

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR ACTOS JURÍDICOS ILEGALES ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?*

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SOLUCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. *Responsabilidad por culpa: por una infracción del Derecho comunitario «suficientemente caracterizada»*. 2. *Un ejemplo ilustrativo: el caso Artegodan*.—III. CONTRASTE CON EL DERECHO ESPAÑOL: 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. *El mito de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas*. 2. *La solución no tiene por qué ser monolítica. El papel de la jurisprudencia ante la excesiva indeterminación y uniformidad de la ley*. 3. *La ilegalidad de un acto administrativo no excluye la posibilidad de que la Administración haya actuado diligentemente al dictarlo*. 4. *Ventajas y desventajas de los regímenes de responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa*: A) Costes de gestión. B) Costes derivados de soportar el riesgo de los daños. C) Influencia sobre el nivel óptimo de cuidado. D) Influencia sobre el nivel óptimo de actividad. 5. *Actividades administrativas respecto de las cuales resulta pertinente la responsabilidad por culpa*. 6. *Actividades administrativas respecto de las cuales resulta pertinente la responsabilidad objetiva*: A) Ejercicio de la potestad tributaria. B) Ejercicio de la potestad expropiatoria. C) Ejercicio de la potestad sancionadora.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La jurisprudencia española viene pronunciándose contradictoriamente sobre la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por los daños provocados 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 exponer todas estas líneas jurisprudenciales y las opiniones doctrinales vertidas sobre el problema, el autor analiza las ventajas y desventajas de las soluciones consideradas, así como los casos en los que la Administración debería responder objetivamente (por la mera ilegalidad) o por culpa (por una ilegalidad cualificada).

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por actos administrativos ilegales; responsabilidad objetiva; responsabilidad por culpa; margen de tolerancia.

* 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.

ABSTRACT

Spanish case law on State liability for torts caused by illegal administrative decisions is notoriously inconsistent. In many judgments, the Spanish Supreme Court has held that this liability is strict: to condemn the State to pay damages, it is a sufficient condition that the disputed administrative decision has infringed the law. According to other judgments, however, the State is liable only if it has negligently violated the law. This latter is also the doctrine of the European Union Courts: the unlawful conduct must constitute a «sufficiently serious breach» of a rule of Community law. After describing the aforementioned Spanish and Community case law, and the legal literature on the problem, the author analyzes the costs and benefits of the considered alternatives and examines when and why the strict liability rule is preferable to the negligence rule, and vice versa

Key words: services tort law; state liability; strict liability; negligence.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema español de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas está plagado de discordancias. En ninguna otra parcela de nuestro ordenamiento jurídico-público podremos encontrar, seguramente, tantas incoherencias y contradicciones: entre el Derecho normado y el Derecho practicado, entre lo que los Tribunales dicen y lo que realmente hacen, entre la jurisprudencia española y la comunitaria, entre las tesis defendidas por nuestros autores y las sostenidas por muchos extranjeros, etc.

En el presente estudio pretendemos revisar una de las numerosas anomalías que aún se siguen observando en este ámbito, a saber: tanto la jurisprudencia como la gran mayoría de la doctrina españolas han afirmado, una y mil veces, que la responsabilidad civil de las Administraciones públicas es universalmente objetiva. Sin embargo, en la práctica, cuando se trata de daños ocasionados por actuaciones materiales, la regla general es de hecho otra: sólo se declara el deber de indemnizar cuando la Administración causante del daño no ha obrado con la diligencia debida, cuando el servicio público ha funcionado defectuosamente.

Esta regla se invierte, no obstante, cuando los daños se han producido como consecuencia de un acto jurídico ilegal. Aquí los Tribunales españoles suelen adoptar el criterio de la responsabilidad objetiva, a diferencia de los comunitarios, que para hacer responder a la Unión Europea o a los Estados miembros aplican una suerte de canon culpabilístico, al requerir que se haya cometido una infracción «suficientemente caracterizada» de una norma que reconoce derechos a las víctimas. Algunas sentencias del Tribunal Supremo, con todo, también vienen a emplear el canon de la culpa en determinados supuestos, por más que

afirmen retóricamente lo contrario. Tras exponer, ilustrándolas con varios casos selectos, todas estas líneas jurisprudenciales, así como las opiniones doctrinales vertidas sobre el problema, 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 consolidada 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 caracterizada¹.

Este último requisito es el que ahora interesa analizar. Según los Tribunales comunitarios, «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»². 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»³;

¹ Estos requisitos han tenido que ser precisados jurisprudencialmente, ante la falta de su determinación por el legislador comunitario. El artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) todavía dispone que «en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». Sobre esta jurisprudencia, sustancialmente aplicable también a los daños ocasionados por los Estados miembros, vid. E. COBREROS MENDAZONA (1994), *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid; R. ALONSO GARCÍA (1997), *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid; E. GUICHOT (2001), *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia; C. PÉREZ GONZÁLEZ (2001), *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia; J. D. JANER TORRENS (2002), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, vid. B. VAN ROOSEBEKE (2006), *State Liability for Breaches of European Law*, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden.

² Vid., entre otras muchas, la STJCE de 19 de abril de 2007 (*Holcim*, C-282/05 P, § 47).

³ Vid., por todas, la STJCE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros*, C-46/93 y C-48/93, § 43).

«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»⁴.

Podemos afirmar, pues, que se trata de una *responsabilidad por culpa*⁵: sólo 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»⁶. 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»⁷.

La jurisprudencia ha aplicado de un modo poco generoso estos criterios, admitiendo en muy contados casos la existencia de una violación suficientemente caracterizada, lo cual ha sido muy criticado por numerosos autores e incluso por algunos abogados generales⁸. Los propios Tribunales comunitarios han reconocido sostener una «concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad», aduciendo para justificarla que el ejercicio de la función legislativa «no debe verse obs-

⁴ STJCE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros*, C-46/93 y C-48/93, §§ 56 y 57).

⁵ En opinión de L. MEDINA ALCOZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (III)», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, coord. T. CANO CAMPOS, Iustel, Madrid, T. IV, pág. 156, «se trata de una suerte de régimen de responsabilidad por culpa grave».

⁶ STJCE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros*, C-46/93 y C-48/93, §§ 76 y 78).

⁷ STG de 3 de marzo de 2010 (*Artogodan*, T-429/05, § 62).

⁸ Vid. E. GUICHOT (2001: 308 y ss.).

taculizado 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»⁹. «La exigencia de una violación suficientemente caracterizada... pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, 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»¹⁰. Se viene a decir, pues, que la responsabilidad de la Comunidad por la mera ilegalidad de sus actos jurídicos dañosos tendría un cierto *efecto inhibitor* sobre el ejercicio de sus funciones, lo que iría en detrimento de los intereses generales comunitarios¹¹.

2. *Un ejemplo ilustrativo: el caso Artegodan*

La empresa *Artegodan GmbH* era titular de una autorización de comercialización del *Tenuate Retard*, un medicamento diseñado para el tratamiento de la obesidad que contiene anfepramona, sustancia anoréxigena de tipo anfetamínico que actúa sobre el sistema nervioso central acelerando la impresión de saciedad. La autorización había sido otorgada por las autoridades alemanas a través de un «procedimiento nacional»¹², si bien, ante los temores de que los anoréxigenos anfetamínicos pudieran provocar hipertensión arterial pulmonar primitiva, la Comisión Europea inició un procedimiento dirigido a evaluar su relación beneficio-riesgo, que resolvió con una Decisión de 9 de diciembre de 1996 (núm. 3608 final/1) por la que consideraba que dicha relación seguía siendo favorable e instaba a los Estados a que modificasen de-

⁹ STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

¹⁰ STG de 3 de marzo de 2010 (*Artegodan*, T-429/05, § 55).

¹¹ La STPI de 9 de septiembre de 2008 (*MyTravel Group*, T-212/03, § 42), en un caso relativo al control de operaciones de concentración de empresas, señala que la responsabilidad por la simple ilegalidad «amenazaría con menoscabar la capacidad de la Comisión para ejercer plenamente la función de regulador de la competencia que le confiere el Tratado CE debido al efecto inhibitor sobre el control de las concentraciones que podría ocasionar el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas».

¹² Sobre la evolución de los procedimientos de autorización y seguimiento de los medicamentos en el Derecho comunitario, vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2009), *El régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Civitas, Madrid, págs. 34 y ss.

terminados datos contenidos en el resumen de las características de estos productos.

Ante la persistente preocupación mostrada por las autoridades de algunos países, se inició un nuevo procedimiento comunitario de evaluación que concluyó con tres Decisiones de 9 de marzo de 2000 (núms. 452, 453 y 608), en virtud de las cuales la Comisión ordenaba a los Estados miembros la retirada de las autorizaciones nacionales de medicamentos que contuviesen determinadas sustancias, entre las cuales se encontraba la anfepramona. La Comisión estimaba ahora que su balance riesgo-beneficio era negativo, a resultas de una nueva evaluación de sus beneficios terapéuticos esperados realizada de acuerdo con un criterio distinto del aplicado en la Decisión de 1996, manteniéndose inalterada la valoración de sus riesgos. Interesa poner de relieve que este cambio de apreciación no se había producido como consecuencia de la aparición de nuevos datos empíricos sobre la eficacia del medicamento, sino por mor de un cambio del criterio dominante en el seno de la comunidad científica acerca de cómo había de valorarse la misma información ya disponible en 1996. Inicialmente, los científicos consultados consideraron que la pérdida de peso a corto plazo de dos a cinco kilos de media permitía afirmar que el medicamento era lo suficientemente eficaz como para justificar sus riesgos, a pesar de que ya entonces se había comprobado su ineficacia a largo plazo, pues la interrupción del tratamiento producía una inmediata recuperación del peso. En el año 2000, en cambio, estimaron que esos efectos no constituían un beneficio terapéutico bastante para compensar los riesgos. El consenso de la comunidad científica había evolucionado: la eficacia terapéutica en el tratamiento de la obesidad exigía ahora una pérdida de peso significativa y duradera¹³.

Impugnadas estas decisiones por varias empresas afectadas, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2002 (*Artegodan y otros*, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00)¹⁴ las anuló por estimar que la Comisión carecía de competencia para ordenar la retirada de una autorización «nacional» (§§ 94 y ss.) y, adicionalmente, que no concurrían los requisitos sustantivos para retirarla.

¹³ O, al menos, así lo entendió la Comisión, pues la STPI de 26 de noviembre de 2002 (*Artegodan y otros*, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, §§ 212 y ss.) pone en duda, a mayor abundamiento, que realmente se hubiera producido ese cambio de consenso.

¹⁴ Comentada por S. ROMERO MELCHOR (2003), «La sentencia "Artegodan" del Tribunal de Primera Instancia: el principio de precaución de nuevo en cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 223, págs. 42-58; J. A. GIRÓN LARRUCEA (2004), «Las competencias de la Comisión en el control de medicamentos para tratamiento de la obesidad. La discutible sentencia del TPI *Artegodan GmbH/Comisión*, de 26 de Noviembre de 2002», *Noticias de la Unión Europea*, 228, págs. 23-35.

Detengámonos en esta segunda ilegalidad. El párrafo primero del artículo 11 de la Directiva 65/65/CEE¹⁵, a la sazón aplicable, establecía que «las autoridades competentes de los Estados miembros suspenderán o retirarán la autorización de comercialización cuando la especialidad farmacéutica resulte ser nociva en las condiciones normales de empleo, cuando carezca de efectos terapéuticos o finalmente cuando no posea la composición cualitativa y cuantitativa declarada...». El Tribunal de Primera Instancia interpreta este precepto en el sentido de que permite suspender o retirar una autorización de comercialización cuando aparecen *nuevos datos o informaciones* científicos o médicos que suscitan dudas fundadas sobre la seguridad o la eficacia del medicamento y que justifican una apreciación desfavorable de su relación riesgos-beneficios, pero no cuando se produce simplemente un cambio en los criterios de valoración de la misma información disponible en el momento en el que se otorgó la autorización (§§ 192 y ss.). Para justificar esta discutible interpretación, que en modo alguno se desprende del tenor literal del precepto, el Tribunal de Primera Instancia aduce que «el sistema de autorización previa [que impone al solicitante el deber de acreditar que el medicamento presenta un balance riesgos-beneficios favorable] permite presumir, si no existen indicios fundados en sentido contrario, que a lo largo de dicho período el medicamento considerado presenta un balance riesgos-beneficios favorable, sin perjuicio de la posibilidad de suspender la autorización en caso de urgencia. En caso de que no existan tales indicios, la necesidad de no reducir la gama de medicamentos disponibles destinados al tratamiento de una afección determinada aboga a favor de mantener el medicamento en el mercado, a fin de permitir, en cada caso, la prescripción del medicamento más adecuado» (§ 195).

Confirmada la anulación por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 (*Artegodan GmbH y otros*, C-39/03 P), *Artegodan GmbH* solicitó a la Comisión que le indemnizase por los perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución de la Decisión de 9 de marzo de 2000, que le había supuesto, tras diversos incidentes cautelares, la prohibición de venta del *Tenuate Retard* desde mediados de marzo de 2002 hasta el 6 de octubre de 2003, habiendo reanudado su comercialización en noviembre de 2003.

Denegada la solicitud, *Artegodan GmbH* formuló recurso de indemnización ante el Tribunal General, pretendiendo: 1.º) que se condenara a la Comisión a pagarle la cantidad de 1.430.821,36 euros, in-

¹⁵ Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas.

crementada con los intereses, al tipo del 8%, correspondientes al período comprendido entre el día en que se dictare la sentencia y el día en que se completare el pago; 2.º) que se declarara que la Comisión estaba obligada a indemnizarle por todos los perjuicios que pudiera sufrir en el futuro a consecuencia de las inversiones en mercadotecnia necesarias para que el *Tenuate Retard* volviese a alcanzar la posición comercial que tenía antes de que se ordenase su retirada; y 3.º) que se condenara a la Comisión en costas.

La Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 (*Artegodan GmbH*, T-429/05) desestima todas estas pretensiones. El Tribunal considera que el vicio de incompetencia padecido por la Decisión de 9 de marzo de 2000 no podía hacer surgir la responsabilidad civil de la Comunidad: las reglas competenciales que aquí habían sido violadas «no [tenían] por objeto conferir derechos a los particulares» (§ 73); «no [podían] entenderse dirigidas también a garantizar la protección de intereses individuales» (§ 76).

La Sentencia entiende, en cambio, que el artículo 11 de la Directiva 65/65/CEE sí protege, además de los intereses generales, los intereses individuales de las empresas afectadas, garantizándoles que sus autorizaciones de comercialización sólo podrán ser suspendidas o retiradas durante su período de vigencia cuando la autoridad competente aporte indicios fundados y concluyentes que permitan razonablemente dudar de la inocuidad o de la eficacia de los medicamentos considerados, o su composición cualitativa y cuantitativa no sea la declarada (§§ 88 y ss.).

De todos modos, el Tribunal General estima que la actuación de la Comisión no constituía una violación suficientemente caracterizada. La complejidad jurídica y fáctica del problema abordado hacía excusable la irregularidad cometida:

«habida cuenta de la falta de precisión del artículo 11 de la Directiva 65/65, las dificultades ligadas a la interpretación sistemática de los requisitos de retirada o de suspensión de una autorización de comercialización, establecidos por dicho artículo, a la luz de la totalidad del sistema comunitario de autorización previa de los medicamentos..., podían explicar razonablemente, a falta de precedente similar, el error de Derecho que ha cometido la Comisión al admitir la pertinencia jurídica del nuevo criterio científico aplicado por el Comité de Especialidades Farmacéuticas, aun cuando no estaba apoyado en nuevos datos científicos o informaciones» (§ 108).

«debe tomarse en consideración también la complejidad en el presente caso del examen de la motivación del dictamen final [elaborado por el Comité de Especialidades Científicas] en el que se basa la Decisión» (§ 109); el vicio cometido sólo podía haber sido detectado por la Comisión «basándose en un examen complejo de los informes científicos preparatorios sucesivos elaborados en el procedimiento de examen que concluyó en el dictamen final» (§ 110).

III. CONTRASTE CON EL DERECHO ESPAÑOL

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

La responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas, tal como ha sido regulada por el legislador español desde 1954¹⁶, es objetiva: la Administración responde de todos los daños que se produzcan como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aunque éstos hayan funcionado correctamente, aunque se hayan adoptado todas las precauciones razonablemente exigibles para evitar los daños. Eso es lo que nuestros más reputados autores han sostenido durante décadas¹⁷, y lo que todavía hoy vienen repitiendo, una y otra vez, los Tribunales.

Sin embargo, cuando uno examina con detenimiento la jurisprudencia se da cuenta de que las cosas no son exactamente así. A los daños ocasionados por las denominadas actuaciones materiales o por la inactividad de las Administraciones públicas, que constituyen la mayor parte de los provocados por éstas, se les aplica *de facto* un régimen de responsabilidad por culpa: los Tribunales, de ordinario, sólo declaran el deber de indemnizar cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso del correspondiente servicio público¹⁸. Tal suele ocurrir, por poner algunos ejemplos, con los daños ocasionados por

¹⁶ Vid. el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

¹⁷ Señaladamente, los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, desde la 1.ª edición (1977) hasta la 7.ª edición (2000) del T. II de su *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid. Curiosamente, a partir de la 8.ª edición (2002), en el rótulo del epígrafe correspondiente, ya no se habla de la «configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», sino de su «configuración básica...» (pág. 375).

¹⁸ Vid., por todos, O. MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, págs. 629 y ss.

los servicios sanitarios o medioambientales, por la fauna silvestre, producidos en establecimientos penitenciarios o educativos, en espectáculos y fiestas populares, provocados por deficiencias en vías públicas, causados con ocasión de la ejecución de obras públicas o por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, etc.¹⁹.

Esta regla general, no obstante, se invierte en la práctica cuando se trata de daños originados por reglamentos o actos administrativos ilegales. Aquí la jurisprudencia considera normalmente que la ilegalidad del acto dañoso es suficiente para que la Administración responda. No hace falta que concurra una ilegalidad suficientemente caracterizada. No es necesario que se haya producido una negligencia en la actuación administrativa. Los daños ocasionados por actos ilegales se estiman inexorablemente antijurídicos y, por lo tanto, indemnizables, ya que las víctimas no tienen la obligación de soportarlos. Sirvan algunos ejemplos:

- La STS de 2 de junio de 1982 (RJ 4177) declara la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Bilbao por los daños que a la actora le había causado al ordenar improcedentemente la paralización de las obras de movimiento de tierras que ésta estaba acometiendo. Se argumenta que «si bien la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no da derecho a indemnización, por surgir éste de la existencia del daño o lesión patrimonial sufrida por el particular como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración aparece reforzada en un caso como el presente, en que se da una relación directa e inmediata entre el hecho causante (acto de paralización ilegal, demora no justificada en la práctica de alineaciones y replanteo, etc.) y las circunstancias de hecho o situaciones jurídicas resultantes de la imposibilidad material de continuar las obras emprendidas que acarrear, *ab initio*, un detrimento patrimonial (al constructor) que éste legalmente no debe soportar por no existir título legítimo que imponga tal carga al administrado (la Administración incluso no supo emplear o lograr la suspensión en el procedimiento paralelo de lesividad, etc.), con lo que notoriamente nos encontramos ante un perjuicio no justo que por la propia virtualidad de esta nota deberá ser indemnizado».

¹⁹ Cfr. la obra colectiva, dirigida por T. QUINTANA LÓPEZ (2009), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, vols. I y II.

- La STS de 4 de abril de 1984 (RJ 1978) condena al Municipio de Binéfar a resarcir los daños que a los arrendatarios de un inmueble había causado su demolición, llevada a cabo en ejecución de una declaración de ruina posteriormente anulada.
- La STS de 30 de octubre de 1990 (RJ 8338) declara la responsabilidad del Municipio de Huétor Tájar por los daños que al titular de una discoteca le había ocasionado al suspender ilegalmente su licencia de actividad mientras no presentase cierto proyecto técnico en el que constasen las medidas correctoras a establecer para la acomodación del local a las prescripciones del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos. El Tribunal señala cómo «ha existido un funcionamiento anormal de la Administración con trascendencia bastante para generar una responsabilidad patrimonial del Municipio... dado que el cierre de la discoteca en cuestión, anulado en vía judicial, paralizando una actividad lucrativa, hubo de provocar inevitablemente perjuicios al recurrente».
- 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».
- La STS de 1 de octubre de 1997 (rec. 427/1994; RJ 7741) condena a la Administración General del Estado a indemnizar al actor por los gastos de los avales que éste aportó para conseguir la suspensión de la ejecución de varias liquidaciones tributarias. El Tribunal afirma que *«los contribuyentes no están obligados a pagar los tributos, ni a incurrir en gasto alguno derivado de las actuaciones de la Administración Tributaria, cuando sus actos infringen dicho Ordenamiento, cualquiera que sea el grado de ilicitud de sus actos, ya haya incurrido en ilegalidad manifiesta, en ilegalidad no manifiesta o se trate de un caso discutible, en el que la Administración Tributaria haya utilizado argumentos consistentes y razonables, sin incurrir por tanto en negligencia, ni siquiera simple... si la liquidación tributaria se anula, es claro que el contribuyente no estaba obligado jurídicamente, ni a ingresar, ni avalar, por lo que es incuestionable que ha experimentado un daño o lesión económica de la cual debe ser indemnizado»* (la cursiva es nuestra).
- La STS de 2 de julio de 1998 (rec. 2210/1994; RJ 6059) declara la responsabilidad de la Administración por los daños que a una

- funcionaria interina había ocasionado su cese, posteriormente anulado.
- La STS de 16 de febrero de 1999 (rec. 6742/1994; RJ 1623) condena a la Administración del Estado a resarcir los daños causados a un extranjero como consecuencia de la denegación ilegal de la renovación de un permiso de trabajo, denegación que provocó que fuera despedido de la empresa en la que venía trabajando. En opinión del Tribunal, «no parece que haya que hacer grandes esfuerzos dialécticos para concluir que aquí se han causado unos daños que son resarcibles».
 - La STS de 8 de junio de 2000 (rec. 744/1996; RJ 7383) declara la responsabilidad patrimonial del Estado por los ingresos dejados de percibir por el Municipio de Trillo como consecuencia de la aplicación de un precepto reglamentario ilegal relativo a la distribución de la cuota de cierto impuesto afectante a centrales nucleares. Según el Tribunal, «la Administración General del Estado, mediante una actuación no conforme a derecho infringió al Ayuntamiento demandante el perjuicio económico que éste le imputa al privársele de parte de los ingresos que por el Impuesto de Actividades Económicas le correspondían, razón por la que conforme al artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 106.2 de la Constitución tal daño debe ser indemnizado, ya que no existe duda ni de su antijuridicidad ni de la relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido».
 - La STS de 22 de diciembre de 2000 (RJ 10581) declara el derecho de la actora a recibir una indemnización por los daños que le ocasionó la denegación ilegal de una licencia de obras solicitada para la construcción de cinco viviendas y un garaje.
 - La STS de 13 de octubre de 2001 (RJ 2002, 432) declara la existencia de un error judicial consistente en que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana no había apreciado la responsabilidad patrimonial de la Generalitat por los daños causados a varias personas como consecuencia de la anulación de los procedimientos selectivos en virtud de los cuales éstas habían accedido a la Función Inspectoral Educativa.
 - La STS de 27 de marzo de 2003 (rec. 339/2000; RJ 2936) declara el derecho del recurrente a una indemnización por los daños ocasionados por la denegación indebida de una licencia de obras para la instalación de una unidad de suministro de combustible.

Ésta es también la posición que mantiene la mayoría de la doctrina²⁰ 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 requerir además que la ilegalidad sea suficientemente caracterizada, grave, manifiesta, inexcusable, culposa o algo por el estilo:

- El artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (D. de 17 de junio de 1955) establece que «podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente» (ap. 2), en cuyo caso la anulación comportará «el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren» (ap. 3).
- El artículo 33.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que «la Administración tributaria reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme...»²¹.
- El artículo 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, establece que «para que proceda la indemnización [al licitador que no resultó adjudicatario del contrato] se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción».
- El artículo 35.I.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RDLeg 2/2008, de 20 de junio) establece que darán lugar a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de la «denegación improcedente» de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades.

²⁰ Vid., por todos, L. MEDINA ALCOZ (2005a), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, págs. 253 y ss.

²¹ Vid., también, los artículos 72 y ss. del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo). En la doctrina, vid., entre otros, J. M. IGLESIAS CASAS (2005), «La configuración del derecho de reembolso del coste de las garantías aportadas por el contribuyente en la nueva Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, 117, págs. 107 y ss.; F. A. VEGA BORREGO (2007), «El reembolso del coste de las garantías y la suspensión de los actos tributarios en vía de recurso», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 287, págs. 119 y ss.

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

La Orden de la Presidencia del Gobierno de 10 de agosto de 1985 redujo el margen de beneficio de las oficinas de farmacia por dispensación al público de medicamentos, fijándolo en un 28,2% sobre el precio de venta al público, cuando antes era de un 30%. Recurrida esta disposición por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, la STS de 4 de julio de 1987 (RJ 5504) declaró su nulidad por haberse omitido en su procedimiento de elaboración el informe de la Secretaría General Técnica y la audiencia a la Corporación recurrente, trámites prescritos, respectivamente, por los artículos 130.1 y 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. El Tribunal entendió también que aquí concurrían «cuantos elementos configuran la responsabilidad objetiva del Estado», pero, a pesar de ello, desestimó la pretensión de resarcimiento formulada por el Consejo, por considerarlo carente de legitimación activa: eran los colegiados, en su condición de perjudicados, los legitimados para solicitar la indemnización.

Seguidamente, unos dieciséis mil farmacéuticos reclamaron al Estado las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la minoración experimentada por sus márgenes comerciales durante los veinte meses en que se había aplicado la referida Orden. 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*» (la cursiva es nuestra).

- 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»²².

Adviértase que esta jurisprudencia contradice la emanada en casos análogos por los Tribunales comunitarios, en la medida en que admite la responsabilidad civil de la Administración por la infracción de dos normas —los arts. 130.1 y 130.4 de la LPA de 1958— que no otorgaban derecho alguno a los perjudicados. Obsérvese, asimismo, que las dos ilegalidades cometidas constituían vicios de procedimiento. La Orden anulada no era sustantivamente contraria a Derecho. Entraba holgadamente dentro del espacio de maniobra de la Administración el reducir como redujo el margen comercial de las oficinas de farmacia. Los farmacéuticos afectados no tenían un derecho a mantener sus anteriores márgenes.

Pero lo que por encima de todo conviene resaltar es que el Tribunal Supremo no requiere para apreciar la responsabilidad patrimonial de

²² STS de 15 de octubre de 1990 (RJ 8126). Vid., también, entre otras muchas, las SSTS de 16 de octubre de 1990 (rec. 744/1988), 17 de octubre de 1990 (rec. 777/1988), 17 de diciembre de 1990 (rec. 871/1988), 5 de diciembre de 1991 (rec. 1190/1991; RJ 9283), 24 de enero de 1992 (rec. 890/1991; RJ 634), 9 de marzo de 1992 (RJ 2138), 25 de junio de 1992 (rec. 37/1989) y 25 de noviembre de 1992 (rec. 893/1991; RJ 9332). Algunos de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los farmacéuticos afectados fueron declarados inadmisibles por el Tribunal Supremo en virtud de una interpretación de las normas reguladoras del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad que, después de no haber sido debidamente rectificadas por el Tribunal Constitucional, fue considerada contraria al derecho a un proceso justo por la STEDH de 25 de enero de 2000 (*Miragall Escolano y otros c. Reino de España*, 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98). Vid. J. V. MOROTE SARRIÓN (1998), «La novedosa doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración», núm. 147 de esta REVISTA, págs. 201 y ss.

la Administración que la infracción cometida fuese «suficientemente caracterizada», culposa, inexcusable o especialmente grave. La mera ilegalidad de la Orden basta para calificar automáticamente 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 ilegal²³. En el origen de esta jurisprudencia se encuentran unas pocas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la segunda mitad del siglo pasado que declaran no indemnizables los daños que a los recurrentes les había ocasionado la Administración al denegarles ilegalmente licencias urbanísticas o de actividad. El argumento decisivo que subyace en todos los casos es que no hubo negligencia en la denegación, por más que, paradójicamente, alguna sentencia afirme el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas:

- La STS de 30 de mayo de 1961 (RJ 2432) desestima la pretensión de resarcimiento de los daños derivados de la indebida inscripción por parte del Registro de la Propiedad Industrial de una marca muy similar a otra inscrita a favor del recurrente, acto que fue anulado cuatro años después al resolverse tardíamente el recurso de reposición. El Tribunal Supremo, «ante la carencia de precepto legal expreso que regule y concrete» los perjuicios causados por la Administración, aplica el artículo 1902 del Código civil, considerando que ésta no había obrado negligentemente.
- La STS de 18 de enero de 1967 (RJ 115) confirma la sentencia de instancia en cuanto que había anulado un acuerdo extintivo de un arrendamiento, casándola en la medida en que había declarado la responsabilidad de un Ayuntamiento por los perjuicios ocasionados al arrendatario por la ejecución del acuerdo. Según el Tribunal, «*la nulidad del acto administrativo no presupone por sí sola el derecho a ser indemnizado, siendo para ello preciso, de una parte, que se justificara que la Entidad actuante procediera con malicia o negligencia, y de otra que se demuestre*

²³ Esta jurisprudencia ha sido estudiada con detalle por G. GARCÍA ÁLVAREZ (2006), «La modulacion de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», núm. 169 de esta REVISTA, págs. 157-188.

también la realidad de esos daños y perjuicios, su existencia o se fijaran las bases para su determinación», lo que no había quedado demostrado (la cursiva es nuestra).

- La STS de 25 de octubre de 1968 (RJ 4742) desestima la pretensión de indemnización de daños y perjuicios causados por las restricciones ilegales con las que un Ayuntamiento había otorgado una licencia de edificación, pues «la postura adoptada por el Ayuntamiento... aunque equivocada... *no es por ningún lado temeraria, ni menos arbitraria*, pues la preocupación que demuestran los actos recurridos por el, a su juicio, inadecuado desgüe de las plantas bajas pendientes de legalización entra de lleno en las indiscutibles facultades de policía que corresponden a toda Corporación Municipal en ese particular extremo de la sanidad pública, aunque naturalmente resulten aquéllas mal ejercitadas en este caso» (la cursiva es nuestra).
- En sentido similar se pronuncia la STS de 10 de marzo de 1969 (RJ 1514), para declarar la no responsabilidad de una Diputación por los daños que al recurrente había ocasionado un embargo practicado en ejecución de una liquidación tributaria posteriormente anulada. Adicionalmente se advierte cómo «no basta la simple anulación del acto administrativo para que proceda la indemnización por daños y perjuicios, sino que... deben darse además los tres requisitos que exige la doctrina para que prospere la acción: realidad de los daños y perjuicios, que lo fueron por *culpa o negligencia de la Administración* y relación de causa a efecto, ninguno de los cuales concurría» (la cursiva es nuestra).
- La STS de 26 de marzo de 1973 (RJ 4563) considera no ha lugar al resarcimiento de los daños ocasionados por la ejecución de una sanción de pérdida de un puesto de venta en un mercado municipal de abastos, pues resulta necesario constatar, «como *requisito para la condena indemnizatoria, la culpa o negligencia de la Administración*, que en las bases fácticas del presente caso no aparece acreditada, por cuanto *el criterio interpretativo sobre doble reincidencia, si bien equivocado* y por ello se anula la resolución, *no fue arbitrario ni siquiera culposo*, en orden a aplicar una ordenanza cuya invalidez aprecia de oficio y *a posteriori* la sentencia recurrida, siendo así que el propio reclamante del resarcimiento no la contradujo a estos fines y, por otra parte, no resulta totalmente ajena la conducta del actor a la medida de expulsión adoptada...» (la cursiva es nuestra).
- En el caso resuelto por la STS de 17 de diciembre de 1981 (RJ 5427), el Ayuntamiento de Aracena había denegado una licencia

de actividad para instalar un molino triturador de cereales mientras no se cumpliesen determinadas medidas correctoras. La Audiencia Territorial de Sevilla estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de la licencia, reconociendo el derecho a obtenerla con subordinación al cumplimiento de aquellas medidas y condenando al Ayuntamiento a indemnizar al recurrente por los daños que le había causado la falta de funcionamiento del molino durante un tiempo. El Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación interpuesto contra este último pronunciamiento, negando la responsabilidad de la Administración. Para ello se apunta, en primer lugar, que el recurrente no había sufrido daño alguno como consecuencia de la resolución administrativa, pues a fin de cuentas no podía iniciar su actividad industrial mientras no cumpliera las medidas correctoras que le había señalado la Administración. En segundo lugar, se esgrime el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, que disponía que «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización». Por último, se advierte que «siendo innegable que toda denegación administrativa de una petición ocasiona siempre alguna clase de perjuicio al solicitante, este perjuicio no puede imputarse a la responsabilidad de la Administración por la sola razón de que la jurisdicción contenciosa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no son los legalmente correctos, pues *es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que, siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del Derecho, considere ser los más adecuados a la legalidad vigente, e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperen en la revisión judicial que de los mismos promueva el afectado por la decisión administrativa*» (la cursiva es nuestra)²⁴.

- En el caso resuelto por la STS de 10 de junio de 1986 (RJ 6761), la Comisión Provincial de Urbanismo de León había denegado a la recurrente licencia para la construcción de un edificio de viviendas y locales comerciales en terrenos de su propiedad, por el motivo de que no quedaba clara la titularidad de éstos. La Audiencia Territorial de Valladolid desestimó el recurso con-

²⁴ Vid., también, la STS de 10 de marzo de 1986 (RJ 4087).

tencioso-administrativo contra la denegación. Pero el Tribunal Supremo, en apelación, la anuló y declaró el derecho de la recurrente a obtener la licencia. Seguidamente, la actora reclamó en vía administrativa y, luego, en la contencioso-administrativa una indemnización de 12.700.000 pesetas por los daños que supuestamente le había ocasionado el acto impugnado. Tanto la Audiencia vallisoletana como el Tribunal Supremo consideraron que no había lugar a la indemnización: «*cuando la ilegalidad no es manifiesta, es susceptible [sic] la tesis de la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración*»; «*sin perjuicio de admitir... que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre alguna clase de perjuicios al interesado, siendo susceptible por tanto de configurar el resultado dañoso en abstracto, no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad de la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo revelador de la necesidad de destacar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio* mantenido por la Administración local, máxime si como ocurre en materia de licencias municipales, la jurisprudencia abunda en la *tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial, de no concurrir una flagrante desatención normativa*, ausente en el marco de la compleja problemática urbanística contemplada en el recurso»; «*no es de apreciar la antijuridicidad de la lesión... [pues no hubo] una actuación negligente del Ayuntamiento o alguno de sus componentes, cuyo silencio en concederla [la licencia]... se debió precisamente a tratar de aclarar las dudas que la documentación presentada con la petición suscitaba sobre la delimitación del solar donde se proyectaba levantar la edificación y la posible incidencia urbanística, y cuya solución no se impuso como indiscutible hasta la sentencia de esta Sala*» (la cursiva es nuestra).

- Estos argumentos se reiteran en la STS de 15 de noviembre de 1989 (RJ 8336), en relación con la denegación improcedente de una licencia de obras de reconstrucción interior de un edificio.
- Las SSTs de 23 de noviembre de 1993 (rec. 530/1992; RJ 10050) y de 31 de octubre de 1994 (rec. 386/1993; RJ 7673), relativas a la denegación ilegal del canje de los permisos de explotación de máquinas recreativas tipo B por sendas guías de circulación, desestiman las respectivas pretensiones de indemnización, de un lado, porque «no ha existido probanza alguna sobre la realidad material, efectiva y concreta del daño, sino una simple ale-

gación de su existencia basada en la no explotación de las máquinas recreativas» y, de otro, porque «las resoluciones administrativas, *si bien fueron anuladas, en absoluto eran clara o manifiestamente ilegales, sino por el contrario, fueron producto de una lógica, aunque equivocada a juicio de esta Sala, y bien construida argumentación jurídica*» (la cursiva es nuestra).

El único respaldo doctrinal con el que inicialmente contaba esta jurisprudencia era el proporcionado por la tesis doctoral del profesor BLASCO ESTEVE, en cuya opinión sólo debían considerarse resarcibles los daños causados por actos administrativos que incurriesen en ilegalidades «inexcusables», constitutivas de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, debiendo determinarse ese carácter inexcusable en función de varios criterios: la evidencia de la irregularidad cometida, su gravedad, los recursos disponibles por la Administración para actuar, el grado de precisión, oscuridad y complejidad de las normas jurídicas aplicables, y la materia sobre la que hubiese recaído el acto, pues «hay objetos de la acción administrativa en los cuales no es excusable ninguna ilegalidad... [como, por ejemplo, el de] los derechos y libertades públicas»²⁵.

Dicha jurisprudencia se rechaza explícitamente por la STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 2526), que reconoció a la actora el derecho a obtener una indemnización de 159.907.929 pesetas por los daños que la Administración estatal le había ocasionado al denegarle ilegalmente la importación de 500 motocicletas, denegación que le había supuesto la necesidad de almacenar, y la imposibilidad de vender, tales vehículos durante más de cuatro años. El Abogado del Estado alegaba que «no toda anulación de los actos o disposiciones de la Administración da lugar a indemnización, sino que es preciso que el acto sea ilegítimo y a estos efectos... [existe] la necesidad de conceder a la Administración un “margen de tolerancia” que exime de la responsabilidad a la Administración en los casos en que nos hallemos ante cuestiones discutibles». Pero el Tribunal Supremo rechaza esta alegación, de una parte, porque la exigencia de una ilegalidad cualificada para declarar esa responsabilidad no es coherente con el carácter objetivo de la misma, consagrado por el artículo 106 de la Constitución, y, de otra parte, porque este criterio de las «cuestiones discutibles» haría prácticamente inaplicable el precepto constitucional, puesto que salvo aquellos casos en los que la Administración se allana a la pretensión del reclamante, en todos los pro-

²⁵ A. BLASCO ESTEVE (1985, la 1.ª ed. es de 1981), *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, págs. 222 y ss.

cesos se discute con mayores o menores fundamentos para la oposición, y de esta forma se convertiría en excepción —indemnización— lo que la Constitución» ha establecido como regla general. En suma: *«no es, por lo tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que deba de exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio»* (la cursiva es nuestra).

Aquella línea jurisprudencial, sin embargo, ha terminado consolidándose, especialmente a partir de la STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993; RJ 987), cuyos razonamientos transcriben literalmente numerosas resoluciones judiciales posteriores. La recurrente reclamaba del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos una indemnización de 60.852.477 pesetas 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 dice rechazar la doctrina del «margen de tolerancia» y afirma con rotundidad que las Administraciones públicas responden objetivamente, pero lo cierto es que realmente resuelve el caso, desestimando la pretensión indemnizatoria, como si se tratase de una responsabilidad por culpa. 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:

- Cuando 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 antijuridicidad 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).

Esta Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado J. E. PÉCES 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:

«El criterio mayoritario sitúa, a nuestro parecer, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos y resoluciones administrativas fuera del ámbito de una auténtica responsabilidad objetiva o por el resultado, aproximándola a la responsabilidad por culpa, con evidente quiebra del único sistema legalmente configurado, cuya finalidad no es otra que la de asegurar en todo caso a los administrados el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de su actuación, legitimando así el ejercicio de sus potestades y garantizando su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

A su juicio, la Administración debe responder objetivamente, por la mera ilegalidad: «no puede afirmarse que el daño derivado [de una re-

solución contraria a Derecho y anulada jurisdiccionalmente] no es antijurídico».

La doctrina sentada por la mayoría, sin embargo, ha sido reiterada en no pocas sentencias posteriores, que ora exoneran a la Administración, cuando se daban las circunstancias arriba descritas²⁶; ora la condenan a indemnizar, cuando no concurrían, v. gr., porque la norma violada era suficientemente clara o no otorgaba margen de discrecionalidad alguno ni contenía conceptos jurídicos indeterminados, etc.²⁷.

²⁶ Vid. la STS de 25 de junio de 1990 (RJ 5697), relativa a los daños provocados por la aplicación de un plan urbanístico luego anulado; la STS de 10 de marzo de 1998 (rec. 4953/1993; RJ 2661), a mayor abundamiento, en un caso en el que se había suspendido ilegalmente una licencia de obras, suspensión que el Tribunal de primera instancia había considerado válida; la STS de 28 de junio de 1999 (rec. 3150/1995; RJ 7143), relativa a la prohibición de exhibir en los cines españoles una película de dibujos animados con su título original («Mazinger Z»); la STS de 26 de septiembre de 2001 (rec. 1869/1996; RJ 9548), relativa a la denegación improcedente de licencia de apertura de farmacia, que había sido considerada procedente en la primera instancia judicial; la STS de 24 de enero de 2002 (rec. 7556/1996; RJ 6881), relativa a la denegación ilegal de solicitud de licencia de apertura de supermercado, en un caso en el que en el procedimiento administrativo había tanto informes favorables como desfavorables a la apertura; la STS de 30 de junio de 2003 (rec. 7101/2000), relativa a la denegación improcedente de una licencia de obras, donde se alude a la referida doctrina a mayor abundamiento; la STS de 10 de octubre de 2003 (rec. 1096/1999; RJ 2004, 263), relativa a la revocación de una licencia de armas, revocación anulada por falta de cobertura legal del reglamento que la preveía; la STS de 25 de mayo de 2004 (rec. 2204/2000; RJ 5592), relativa a la denegación ilegal de aprobación de un plan urbanístico de iniciativa particular; la STS de 27 de diciembre de 2005 (rec. 4875/2002; RJ 4276), relativa a la adjudicación de obras, aprobación del planeamiento y concesión de licencias de apertura de unas salas de cine; la STS de 5 de junio de 2007 (rec. 9139/2003; RJ 4991), relativa a la denegación improcedente de licencia de ampliación de explotación de grava; la STS de 31 de enero de 2008 (rec. 4065/2003; RJ 1347), relativa a la denegación de homologación de título expedido en el extranjero; la STS de 16 de septiembre de 2009 (rec. 9329/2004; RJ 2010, 341), relativa a la denegación improcedente de una autorización de apertura de farmacia; las SSTS de 14 de julio de 2008 (rec. 289/2007; RJ 3432), 22 de septiembre de 2008 (rec. 324/2007; RJ 4543), 10 de noviembre de 2009 (rec. 184/2008; RJ 1712) y 1 de diciembre de 2009 (rec. 48/2009; RJ 2010, 368), relativas a los honorarios pagados por los recurrentes a sus abogados para obtener la anulación en vía administrativa de liquidaciones tributarias, y la STS de 19 de mayo de 2010 (JUR 192287), relativa a la anulación de una sanción de expulsión del territorio nacional.

²⁷ Vid. la STS de 4 de noviembre de 1997 (rec. 3594/1993; RJ 8203), relativa a la denegación improcedente de licencia de instalación de una granja avícola; la STS de 29 de octubre de 1998 (rec. 2776/1991; RJ 8422), relativa a los gastos derivados de un aval que hubo de prestar la recurrente para suspender la vía de apremio seguida para ejecutar forzosamente un acto municipal que exigía un pago en metálico en sustitución de una cesión urbanística; la STS de 11 de marzo de 1999 (rec. 6616/1994; RJ 3035), relativa al cumplimiento de una sanción de arresto disciplinario posteriormente anulada; 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 13 de enero de 2000 (rec. 7837/1995; RJ 659), relativa a un arresto disciplinario luego anulado; la STS de 18 de diciembre de 2000 (rec. 8669/1996; RJ 2001, 221), relativa al cierre cautelar de una discoteca ordenado en un procedimiento resuelto con una sanción luego anulada; la STS de 12 de julio de 2001 (rec. 3655/1997; RJ 6692), relativa a los gastos derivados del aval presentado para suspender la ejecución de la orden de efectuar un ingreso público, y la STS de 21 de abril de 2005 (222/2001; RJ 4314), relativa a la denegación improcedente de un expediente de regulación de empleo. No acabamos de tener claro si esta doctrina es acep-

Nuestros autores han recibido esta línea jurisprudencial con división de opiniones. La mayoría de ellos la ha criticado, aduciendo que no es coherente con el carácter objetivo que en nuestro Derecho —dicen— tiene la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas²⁸, mientras que algunos de los que se muestran críticos con este rasgo objetivo la han saludado favorablemente²⁹.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

1. *El mito de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas*

La lectura que de los preceptos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas ha efectuado la gran mayoría de los juristas españoles ha sido dominada durante décadas por este mito, en el cual pueden distinguirse dos vertientes. La primera, de índole descriptiva, consiste en entender que nuestro ordenamiento jurídico vigente configura la responsabilidad patrimonial de las Administraciones con carácter objetivo. Algunos han llegado a decir incluso que esta configuración ha sido consagrada por el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978³⁰. La segunda vertiente, de

tada por la STS de 16 de febrero de 1999 (rec. 5554/1994; RJ 4438), que declara la responsabilidad del Ayuntamiento de El Campello por haber prohibido ilegalmente la construcción de siete apartamentos en un edificio de la actora. El Ayuntamiento alegaba la gran dificultad interpretativa a la que tuvo que hacer frente la resolución luego anulada, pero el Tribunal Supremo desestima esta alegación, invocando el artículo 1288 del Código civil, por la razón de que había sido el propio Ayuntamiento el que, al dictar una norma reglamentaria oscura, había engendrado tal dificultad.

²⁸ Vid. D. BLANQUER (1997), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, INAP, Madrid, págs. 51 y ss.; M.^a C. NÚÑEZ LOZANO (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, págs. 201 y ss.; F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE (2005), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, págs. 51 y ss.; M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (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, T. II; J. L. BOSCH CHOLBI (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, págs. 93 y ss.; J. SUAY RINCÓN (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, T. I, pág. 789.

²⁹ Vid. T. FONT I LLOVET (2000), «Hacia la “escala” de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 106, págs. 237 y ss.; O. MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, págs. 315 y ss.

³⁰ M. BELADIEZ ROJO (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, págs. 29, 30 y 72; J. JORDANO FRAGA (1999), «La re-

índole valorativa, consiste en juzgar de manera muy positiva esa responsabilidad universalmente objetiva.

Hoy todo el mundo sabe o debería saber que nuestros Tribunales actúan en el terreno de los hechos como si no se creyeran el mito. Suelen decir una cosa y hacer otra. Por más que afirmen —retóricamente— que las Administraciones públicas responden de manera objetiva, la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento los resuelven como si dicha responsabilidad requiriese una actuación negligente³¹. En el campo de la asistencia sanitaria, por poner un ejemplo significativo, consideran que el particular tiene el deber jurídico de soportar los daños ocasionados si la correspondiente intervención fue realizada conforme a la *lex artis* y el paciente prestó antes su consentimiento después de haber sido informado adecuadamente de los riesgos que aquélla implicaba, es decir, si el servicio público sanitario funcionó correctamente³².

El aspecto valorativo del mito se encuentra, por otra parte, cada vez más cuestionado. Son muchos los autores que, con argumentos del todo convincentes, se han mostrado escépticos o críticos con esa índole objetiva³³.

Resulta llamativo, sin embargo, que casi nadie haya cuestionado la referida vertiente descriptiva. Tanto la jurisprudencia como los autores, prácticamente sin excepciones, siguen afirmando que la res-

forma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones públicas», núm. 149 de esta REVISTA, págs. 325 y ss.

³¹ Vid., entre otros, J. LEGUINA VILLA (1980), «La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», núm. 92 de esta REVISTA, págs. 33 y 34; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (1986), «Responsabilidad administrativa por culpa “in vigilando” o “in omittendo”», *Poder Judicial*, 2, pág. 123; M. CUETO PÉREZ (2000), «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», núm. 152 de esta REVISTA, pág. 275; F. J. DE AHUMADA RAMOS (2000), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Elcano, págs. 162 y ss.; F. GARRIDO FALLA (2002), *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, T. II, pág. 317; M. REBOLLO PUIG (2004), «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. SAINZ MORENO, INAP, Madrid, págs. 224 y 225; J. M.^a BAÑO LEÓN (2007), «La teoría de la responsabilidad patrimonial administrativa y su análisis en la práctica», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Cuadernos de Derecho Judicial (versión electrónica); G. FERNÁNDEZ FARRERES (2009), «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y títulos de imputación del daño», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Coords. J. ORTIZ BLASCO y P. MAHILLO GARCÍA, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, págs. 105 y ss.

³² Vid. M. CUETO PÉREZ (1997), *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 353 y ss.; J. GUERRERO ZAPLANA (2004), *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, págs. 120 y ss., y, especialmente, O. MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, págs. 629 y ss.

³³ Vid., por todos, O. MIR PUIGPELAT (2002: 153 y ss.), así como los autores citados por el autor (en págs. 29 y ss.).

ponsabilidad patrimonial de la Administración está caracterizada *de iure*, en nuestra legislación vigente, como objetiva, con independencia de que luego los Tribunales actúen *de facto* como si se tratara de una responsabilidad por culpa. Incluso un autor como MIR PUIGPELAT, seguramente el más significado crítico de esa naturaleza objetiva, efectúa sus consideraciones *de iure condendo*, sin cuestionar el mito *de lege data*³⁴.

Desde luego, no creemos que pueda sostenerse que el artículo 106.2 de la Constitución ha prescrito dicha índole objetiva, haciéndola indisponible hasta para el legislador³⁵. El contraste de la letra del precepto («funcionamiento de los servicios públicos») con la fórmula de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 («funcionamiento normal o anormal» de los mismos), en la que muchos autores vieron la consagración de un sistema de responsabilidad objetiva, indica que el constituyente no quiso aquí optar por uno u otro régimen, sino que prefirió dejar abierta esta cuestión para que el legislador la regulara. Esa conclusión viene corroborada por el hecho de que el mismo artículo 106.2 se haya remitido explícitamente a la ley para regular los términos en los que debe responder el Estado. Se subraya así la amplísima discrecionalidad de que aquí dispone el legislador democrático para desarrollar lo establecido en la Constitución³⁶.

Pero es que tampoco creemos que pueda afirmarse que la legislación vigente —en concreto el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, cuando dice que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»— establezca que las Administraciones públicas españolas responden siempre y en todo caso de manera objetiva³⁷. La extraordinaria vaguedad de este y otros preceptos que en nuestro Derecho regulan la responsabilidad civil de tales

³⁴ O. MIR PUIGPELAT (2002: 40 y ss. y 353).

³⁵ Vid. O. MIR PUIGPELAT (2002: 216 y ss.), con cuyos argumentos coincidimos plenamente. La STS de 5 de febrero de 1996 (RJ 987) afirma en este sentido que «el debate no es un debate de Derecho Constitucional».

³⁶ Como han declarado, entre otras, las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7), y 49/2008, de 9 de abril (FJ 12), «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos... las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo».

³⁷ Aquí coincidimos con L. MEDINA ALCOZ (en 2005a: 119 y ss.; y en 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*, 9, págs. 8 y ss.).

organizaciones encierra importantes desventajas (inseguridad jurídica, litigiosidad, excesivo protagonismo del arbitrio judicial, etc.)³⁸, pero también tiene un lado bueno, cual es el de la flexibilidad³⁹. Su alto grado de indeterminación los hace susceptibles de interpretaciones tales que den respuestas diversas a los diferentes tipos de casos enjuiciados, en atención a sus peculiares circunstancias.

Así ocurre, especialmente, con el artículo 141.1, primer inciso, de la Ley 30/1992, que dispone que sólo son indemnizables los daños anti-jurídicos, «las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Es perfectamente plausible interpretar esta ambigua disposición en clave culpabilística, bajo determinadas circunstancias. Cabe entender que, en ciertos supuestos, existe un deber de soportar los daños ocasionados por los agentes de la Administración cuando éstos se han empleado con la diligencia debida.

Repárese en que éste es el significado que le han venido a dar algunas de las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas: «no cabe... apreciar la antijuridicidad de la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial»; «no es de apreciar la antijuridicidad de la lesión... [cuando no hubo] una actuación negligente del Ayuntamiento o alguno de sus componentes»⁴⁰; «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»⁴¹.

2. *La solución no tiene por qué ser monolítica. El papel de la jurisprudencia ante la excesiva indeterminación y uniformidad de la ley*

Se dice que uno de los grandes defectos de la normativa española reguladora de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas es su excesiva uniformidad⁴². No es atinado prescribir exactamente el

³⁸ Vid. O. MIR PUIGPELAT (2002: 288 y ss.).

³⁹ En este sentido, L. MEDINA ALCOZ (2005b: 15 y 16).

⁴⁰ STS de 10 de junio de 1986 (RJ 6761).

⁴¹ STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993; RJ 987).

⁴² Vid., por todos, O. MIR PUIGPELAT (2002: 308 y ss.).

mismo régimen para todos los casos de responsabilidad patrimonial en los que se ve envuelta una Administración pública, porque lo que puede ser una solución apropiada en algunos ámbitos puede no serlo en otros, donde las necesidades difieren. Pero la absoluta uniformidad es lo que aparentemente prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

Ahora bien, ello no impide, sino que más bien justifica, que los Tribunales traten de elaborar, desarrollar y aplicar criterios que den respuestas equitativas y, cuando sea necesario, diversas a los distintos problemas que plantea la responsabilidad patrimonial de la Administración en diferentes sectores. Es perfectamente lícito e incluso deseable que los Tribunales diversifiquen las soluciones jurisprudenciales en atención a las peculiares circunstancias de cada contexto, siempre dentro del marco de posibilidades que les ofrece la legislación vigente, que es amplísimo.

Decimos esto porque existe una cierta querencia en la doctrina española a sostener posiciones monolíticas en relación con el problema que estamos considerando. La jurisprudencia del «margen de tolerancia» —o responsabilidad por culpa— suele ser rechazada o alabada en bloque, sin distinguir por razón del tipo de acto jurídico causante de los daños⁴³. Otras veces se hacen distinciones, pero es dudoso que los criterios utilizados para ello resulten plausibles a los efectos de justificar la elección entre responsabilidad objetiva o responsabilidad por culpa. Es muy discutible, por ejemplo, la doctrina sentada por la STS de 5 de febrero de 1996 (RJ 987), en virtud de la cual se predica el canon de la culpa únicamente para los actos discrecionales o cuyas condiciones de emanación están reguladas mediante normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, pero no para los actos reglados. Como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, el criterio de la «infracción suficientemente caracterizada» resulta aplicable también a las potestades regladas, que no confieren margen de apreciación alguno a la Administración. Cuando se ejercen potestades de este tipo, es difícil que las ilegalidades cometidas hayan de considerarse excusables, es difícil que éstas puedan producirse si la Administración actúa con la diligencia debida, pero no es imposible⁴⁴: sirva como ejemplo el propio caso *Artegodan*, en el que los errores fueron propiciados por la extraordinaria complejidad fáctica y jurídica de los problemas de fondo tratados.

FONT I LLOVET y MIR PUIGPELAT han apuntado que tal vez fuese razonable dar un tratamiento distinto a los actos que inciden desfavorablemente en situaciones jurídicas ya existentes de los particulares y a

⁴³ Vid., por ejemplo, L. MEDINA ALCOZ (2005a: 253 y ss.).

⁴⁴ En sentido similar, vid. O. MIR PUIGPELAT (2002: 316 y ss.).

los actos que dejan de crear ilegalmente situaciones jurídicas favorables, pues el daño sufrido es más grave en el primer caso⁴⁵. A nuestro juicio, esta distinción podría tener relevancia a los efectos de precisar la realidad y la magnitud de los daños indemnizables y, por lo tanto, de la compensación procedente, pero no vemos por qué deba ser decisiva a la hora de aplicar el canon de la culpa o el de la responsabilidad objetiva. Y algo parecido cabría decir en relación con las diferencias que acaso debiera haber entre los vicios de fondo y los de forma de los correspondientes actos⁴⁶.

3. *La ilegalidad de un acto administrativo no excluye la posibilidad de que la Administración haya actuado diligentemente al dictarlo*

Pudiera pensarse que la ilegalidad de un reglamento o de un acto administrativo implica necesariamente que la Administración no se empleó con la diligencia debida al dictarlos. Dicha ilegalidad entrañaría inexorablemente una suerte de culpa *in re ipsa*, de negligencia *per se*, una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad.

Esta tesis, que algunos autores extranjeros han sostenido⁴⁷, no resulta aceptable. La negligencia consiste en la *infracción de un deber de cuidado* o, como dice el artículo 1104.I del Código civil, 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». Este deber no es, pues, de resultado, sino de medios. No se infringe simplemente por haber causado un hecho —v. gr., un accidente—, sino por no haber llevado cierto cuidado a fin de prevenirlo, por no haber adoptado suficientes medidas de seguridad tendentes a evitarlo.

Y es claro, asimismo, que el nivel de cuidado exigible tiene un límite, no es infinito. 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 —producto de los daños que con ellas se evitan por la probabilidad de evitarlos adoptándolas— es igual a su coste social marginal. Se actúa negligentemente cuando las medidas preventivas adoptadas quedan por debajo del referido punto óptimo⁴⁸.

⁴⁵ T. FONT I LLOVET (2000: 241 y ss.); O. MIR PUIGPELAT (2002: 319 y ss.).

⁴⁶ Cfr. la STPI de 11 de julio de 2007 (*Schneider Electric*, T-351/03, §§ 145 y ss. y 260 y ss.), en relación con los daños causados por un acto administrativo aquejado de un vicio de procedimiento.

⁴⁷ Vid. L. MEDINA ALCOZ (2005a: 256 y ss.).

⁴⁸ Vid., a título ilustrativo, D. WITTMAN (2006), *Economic Foundations of Law and Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 142 y ss.

Pues bien, es perfectamente posible que una Administración pública actúe con el cuidado requerido a fin de tomar una decisión ajustada a Derecho y, a pesar de ello, luego ésta sea anulada. La Administración puede haber empleado todos los medios que razonablemente estaban a su alcance con el objetivo de garantizar el acierto de un acto. Puede haber recabado la opinión de órganos consultivos y los mejores expertos, practicado las pruebas pertinentes, examinado atentamente los documentos presentados por los interesados, ponderado adecuadamente los intereses concurrentes, etc. Todo lo cual aumentará la probabilidad de que el acto adoptado sea conforme a Derecho, pero no siempre lo garantizará con absoluta certeza. Ni aun procediendo con un grado de precaución superior al exigible cabe eliminar por completo el riesgo de incurrir en alguna ilegalidad.

Pongamos, por ejemplo, que el vicio del acto ha sido provocado por una irregularidad cometida, dolosa o culposamente, por el propio interesado y que los agentes de la Administración no han podido detectar a pesar de haber actuado con el cuidado exigible. Imaginemos que la documentación presentada por el solicitante para la obtención de una licencia incurre en errores o falsedades prácticamente imposibles de descubrir en el correspondiente procedimiento⁴⁹. No está de más recordar que, de acuerdo con el artículo 35.d) *in fine* del Texto Refundido de la Ley del Suelo, «en ningún caso habrá lugar a indemnización [por la “anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente”] si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado»⁵⁰.

Imaginemos que un órgano administrativo resuelve sobre un controvertido problema en el sentido que hasta la fecha venía indicando la jurisprudencia. Pongamos, no obstante, que el Tribunal Supremo rectifica motivadamente su doctrina jurisprudencial al enjuiciar precisamente dicha resolución administrativa, declarándola contraria a Derecho. No creemos que pueda decirse que la actuación de la Administración —y del propio Tribunal Supremo!— haya sido culposa. Como tampoco cabe afirmar que los jueces y magistrados incurren en una negligencia siempre que sus decisiones son anuladas por los Tribunales de instancias superiores.

⁴⁹ Vid., por ejemplo, la STS de 7 de junio de 1984 (RJ 3449).

⁵⁰ Cfr. B. F. MACERA (2005), «Sobre la *exceptio doli* como factor de exoneración de la responsabilidad administrativa por anulación de licencias urbanísticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 127, págs. 477 y ss.

4. *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 costes⁵¹. Y, desde luego, no disponemos de la necesaria información empírica para efectuar una afirmación fiable al respecto. 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 reduce 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 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 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 Administración⁵².

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 objetiva⁵³, por lo que el criterio de la culpa, combinado con tales sistemas, probablemente resulte más ventajoso en este punto.

⁵¹ Vid. S. SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 282 y 283.

⁵² F. GONZÁLEZ POMAR (2001), «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *InDret*, 1, pág. 2.

⁵³ Vid. O. MIR PUIGPELAT (2002: 242 y ss.).

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 efectos⁵⁴.

El problema es que estas supuestas condiciones no suelen darse en la práctica. Muchas veces resulta difícil, cuando no imposible, precisar a 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 preferible⁵⁵. 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

⁵⁴ Cfr. S. SHAVELL (2004: 177 y ss.).

⁵⁵ Vid., en sentido parecido, S. SHAVELL (2004: 229).

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. En tales circunstancias, si los Tribunales fijaran un nivel de cuidado demasiado 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, la Administración se ajustaría a él cuando cometiese la misma equivocación de considerar que se trata del óptimo, lo cual, cabe estimar, sucederá en un 1,25% de las ocasiones⁵⁶; y, aunque no compartiese esta consideración, incurriría de todos modos en tal exceso si el coste esperado de las indemnizaciones que tendría que pagar por separarse del criterio de los jueces excediese el coste de las medidas de seguridad adoptadas para llegar a dicho nivel⁵⁷. Si los Tribunales acertaran al determinar el grado de cuidado exigible, la Administración lo adoptaría, salvo que apreciase erróneamente que el óptimo es inferior —lo cual ocurrirá en un 2,5% de los casos⁵⁸— y estimase que el coste esperado de no actuar con la diligencia judicialmente requerida supera el coste de las medidas que debería adoptar para ello.

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 veces⁵⁹, la segunda hace que ese porcentaje iguale o supere el 28,75%⁶⁰.

⁵⁶ 25% · 5%.

⁵⁷ Esta última ineficiencia puede producirse si la Administración responde de todos los daños causados por su actuación negligente, y no sólo de los ocasionados por su negligencia. Imaginemos, por ejemplo, que la Administración comete la negligencia de no instalar un mecanismo dirigido a prevenir los incendios provocados por las chispas que emiten las ruedas de un tren de su propiedad, y que los Tribunales condenan a la Administración a resarcir todos los daños que los incendios engendrados por dichas chispas causen, y no sólo los daños ocasionados por los incendios que se hubiesen evitado si se hubiera instalado el referido mecanismo. Tomamos el ejemplo de R. COOTER y T. ULEN (2007), *Law and Economics*, Pearson, Boston, pág. 343, n. 13.

⁵⁸ 50% · 5%.

⁵⁹ 5% + 5%.

⁶⁰ 25% + 1,25% + 5%.

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 ocasiones⁶¹. El criterio de la culpa, en cambio, haría que ese porcentaje se redujera significativamente, oscilando entre un mínimo de 6,25% y un máximo de 32,5%⁶².

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 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 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 esta y otras Admi-

⁶¹ 25% + 25%.

⁶² Si los Tribunales exigen un nivel de cuidado demasiado alto, la probabilidad de que la Administración lo alcance será como mínimo del 1,25% (= 5% · 25%), aunque podría llegar al 5%, en función de la magnitud de las indemnizaciones a las que tendría que hacer frente por apartarse del criterio judicial. Existe un 22,5% (= 90% · 25%) de probabilidades de que los Tribunales acierten al fijar el nivel de cuidado exigible y la Administración considere que el nivel óptimo es inferior, en cuyo caso ésta podría actuar eficiente o ineficientemente, dependiendo de la magnitud de las referidas indemnizaciones. Si los Tribunales exigen un nivel de precaución excesivamente bajo —lo cual sucederá un 5% de las veces—, la Administración se ajustará siempre al mismo, sin rebasarlo. En suma, la probabilidad de que la Administración actúe ineficientemente es, como mínimo, del 1,25% + 5% y, como máximo, del 5% + 22,5% + 5%.

nistraciones, por las futuras víctimas y, en general, por cualquier interesado⁶³.

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, 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, 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.

Debemos señalar, no obstante, que estas ventajas informativas del criterio de la culpa, que probablemente expliquen en buena medida por qué éste es el sistema predominante de responsabilidad civil, se diluyen algo cuando se trata de daños causados por actos administra-

⁶³ Vid. E. FEES y A. WHOLSCHLEGEL (2006), «Liability and information transmission: The advantage of negligence based rules», *Economic Letters*, 92, págs. 63 y ss.; H. B. SCHAFER y F. MÜLLER LANGER (2009), «Strict Liability Versus Negligence», en *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I: *Tort Law and Economics*, ed. M. FAURE, Edward Elgar, Cheltenham, págs. 27 y ss.; N. SHER (2007), «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, págs. 335 y ss. En sentido similar, O. MIR PUIGPELAT (2002: 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.

tivos ilegales. La razón es que, en estos casos, aun cuando la Administración responda objetivamente, los Tribunales siempre deben analizar y declarar previamente si el acto impugnado fue correcto o incorrecto, si se ajustó a Derecho o no. El proceso en el que se revisa su legalidad ya genera información relativa a este punto, de la cual pueden aprovecharse todos los agentes actual o potencialmente afectados.

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 segundas⁶⁴. Pues bien, la responsabilidad objetiva, por las razones antes expuestas, propicia que cada uno de los sujetos escoja el nivel 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 homogéneos⁶⁵. 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

⁶⁴ Vid., a título ilustrativo, los artículos 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).

⁶⁵ H. B. SCHÄFER y F. MÜLLER LANGER (2009: 25). Por lo demás, y como señala T. J. MICELI (2006), «On Negligence Rules and Self-Detection», *Review of Law and Economics*, 2, págs. 349 y ss., también es posible configurar, al menos sobre el papel, algunos sistemas culpabilísticos que induzcan ese efecto autoselectivo.

entorno⁶⁶, 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 víctimas⁶⁷. En un régimen de responsabilidad objetiva, es aquélla la que soporta el riesgo 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, paralizante⁶⁸. 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.

⁶⁶ Vid. O. MIR PUIGPELAT (2002: 154 y ss. y 199 y ss.).

⁶⁷ Vid., *mutatis mutandi*, S. SHAVELL (2004: 193 y ss.).

⁶⁸ Recordemos la justificación que del requisito de la «infracción suficientemente caracterizada» da la jurisprudencia comunitaria: 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)]. Recuérdese, también, uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo 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 A. BLASCO ESTEVE (1985: 221), «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».

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 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, conendrá aplicar la regla de la responsabilidad objetiva. En caso contrario, será preferible el canon de la culpa⁶⁹. 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 actividad⁷⁰.

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 «internalizando» dichos beneficios, por ejemplo mediante la concesión de subvenciones u otras medidas de fomento⁷¹.

⁶⁹ En sentido similar, vid. J. Y. KIM (2006), «Strict liability versus negligence when the injurer's activity involves positive externalities», *European Journal of Law and Economics*, 22, págs. 95 y ss., y, sobre todo, el esclarecedor estudio de K. N. HYLTON (2008), «A positive Theory of Strict Liability», *Review of Law and Economics*, 4, págs. 153 y ss.

⁷⁰ Vid., por ejemplo, S. PINDYCK y D. L. RUBINFELD (2001), *Microeconomía*, trad. E. RABASCO y L. TOHARIA, Pearson, Madrid, págs. 649 y ss.

⁷¹ *Ibidem*.

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 considerada⁷². 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 social⁷³. En este caso, dicha persona es aquella cuya actividad genera peores externalidades negativas netas y, por lo tanto, aquella que puede reducir el volumen de su actividad y, a la postre, el riesgo de que se produzcan tales daños con el menor coste para la comunidad.

5. *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 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

⁷² 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 de actividad por debajo del nivel socialmente óptimo y elevar el de las víctimas por encima de lo socialmente deseable.

⁷³ Vid. S. G. GILLES (1992), «Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider», *Vanderbilt Law Review*, 78, págs. 1291 y ss.

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 legalidad⁷⁴. 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 arrasamos en buena medida, está 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 generosos⁷⁵.

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 per-

⁷⁴ Recordemos la observación de A. BLASCO ESTEVE (1985: 221): «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».

⁷⁵ Vid. el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

sonas —v. gr., las empresas farmacéuticas—⁷⁶, 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 «gorrones» 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 tendrá una solución más factible cuanto más pequeño sea el número de los miembros potenciales del *lobby*⁷⁷.

6. *Actividades administrativas respecto de las cuales resulta pertinente la responsabilidad objetiva*

A) *Ejercicio de la potestad tributaria*

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 se-

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Vid., entre otros, G. STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, págs. 3 y ss.; E. R. ELHAUGE (1991), «Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?», *Yale Law Journal*, 101, págs. 35 y ss.

guramente superan a las originadas por la actividad de los particulares que suscita la intervención administrativa dañosa. Pensemos en la potestad tributaria. Los actos dictados a resultas de su ejercicio no crean externalidades positivas significativas. Con los ingresos obtenidos, las autoridades competentes pueden financiar actuaciones de interés general, beneficiosas para el conjunto de los ciudadanos, pero estos beneficios son internalizados en gran medida por aquéllas, por cuanto pueden obtener réditos económicos o políticos de cada céntimo recaudado. La proverbial voracidad de la Hacienda pública ya es bastante elevada, sin necesidad de que los ciudadanos la estimulen, por ejemplo mediante recursos judiciales contra su inactividad.

El sometimiento a un régimen de responsabilidad objetiva supondría para la Administración tributaria una cierta merma de ingresos, pero nótese que ella misma puede solucionar este problema de una manera relativamente fácil, provocando un cambio normativo que le permita elevar la recaudación.

La Administración tributaria, de otro lado, puede causar perjuicios de cierta entidad aun actuando con la diligencia debida. Sirva el ejemplo, previsto en el artículo 33.1 de la Ley General Tributaria, de los ocasionados a los contribuyentes que se ven en la necesidad de aportar garantías para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda, si luego el acto o la deuda son declarados improcedentes. Por otra parte, no parece que las actividades de los contribuyentes que suscitan la actuación de la Hacienda pública generen normalmente externalidades negativas. Y, cuando las generan (v. gr., porque se trata de actividades contaminantes), la Administración dispone de otros mecanismos que permiten internalizarlas más eficientemente (v. gr., elevar la cuantía de los tributos que las gravan). Parece, en suma, que el peligro de un nivel excesivo de actividad de la Administración tributaria, que originaría la aplicación del canon de la culpa, es más grave que el eventual exceso en el nivel de la actividad privada sujeta a gravamen que provocaría el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva. Da la impresión, pues, de que esta última solución resulta preferible.

Y, de hecho, ésta ha sido la solución dominante en la jurisprudencia⁷⁸. El Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, que la Administración responde (objetivamente) de los gastos en que haya incurrido el recurrente al constituir las garantías —v. gr., avales bancarios— exigidas para obtener la suspensión de la ejecución de liquidaciones tributarias

⁷⁸ Vid. J. MARTÍN QUERALT (2004), «La responsabilidad por actos tributarios», en *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez. Cuadernos de Derecho Judicial*, dir. J. DÍAZ DELGADO, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 333 y ss.

posteriormente anuladas⁷⁹, jurisprudencia luego recogida por el artículo 12 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y el artículo 33.1 de la vigente Ley General Tributaria.

En sentido análogo se ha pronunciado el Alto Tribunal respecto de los daños que la Administración ocasionó a un contribuyente al ejecutar irregularmente —mediante el embargo y enajenación en subasta pública de un inmueble del que aquél era propietario— una liquidación tributaria luego anulada⁸⁰.

Otra ha sido la solución que la jurisprudencia ha dado al problema de si hay que resarcir a los recurrentes por los honorarios pagados a los abogados que les asistieron en vía administrativa y lograron la anulación de los correspondientes actos tributarios. En una serie de sentencias que se inicia con la de 14 de julio de 2008 (rec. 289/2007; RJ 3432)⁸¹, el Tribunal Supremo ha dejado sentado que:

«Cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad».

⁷⁹ Vid., entre otras muchas, las SSTS de 3 de febrero de 1989 (RJ 847), 3 de abril de 1990 (RJ 2774), 13 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8108), 18 de enero de 1995 (RJ 89), 21 de febrero de 1995 (RJ 1370), 18 de marzo de 1995 (rec. 1872/1993; RJ 2501), 25 de marzo de 1995 (rec. 2436/1993; RJ 2538), 19 de julio de 1995 (rec. 372/1991; RJ 6041), 24 de mayo de 1996 (rec. 5300/1991; RJ 5300/1991), 14 de octubre de 1996 (rec. 2123/1992; RJ 7272), 3 de abril de 1997 (RJ 2974), 9 de abril de 1997 (RJ 3127), 30 de abril de 1997 (rec. 7009/1992; RJ 3475), 2 de julio de 1997 (RJ 5660), 1 de octubre de 1997 (rec. 427/1994; RJ 7741), 8 de julio de 1998 (rec. 2593/1992; RJ 9893), 18 de septiembre de 1998 (rec. 239/1993; RJ 7519), 26 de septiembre de 1998 (rec. 6394/1992; RJ 7885), 13 de marzo de 1999 (rec. 3068/1994; RJ 2519), 12 de julio de 2001 (rec. 2662/1996; RJ 3116), 22 de febrero de 2002 (rec. 8078/1996; RJ 5522), 20 de enero de 2003 (rec. 8474/1998; RJ 672), 31 de enero de 2003 (rec. 8100/1998; RJ 2357) y 19 de septiembre de 2007 (rec. 383/2003; RJ 6304). Vid., también, la STS de 29 de octubre de 1998 (rec. 2776/1991; RJ 8422), relativa a los gastos derivados de un aval que hubo de prestar la recurrente para suspender la vía de apremio seguida para ejecutar forzosamente un acto municipal que exigía un pago en metálico en sustitución de una cesión urbanística; y la STS de 12 de noviembre de 2002 (rec. 476/1998; RJ 2003, 360), relativa a un caso análogo, en el que un Ayuntamiento había exigido ilegalmente el 15% del aprovechamiento urbanístico de unos terrenos.

⁸⁰ STS de 2 de febrero de 1988 (RJ 645).

⁸¹ Vid., además, las SSTS de 22 de septiembre de 2008 (rec. 324/2007; RJ 4543), 10 de noviembre de 2009 (rec. 184/2008; RJ 1712) y 1 de diciembre de 2009 (rec. 48/2009; RJ 2010, 368).

El Tribunal Supremo había sostenido en el pasado que estos daños no resultaban indemnizables por faltar el requisito de la relación de causalidad, habida cuenta de que la asistencia letrada en vía administrativa no resulta obligada: los honorarios pagados no constituían una consecuencia necesaria de la ilegalidad cometida, sino que tenían su origen en la libre voluntad de los actores⁸². Ahora rectifica:

«Pese a que en la vía económico-administrativa no sea obligada la comparecencia mediante un profesional del derecho..., la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras, los ciudadanos que deciden voluntariamente asistirse de un técnico cuando se enfrentan a los vericuetos de una inspección fiscal y a la liquidación en la que desemboca no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta ese asesoramiento, a veces insoslayable para obtener la anulación pretendida».

Esta rectificación es enteramente acertada. El Derecho ha de promover —y no desincentivar— comportamientos socialmente eficientes. Y, en atención a la complejidad de la materia tributaria y a la entidad de los intereses en juego, muchas veces resulta diligente, eficiente, a los efectos de mitigar posibles daños, que los contribuyentes comparezcan en la vía administrativa asistidos por un experto, pues los perjuicios que probablemente éste les puede ahorrar superan al importe de sus honorarios. Si la Administración tributaria que ha dictado culposamente un acto ilegal responde de los honorarios «razonables» o «eficientes» pagados por el recurrente para impugnarlo, tanto aquélla como éste tienen un importante incentivo económico para actuar con la diligencia debida. La primera sabrá que puede eludir el reembolso de los hono-

⁸² Vid. las SSTs de 2 de febrero de 1993 (RJ 579), 12 de noviembre de 1998 (rec. 1583/1994; RJ 9530) y 18 de abril de 2000 (rec. 1472/1996; RJ 3373). Sobre esta jurisprudencia, en tono crítico, vid. E. V. PÉREZ POMBO (2008), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones tributarias», *Quincena Fiscal*, 19, págs. 73 y ss.; J. L. BOSCH CHOLBI (2008: 92 y ss.); I. MERINO JARA (2009), «Honorarios de letrado y responsabilidad patrimonial de la Administración tributaria», *Quincena Fiscal*, 6, págs. 77 y ss.

rarios si procede con el debido cuidado; y el segundo, que sólo podrá resarcirse de los gastos de asistencia letrada que resulten razonables. La irresponsabilidad de la Administración negligente provocaría que a ésta ya no le resultase tan atractivo actuar con el cuidado exigible, y disuadiría al contribuyente de adoptar medidas de autoprotección que son eficientes, socialmente deseables.

Ahora bien, el Tribunal considera que esos gastos eficientes sólo pueden ser recuperados cuando la actuación administrativa ilegal ha rebasado los márgenes de lo razonable. El Tribunal está adoptando así el canon de la culpa, por más que se empeñe en afirmar retóricamente que «con este planteamiento no se “subjetiviza” el instituto de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones públicas, que sigue haciendo abstracción de todo elemento culpabilístico en la conducta administrativa». Tres son los argumentos empleados para justificar esta solución.

El primero es que «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». Es muy probable, ciertamente, que la responsabilidad objetiva de la Administración tributaria por tales daños produjera un efecto en cierta medida inhibitorio y reductor de su nivel de actividad, pero está por ver que este riesgo sea peor que el de una excesiva presión recaudatoria, que conllevaría el canon culpabilístico.

Se esgrime, en segundo lugar, la analogía existente con el régimen jurídico de las costas procesales: «no le falta razón al Abogado del Estado cuando destaca la paradoja que supone aplicar en el ámbito administrativo un principio que el legislador no ha querido para el jurisdiccional, donde la regla general consiste en que cada parte pague con sus gastos, salvo que medie temeridad o mala fe de una de ellas». En nuestra opinión, tal vez no tenga mucho sentido tratar de manera diferente los gastos de defensa generados en vía administrativa y los originados en el proceso, pero a lo mejor la regla que conviene cambiar es la aplicable a estos últimos⁸³.

El Tribunal Supremo considera, en tercer lugar, que para precisar si los referidos daños son antijurídicos y, por lo tanto, resarcibles hay que tener en cuenta también las circunstancias personales de la víctima:

⁸³ No podemos analizar aquí el complejo problema de quién debería cargar con las costas procesales [puede verse al respecto A. W. KATZ (1999), «Indemnity of Legal Fees», en *Encyclopedia of Law and Economics*, eds. B. BOUCKAERT y G. DE GEEST, Edward Elgar, Cheltenham, vol. V, págs. 63 y ss.], pero creemos que no hay que descartar, ni mucho menos, la posibilidad de que convenga darle una solución distinta de la pertinente para las «costas del procedimiento administrativo».

«No existe “igualitarismo” en este ámbito, pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición... no puede equipararse, a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar una asistencia letrada *ad hoc*, con una sociedad, organización compleja, habitual, por su actividad, a entrar en conflicto con la Hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de “igual”, un asesoramiento externo».

Esta distinción, además de injustificada, nos parece injustificable. La riqueza y las demás condiciones personales de las víctimas no deberían tener relevancia —y, de hecho, normalmente carecen de ella— cuando se trata de precisar si hay que indemnizarlas en concepto de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos. Otra cosa es que, por razones de solidaridad, puedan otorgarse ayudas —v. gr., beneficio de justicia gratuita, exención de tasas judiciales, etc.— a las personas que se hallen en una determinada situación. Pero esas ayudas nada tienen que ver con la figura de la responsabilidad patrimonial.

B) *Ejercicio de la potestad expropiatoria*

Otro ejemplo podría ser el de la potestad expropiatoria. El peligro de que la Administración expropie demasiado es, seguramente, más grave que el consistente en que expropie excesivamente poco. La expropiación puede engendrar, ciertamente, beneficios para personas distintas de la Administración, pero cabe estimar que éstos son en cierta medida internalizados por las autoridades que ejercen esta potestad, pues a resultas de ella obtienen bienes o derechos que tienen la posibilidad de rentabilizar económica o políticamente. El riesgo de que una expropiación ocasione externalidades negativas, en cambio, es bastante alto. Puede ocurrir, por ejemplo, que se expropie un bien que no es realmente necesario para satisfacer intereses públicos, o al que el propietario otorga un valor, en gran medida idiosincrásico, superior

al que el mismo bien tiene en manos de la Administración. Por otro lado, la actividad de la víctima que suscita la operación expropiatoria no genera normalmente externalidades negativas. Adquirir y mantener la propiedad de un bien no parece que pueda considerarse *prima facie* socialmente perjudicial, más bien lo contrario.

En la práctica, los Tribunales aplican a las expropiaciones ilegales un estándar de responsabilidad objetiva: para considerar indemnizables los daños ocasionados por una expropiación ilegal no hace falta acreditar que la ilegalidad obedeció a una negligencia. Es más, la jurisprudencia contencioso-administrativo ha declarado que en los casos en que se expropia ilegalmente un bien y no resulta posible devolverlo al expropiado, éste tiene derecho a una indemnización equivalente al justiprecio expropiatorio incrementado en un 25%, a pesar de que este incremento no ha sido previsto por el legislador⁸⁴. Con esta suerte de indemnización punitiva se pretende, obviamente, disuadir a la Administración de incurrir en tales irregularidades, pues si la indemnización comprendiese simplemente la totalidad de los perjuicios causados al expropiado, lo que la Administración debería pagar por una expropiación ilegal coincidiría exactamente con el justiprecio de una expropiación legal, lo que seguramente haría que las expropiaciones ilegales fuesen demasiado atractivas para la Administración. Si se quiere disuadir a los gobernantes de cometer ciertas infracciones, de las cuales pueden extraer eventualmente algunos beneficios, hay que hacer que las mismas les resulten costosas. Quizás fuese razonable, no obstante, reservar ese incremento para los casos en los que la ilegalidad cometida hubiese sido intencionada o culposa.

C) *Ejercicio de la potestad sancionadora*

El mismo canon habría que aplicar a 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

⁸⁴ Vid., entre otras, las SSTs de 25 de octubre de 1996 (rec. 13511/1991; RJ 7125) y 18 de enero de 2000 (rec. 9422/1996; RJ 903), así como las citadas en V. ESCUÍN PALOP (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, págs. 935 y ss.

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 resultarle 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 un inocente resulta mucho peor que dejar sin castigo a un culpable⁸⁵. La singular intensidad que revisten las garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal responde seguramente a esta idea: piénsese, a título ilustrativo, en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*⁸⁶, manifestaciones del más amplio principio *favor rei*⁸⁷. 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—⁸⁸. 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 éstos 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 inocente⁸⁹. Además, estos

⁸⁵ Esta idea ha sido formulada, en estos u otros términos, por varios autores a lo largo de la historia. Vid. A. VOLOKH (1997), «n Guilty Men», *University of Pennsylvania Law Review*, 146, págs. 173 y ss.

⁸⁶ Vid. M. A. RUSCONI (1998), «Principio de inocencia e “in dubio pro reo”», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 33, págs. 44 y ss.

⁸⁷ 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, L. FERRAJOLI (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, *passim*, págs. 60, 105, 107, 152, 164 y ss., 382 y 405.

⁸⁸ Para más detalles, vid. M. RIZZOLI y M. SARACENO (2010), «Better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer», 2010 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430281).

⁸⁹ Vid., entre otros, A. M. POLINSKY y S. SHAVELL (2007), «The Theory of Public Enforcement of Law», en *Handbook of Law and Economics*, eds. A. M. POLINSKY y S. SHAVELL, North

errores tipo I encierran los mismos costes que inexorablemente conllevan cualesquiera sanciones, incluso las impuestas legalmente a personas culpables: los que suponen 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 demoledoras consecuencias que para los trabajadores, proveedores y acreedores de una empresa puede tener la sanción de cierre prevista en algunas leyes. 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 penales⁹⁰, 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 sancionador⁹¹. En algunos casos soslaya por completo la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia:

Holland, Amsterdam, vol. I, págs. 427 y ss.; V. FON y H. B. SCHÄFER (2007), «State Liability for Wrongful Conviction: Incentive Effects on Crime Levels», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163, págs. 269 y ss. H. LANDO (2006), «Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?», *Journal of Legal Studies*, 35-2, págs. 327 y ss., considera, sin embargo, 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.

⁹⁰ Vid. K. N. HYLTON y V. S. KHANA (2007), «A Public Choice Theory of Criminal Procedure», *Supreme Court Economic Review*, 15, págs. 61 y ss.

⁹¹ 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 A. HUERGO LORA (2007), *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, págs. 352 y ss., es muy discutible que estas medidas de expulsión tengan realmente carácter sancionador.

- 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 incurso 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».
- La STS de 17 de mayo de 1996 (RJ 5292) declara el derecho del recurrente a 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.

En otros casos, el Tribunal Supremo parece aplicar dicha doctrina, pero también declara la responsabilidad patrimonial de la Administración. Aunque el razonamiento difiere, el resultado acaba siendo el mismo:

- La STS de 11 de marzo de 1999 (rec. 6616/1994; RJ 3035), relativa al cumplimiento de una sanción de arresto disciplinario posteriormente anulada, estima que «no estamos... ni ante el ejercicio de potestades discrecionales, ni ante un supuesto en que la norma deba ser integrada mediante la apreciación de concepto indeterminado, sin que nos encontremos ante un supuesto que sólo exigió la apreciación de un dato objetivo determinante de la existencia o no de la conducta tipificada como

- falta grave, por lo que en consecuencia... el carácter antijurídico del daño es incuestionable». Véase en el mismo sentido la STS de 13 de enero de 2000 (rec. 7837/1995; RJ 659).
- 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, considera que «en el caso de autos, no nos encontramos ante ninguno de los supuestos que según la doctrina expuesta podrían dar lugar a una resolución denegatoria de la pretensión de responsabilidad, dado que la anulación de la sanción impuesta viene determinada por un hecho objetivo indubitado cual es la prescripción».
 - 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, ni siquiera se molesta en razonar por qué aquí no concurrían los requisitos, fijados por la doctrina del margen de tolerancia, para exonerar a la Administración.
 - 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 sancionadores resueltos con sendas sanciones ulteriormente anuladas. El Tribunal considera que el cierre era desproporcionado, y que las actoras «no se encuentran jurídicamente obligadas a soportar el daño» ocasionado por una actuación administrativa que «no se ha producido dentro de los márgenes razonables en los que debe transitar una organización llamada a satisfacer los intereses generales con eficacia pero también con objetividad».

Y el criterio de la responsabilidad objetiva es también el que se desprendía del artículo 81.5 de la Ley General Tributaria, redactado conforme a la Ley 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 adquiera firmeza».

V. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo viene repitiendo retóricamente que las Administraciones públicas responden civilmente de manera objetiva por los daños que sus actos administrativos ilegales hayan causado, pero lo cierto es que en muchas ocasiones aplica realmente un criterio culpabilístico: sólo las declara responsables cuando la ilegalidad cometida constituye una «flagrante desatención normativa», una infracción negligente del ordenamiento jurídico.

El legislador español no prescribe inequívocamente que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas sea siempre y en todo caso objetiva. En concreto, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, cuando dispone que sólo 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 con 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.

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 a Derecho. Sea como fuere, cabe pensar 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 genera peores externalidades negativas netas, es más peligrosa, que la de los particulares. La responsabilidad por culpa producirá probablemente el efecto contrario: engendrará 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, la tributaria o la expropiatoria. Puede observarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende en cierta medida a seguir esta solución, que, por otra parte, no es muy distinta de la que rige en el Derecho privado respecto de la responsabilidad civil de los particulares.

