima de Fotocomposición

Talisio, 9. 28027 Madrid

Printed in Spain - Impreso en España

Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía *

Gabriel Doménech Pascual

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SOLUCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. *Responsabilidad por culpa: por una infracción del Derecho comunitario «suficientemente caracterizada».*—III. CONTRASTE CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: 1. *La regla general: la Administración responde objetivamente por los daños derivados de sus actos jurídicos ilegales.* 2. *Un ejemplo ilustrativo: el caso de la reducción del margen comercial de las oficinas de farmacia.* 3. *La excepción: la doctrina del margen de tolerancia.*—IV. ANÁLISIS CRÍTICO: 1. *Una lectura no monolítica de la legislación vigente: la responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene por qué ser, de lege data, inexorablemente siempre objetiva.* 2. *Ventajas y desventajas de los cánones objetivo y culpabilístico:* 2.1. Costes de gestión. 2.2. Costes derivados de soportar el riesgo de los daños. 2.3. Influencia sobre el nivel óptimo de cuidado. 2.4. Influencia sobre el nivel óptimo de actividad de la Administración y de las potenciales víctimas. El criterio de la actividad más peligrosa.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La jurisprudencia española viene pronunciándose contradictoriamente sobre la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por los daños ocasionados al dictar actos jurídicos ilegales. En muchas sentencias se sostiene que esa responsabilidad es objetiva, bastando para que la misma se desencadene la mera ilegalidad del acto causante de los daños. En otras, sin embargo, se requiere adicionalmente la comisión de una «flagrante desatención normativa». Esta última es la solución consagrada por los Tribunales comunitarios: para que surja la responsabilidad patrimonial de la Unión Europea o de los Estados miembros es necesario que se haya cometido una «infracción suficientemente caracterizada» del ordenamiento jurídico comunitario. Tras analizar las ventajas y desventajas de las soluciones consideradas, el autor concluye que la Administración debería responder objetivamente (por la mera ilegalidad) en determinados casos y por culpa (por una ilegalidad cualificada) en otros.

* Este estudio ha sido realizado al amparo del proyecto de investigación «El paradigma medioambiental en el nuevo Derecho urbanístico español» (Plan Nacional de I+D+i, DER. 2008-02309), dirigido por el Prof. Dr. D. José María BAÑO LEÓN.

I. Introducción

No son pocas ni insignificantes las potestades que las Administraciones públicas ostentan en el ámbito de la economía: la de fijar tarifas, la de prohibir o autorizar muy diversas actividades y operaciones, la de conceder o denegar ayudas, la de intervenir empresas, la de dictar órdenes, la de imponer sanciones, etc. No es muy frecuente que los actos jurídicos dictados en el ejercicio de estas potestades sean judicialmente anulados, porque aquí los Tribunales suelen reconocer a las autoridades competentes un amplio margen de apreciación para decidir, pero a veces ocurre, en cuyo caso se plantea el problema de si la Administración autora del acto ilegal ha de responder civilmente de los daños —por lo general, de una enorme envergadura— ocasionados por el mismo.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado contradictoriamente al respecto. En algunas sentencias aplica a rajatabla el criterio de la responsabilidad objetiva: basta la mera ilegalidad del acto causante de los daños para estimar que éstos son antijurídicos e indemnizables. En otras, utiliza *de facto* un canon culpabilístico, por más que afirme retóricamente lo contrario: la Administración solo responde si la ilegalidad cometida constituye una flagrante desatención normativa. Esta última viene a ser, también, la posición unánimemente mantenida por los Tribunales comunitarios: la responsabilidad de la Unión Europea o de los Estados miembros requiere una «infracción suficientemente caracterizada».

Tras exponer estas líneas jurisprudenciales, analizaremos por qué y cuándo debería aplicarse el criterio de la culpa o, por el contrario, el de la responsabilidad objetiva.

II. La solución en el Derecho comunitario

1. *Responsabilidad por culpa: por una infracción del Derecho comunitario «suficientemente caracterizada»*

Tres son los requisitos que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, deben concurrir para que la Unión Europea responda civilmente por los daños ocasionados al dictar un acto jurídico ilegal: 1.º) que exista una relación de causalidad entre el acto y los daños; 2.º) que la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares perjudicados, y 3.º) que la vulneración sea suficientemente caracterizada.

«El criterio decisivo para considerar que [existe una infracción suficientemente caracterizada] es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación»

(STJCE de 19 de abril de 2007, *Holcim*, C-282/05 P, § 47). Para determinar, a su vez, cuándo se incurre en semejante inobservancia, se tienen en cuenta varios factores: «la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos»; «el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario»; «en cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido» (STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros*, C-46/93 y C-48/93, §§ 43 y ss.).

Podemos afirmar, pues, que se trata de una *responsabilidad por culpa*: solo se responde cuando la ilegalidad cometida obedece a una falta de diligencia en la aplicación de las normas comunitarias. En este sentido, el Tribunal de Justicia, tras advertir que el concepto de culpa no tiene exactamente el mismo significado en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros, ha señalado que la apreciación de si la violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada o no se determina con arreglo a ciertos «elementos objetivos y subjetivos que, en el marco de un sistema jurídico nacional, pueden estar vinculados a la noción de culpa» (STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros*, C-46/93 y C-48/93, §§ 76 y 78). En alguna ocasión se ha dicho que «únicamente la comprobación de una irregularidad que... no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite que se genere la responsabilidad de la Comunidad» (STG de 3 de marzo de 2010, *Artogodan*, T-429/05, § 62).

Según observan los propios Tribunales comunitarios, «la exigencia de una violación suficientemente caracterizada... pretende... evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables» (STG de 3 de marzo de 2010, *Artogodan*, T-429/05, § 55). Se viene a

decir, pues, que la responsabilidad objetiva de la Comunidad, por la mera ilegalidad de sus actos jurídicos dañosos, tendría un *efecto inhibitor* sobre el ejercicio de sus funciones, lo que iría en detrimento de los intereses generales comunitarios.

III. Contraste con la jurisprudencia española

1. *La regla general: la Administración responde objetivamente por los daños derivados de sus actos jurídicos ilegales*

El Tribunal Supremo considera, normalmente, que la ilegalidad del acto dañoso es suficiente para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración. No hace falta que concurra una ilegalidad suficientemente caracterizada. No es necesario que se haya actuado negligentemente. Los daños ocasionados por actos ilegales se estiman siempre antijurídicos y, por lo tanto, indemnizables, ya que las víctimas no tienen la obligación de soportarlos.

Ésta es también la posición que mantiene la mayoría de la doctrina y que se refleja en el tenor literal de algunas disposiciones legislativas sectoriales, que parecen imponer el deber de indemnizar siempre que los daños hayan sido causados por un acto administrativo simplemente ilegal, sin necesidad de que la ilegalidad sea suficientemente caracterizada, grave, manifiesta, inexcusable, culposa o algo por el estilo [*vid.* el art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; el art. 33.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; el art. 112.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y el art. 35.1.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el RDLeg 2/2008, de 20 de junio].

2. *Un ejemplo ilustrativo: el caso de la reducción del margen comercial de las oficinas de farmacia*

La STS de 4 de julio de 1987 (RJ 5504) declaró la nulidad de una orden ministerial que había reducido el margen de beneficio de las oficinas de farmacia por dispensación de especialidades farmacéuticas, por haberse omitido en su procedimiento de elaboración el informe de la Secretaría General Técnica y la audiencia a la Corporación recurrente, trámites prescritos por los artículos 130.1 y 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Seguidamente, unos dieciséis mil farmacéuticos reclamaron a la Administración estatal las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la minoración experimentada por sus márgenes comerciales durante los veinte me-

ses en que se había aplicado la referida orden, más los correspondientes intereses de demora. Desestimadas en vía administrativa las reclamaciones, el Tribunal Supremo reconoció su derecho a ser indemnizados, por entender que se daban todos los requisitos establecidos en nuestra legislación para ello:

1.º *La existencia de un daño*: «no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba, necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción».

2.º *Su antijuridicidad*: «no es suficiente el menoscabo económico... sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho».

3.º *Su efectividad*: «es evidente que [la lesión] fue real y efectiva, actual en su momento, nunca potencial o futura, y, por tanto, no temida sino sufrida».

4.º *Su carácter económicamente evaluable*: «el perjuicio... tiene naturaleza exclusiva o, al menos, predominantemente económica, con posibilidad de ser cifrado en dinero y así compensado a quienes lo padecieron».

5.º *Su carácter individualizado*: los perjudicados eran «individualizados e individualizables, por tratarse de los titulares de las Oficinas de Farmacia abiertas y en funcionamiento entre la fecha inicial y la final del cómputo correspondiente».

6.º *La existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño*: «es evidente por sí mismo que el efecto perjudicial para los destinatarios tuvo su origen inmediato y directo, sin interferencia alguna de cualquier otro factor, en la nueva regulación de los precios de los medicamentos».

Adviértase que el Tribunal Supremo no requiere para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración que la infracción cometida sea «suficientemente caracterizada», culposa, inexcusable o especialmente grave. La mera ilegalidad de la orden basta para calificar de antijurídico e indemnizable el perjuicio ocasionado a los farmacéuticos.

3. *La excepción: la doctrina del margen de tolerancia*

En las últimas décadas ha ido abriéndose paso y extendiendo su ámbito de aplicación una línea jurisprudencial que exige una ilegalidad cualificada para

considerar antijurídicos y, subsiguientemente, indemnizables los daños ocasionados por un acto administrativo ilegal.

Puede citarse como ejemplo la STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993), cuyos razonamientos transcriben literalmente numerosas resoluciones judiciales posteriores. La recurrente reclamaba del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos una indemnización por los daños que le había causado al denegarle ilegalmente la apertura de una farmacia por considerar erróneamente que no existía un núcleo separado de población, denegación que fue confirmada en primera instancia pero anulada en apelación. Esta Sentencia afirma con rotundidad que las Administraciones públicas responden objetivamente, pero lo cierto es que realmente sigue otro criterio: el Tribunal Supremo resuelve el caso como si tratase de una responsabilidad por culpa, desestimando la pretensión indemnizatoria. El daño causado por un acto administrativo ilegal no es antijurídico ni, por lo tanto, indemnizable cuando la Administración ha interpretado y aplicado las normas pertinentes con el cuidado exigible:

Quando actúa potestades discrecionales o aplica normas reguladas mediante conceptos jurídicos indeterminados, «es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, *en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión* y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. *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*» (la cursiva es nuestra).

En aplicación de esta doctrina general al caso concreto, y habida cuenta de que «el concepto núcleo de población es un concepto jurídico indeterminado y por ello ha sido uno de los que mayor discusión han generado desde el punto de vista jurídico a la hora de aplicar la legislación específica en materia de apertura de oficinas de farmacia», y de que el grado de indeterminación se acentuaba en el caso enjuiciado por la «necesidad de apreciar la concurrencia de [ciertos] accidentes naturales», el Tribunal Supremo concluye que «la valoración que se efectúa en la resolución anulada por parte de la

Administración de los datos obrantes en su poder a efectos de integrar el concepto indeterminado contenido en la norma se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores para excluir la anti-juridicidad de la posible lesión, como lo confirma el hecho de que tal resolución se viese ratificada en la primera instancia jurisdiccional» (la cursiva es nuestra).

La Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado J. E. PECES MORATE donde se advierte la evidente contradicción en la que incurre la mayoría cuando afirma el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración al tiempo que la exonera de responder por haber actuado con la diligencia exigible.

La mayoría de los autores españoles ha criticado esta línea jurisprudencial, aduciendo que no es coherente con el carácter objetivo que en nuestro Derecho —dicen— tiene la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (BLANQUER, NÚÑEZ LOZANO, LÓPEZ MENUDO/GUICHOT REINA/CARRILLO DONAIRE, REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, BOSCH CHOLBI, SUAY RINCÓN), mientras que algunos de los que se muestran críticos con este carácter objetivo la han saludado favorablemente (FONT LLOVET, MIR PUIGPELAT).

IV. Análisis crítico

1. *Una lectura no monolítica de la legislación vigente: la responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene por qué ser, de lege data, inexorablemente siempre objetiva*

Los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 no prescriben inequívocamente que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas sea siempre y en todo caso objetiva (MEDINA ALCOZ, 2005a: 119 y ss.). En concreto, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, cuando dispone que solo son indemnizables «las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley», puede ser interpretado razonablemente en el sentido de que los perjudicados por un acto administrativo ilegal están obligados, en determinadas circunstancias, a soportar los daños que éste les ha ocasionado si la Administración actuó la diligencia debida al dictarlo.

Estos preceptos —que contienen una regulación sumamente indeterminada y, por lo tanto, flexible— pueden y deben ser interpretados atendiendo muy especialmente a la finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad civil, que no es otra que la de incentivar comportamientos que minimicen todos los costes sociales derivados de los accidentes, y teniendo en cuenta que en determinadas circunstancias el criterio de la culpa puede satisfacer mejor

este fin, mientras que en otros casos el canon de la responsabilidad objetiva resulta, seguramente, más adecuado a estos efectos.

2. *Ventajas y desventajas de los cánones objetivo y culpabilístico*

2.1. *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. La responsabilidad objetiva tiene aquí varias ventajas: 1.ª) 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; 2.ª) hace más predecible el resultado de estos procedimientos, lo que seguramente reducirá la litigiosidad, y 3.ª) evita los errores judiciales que puedan cometerse al juzgar si la Administración actuó diligente o negligentemente. Pero también tiene una importante desventaja que —cabe razonablemente pensar— 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.

2.2. *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, por lo que el criterio de la culpa, combinado con tales sistemas, probablemente resulte más ventajoso en este punto.

2.3. *Influencia sobre el nivel óptimo de cuidado*

Tampoco está del todo claro cuál de los dos cánones es preferible a estos efectos. 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 exonere 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.

Lo normal, sin embargo, es que nadie disponga de información perfecta al respecto. En tales circunstancias, pudiera pensarse que la responsabilidad objetiva resulta preferible, en la medida en que ésta deja en manos de la Administración la determinación del nivel óptimo de precaución, y cabe presumir que nadie mejor que ella puede precisar cuáles son los riesgos y beneficios que generan tanto su actividad como las medidas que cabría adoptar para prevenirlos. Esta regla tiene además la ventaja de que produce un benéfico efecto «descentralizador» o «autoselectivo». Si existe heterogeneidad entre las Administraciones 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 grandes organizaciones, pero tienen un coste desmesurado para las de menor tamaño, por lo que solo son obligatorias para las primeras y no para las segundas. Pues bien, la responsabilidad objetiva propicia que cada una de las Administraciones escoja el nivel de precaución que resulta socialmente óptimo en su caso concreto. En la responsabilidad por culpa, en cambio, los Tribunales no siempre pueden fijar un nivel de cuidado específico para cada sujeto, 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.

Es muy dudoso, sin embargo, que, por regla general, no resulte factible establecer distintos estándares para los diversos tipos de Administraciones públicas que ejercen potestades equivalentes. No parece que aquí exista una heterogeneidad insuperable.

Además, la responsabilidad por culpa tiene la ventaja nada desdeñable de que genera valiosa información acerca de la diligencia exigible. En efecto, la aplicación del canon de la responsabilidad objetiva en principio no permite 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 otros sujetos. En los pleitos en los que se decide sobre su responsabilidad objetiva no hace falta analizar si la Administración actuó diligente o negligentemente, si adoptó o no las debidas medidas de precaución, 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 solo 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 esta y otras Administraciones, por las futuras víctimas y, en general, por cualquier interesado.

La regla de la responsabilidad por culpa también permite analizar en los correspondientes procesos si los agentes han actuado correcta o incorrectamente, permite obtener a la Administración responsable 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.

2.4. *Influencia sobre el nivel óptimo de actividad de la Administración y de las potenciales víctimas. El criterio de la actividad más peligrosa*

La elección de la regla aplicable, en cambio, sí influirá significativamente sobre el volumen —frecuencia, duración, intensidad, etc.— de las actividades llevadas a cabo respectivamente por la Administración y las potenciales víctimas. En un régimen de responsabilidad objetiva, es aquélla la que soporta el riesgo de los daños producidos 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. 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 determinar cuál de los dos siguientes peligros resulta más grave —produce peores externalidades negativas— para los intereses generales: el consistente en que la Administración eleve el volumen de su actividad por encima de lo que sería socialmente óptimo, o el consistente en que las potenciales víctimas hagan lo propio.

Consideramos que a estos efectos debería distinguirse según el *tipo de potestad administrativa* causante de los daños. El canon objetivo resulta preferible para aquellas potestades singularmente peligrosas, como por ejemplo la *sancionadora*. Aquí es mejor que las equivocaciones se cometan por el lado de castigar demasiado poco que por el lado de castigar excesivamente. Y ello al menos por dos razones.

El coste que para la sociedad se deriva de sancionar a un inocente —es decir, de cometer un falso positivo— supera el derivado de absolver a un culpable —falso negativo—. En efecto, éstos 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 éstos les salga más rentable cometer infracciones. Pero debe notarse que los falsos positivos 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. Además, los falsos positivos 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 solo para los sujetos sancionados, que desde luego, sino también para terceros: repárese, por ejemplo, en las demoledoras consecuencias que para los trabajadores, proveedores y acreedores de una empresa puede tener la sanción de cierre prevista en algunas leyes. Debe notarse, asimismo, 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 falsos positivos son peores para la sociedad que los falsos negativos.

La 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, 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.

La responsabilidad por culpa, en cambio, parece más adecuada para aquellas potestades administrativas dirigidas a controlar, *a priori* o *a posteriori*, actividades privadas peligrosas para el orden público —v. gr., una concentración de empresas— al objeto de determinar en qué medida resultan estas actividades compatibles con el ordenamiento jurídico y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar o restablecer la legalidad amenazada o conculcada. Aquí es preferible que la Administración intervenga excesivamente a que se inhiba demasiado, 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.

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 (v. gr., a través de recursos contencioso-administrativos por los que se pretende la anulación de los actos ilegales).

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 judicialmente con tanta facilidad. De un lado, porque el Derecho procesal vigente sigue ofreciendo mayores facilidades para impugnar las actuaciones positivas de la Administración que su inactividad. De otro lado, porque los costes derivados de una excesiva intervención administrativa son soportados, al menos hasta cierto punto, por un grupo relativamente reducido de personas —v. gr., las entidades financieras—, cada una de las cuales tiene, por ello, importantes alicientes económicos para presionar, judicial o extrajudicialmente, a las autoridades reguladoras con el fin de protegerse contra las ilegalidades administrativas que les perjudican. 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 servicios bancarios—, lo que probablemente provocará que éstos no presionen a la Administración tan fuertemente como sus antagonistas, pues muchos no se verán perjudicados con la intensidad suficiente como para que les salga a cuenta impugnar las omisiones ilegales de la Administración, ya que la ventaja que cada uno de ellos puede esperar si reacciona será reducida en comparación con lo que le cuesta reaccionar.

V. Conclusiones

Nuestro ordenamiento jurídico no prescribe inequívocamente que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas sea siempre y en todo caso objetiva. Los preceptos reguladores de la materia pueden y deben ser interpretados atendiendo muy especialmente a la finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad civil, que no es otra que la de incentivar comportamientos que minimicen todos los costes sociales derivados de los accidentes, teniendo en cuenta que en determinadas circunstancias el criterio de la culpa puede satisfacer mejor este fin, mientras que en otros casos el canon de la responsabilidad objetiva resulta, seguramente, más adecuado a estos efectos.

No está claro cuál de los dos criterios engendra menos costes de gestión de los procedimientos de responsabilidad, ni cuál induce niveles de cuidado

óptimos a la hora de dictar actos administrativos conformes con el ordenamiento jurídico. Cabe pensar, sin embargo, que el canon culpabilístico —combinado con un sistema de seguros público o privado— permite asegurar y compensar daños más eficientemente que el de la responsabilidad objetiva.

La elección de una u otra regla influirá significativamente sobre los niveles de actividad de los sujetos implicados y, por lo tanto, sobre los costes derivados de que dichos niveles no coincidan con los que serían socialmente óptimos. La responsabilidad objetiva encarecerá la actividad de la Administración y abaratará la de las potenciales víctimas, propiciando que aquélla tienda a inhibirse demasiado y éstas a actuar excesivamente. Este criterio parece preferible, pues, cuando la actividad de la Administración es más peligrosa que la de los particulares. La responsabilidad por culpa producirá probablemente el efecto contrario: implicará el peligro de que el volumen de actividad de la Administración sea excesivo, y el de los particulares, insuficiente. Esta regla resulta preferible, por consiguiente, cuando las correspondientes actividades privadas producen peores externalidades que la intervención administrativa dirigida a controlarlas.

Así las cosas, parece razonable que la responsabilidad por culpa sea la regla general aplicable a los daños causados por actos jurídicos ilegales dictados, por ejemplo, en el ejercicio de potestades de protección y restablecimiento del orden público amenazado o conculcado. Y que esta regla deba excepcionarse cuando los daños han sido ocasionados al ejercer potestades administrativas singularmente peligrosas, tales como la sancionadora.

VI. Bibliografía

- BLANQUER, David (1997), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, INAP, Madrid.
- BLASCO ESTEVE, Avelino (1985), *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid.
- BOSCH CHOLBI, José Luis (2008), «A vueltas con la responsabilidad patrimonial de la Administración tributaria al reembolso de los honorarios profesionales de abogado por su intervención en vía administrativa», *Tribuna Fiscal*, 216, pp. 93 y ss.
- FONT I LLOVET, Tomás (2000), «Hacia la “escala” de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 106, pp. 237 y ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2006), «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», *Revista de Administración Pública*, n.º 169, pp. 157-188.

- HYLTON, Keith N. (2008), «A positive Theory of Strict Liability», *Review of Law and Economics*, n.º 4, pp. 153 y ss.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco; GUICHOT REINA, Emilio y CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2005), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2005a), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2005b), «El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 9.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.
- NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen (2000), «La responsabilidad patrimonial derivada de acto ilícito», en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudios del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Comares, Granada, Vol. I, pp. 201 y ss.
- REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2006), «Artículo 54», en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II.
- SCHÄFER, Hans Bernd y MÜLLER LANGER, Frank (2009), «Strict Liability Versus Negligence», en *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I. *Tort Law and Economics*, ed. Michael FAURE, Edward Elgar, pp. 3 y ss.
- SUAY RINCÓN, José (2009), «Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico», en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo I.