

**EL PROBLEMA DE LA CULPA EN LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTO
ADMINISTRATIVO.**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

LUIS MEDINA ALCOZ
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Medina Alcoz, L. (2020).

El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo.

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Revista de Administración Pública, 213, 69-91.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.04>

Resumen

El presente trabajo revisa críticamente el tratamiento de la culpa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por acto administrativo. Tras abordar el problema de la culpa en general, aclara el sentido preciso de la locución «responsabilidad patrimonial por acto administrativo», describe la doctrina jurisprudencial a este respecto y expone sus múltiples inconsistencias. El debate en torno a la culpa ha de hacerse más transparente, presentarse como cuestión relativa al título de imputación, no como asunto atinente a la antijuridicidad del daño. La culpa no debe operar como título de imputación en la responsabilidad por infracción del principio de buena fe o confianza legítima ni en la responsabilidad por incumplimiento lesivo de las normas sobre adjudicación de contratos públicos. Para los demás casos, hay varias soluciones posibles. Si la culpa debiera funcionar como título de imputación de la responsabilidad por ilegalidad, habría que considerar en todo caso que la disconformidad a derecho es normalmente indicativa de ella.

Palabras clave

Derecho de daños; responsabilidad civil; responsabilidad patrimonial; acto administrativo; títulos de imputación; margen de tolerancia; culpa; incumplimiento; ilegalidad; buena fe; confianza legítima.

Abstract

This paper critically reviews how the Spanish Supreme Court's case-law deals with liability based on fault in the field of formal administrative decisions. After addressing the problem of fault in general, it clarifies the precise meaning of the phrase «patrimonial liability concerning administrative decisions», describes the judge-made law in this regard and exposes its multiple inconsistencies. The debate on fault has to be more transparent, presented as a problem related to bases of liability, not as a question related to the unlawfulness of the damage. Fault should not operate as a bases of liability in cases of legitimate expectations or infringement of the rules on public procurement. For all other cases, there are several possible solutions. If fault has to function as a bases of liability, it should be considered in any case that the non-compliance with the law is normally indicative of it.

Keywords

Law of damages; law of torts; liability; State liability; administrative decisions; bases of liability; «margen de tolerancia»; fault; infringements; unlawfulness; bona fide; legitimate expectations.

SUMARIO

I. DESENTRAÑANDO MALENTENDIDOS: LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. La superación del monismo culpabilista. 2. La simplificación del sistema a partir de los años setenta. 3. Por un sistema de responsabilidad patrimonial más complejo y sincero. II. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO ADMINISTRATIVO? III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA. IV. INCONSISTENCIAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. V. POSIBLES SOLUCIONES.

I. DESENTRAÑANDO MALENTENDIDOS: LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El problema de la culpa en la responsabilidad por acto administrativo exige conocer de antemano la significación histórica del nuevo sistema de responsabilidad civil de las Administraciones públicas, introducido mediante la Ley de expropiación forzosa de 1954 (LEF), así como la evolución experimentada desde entonces. Lo abordo brevemente a continuación habida cuenta de que, a mi juicio, no valen las explicaciones tópicas a este respecto.

1. LA SUPERACIÓN DEL MONISMO CULPABILISTA

La LEF estableció de modo un tanto subrepticio un nuevo sistema (reiterado en lo fundamental por las leyes de régimen jurídico-administrativo de 1957, 1992 y 2015) que pivotaba en torno a elementos que venía desarrollando la ciencia europea del derecho daños y a los que acabaría ajustándose en buena medida también el derecho privado español.

El primer elemento era la *ampliación del concepto de daño resarcible*. De acuerdo con la concepción delincencial de la responsabilidad civil, dominante durante el siglo XIX, solo era indemnizable el daño derivado de una conducta antijurídica, entendiéndose por tal la que viola una norma jurídica atributiva de

un derecho subjetivo (antijuridicidad *subjetiva*). Al igual que en el derecho penal, las cláusulas generales de responsabilidad civil se interpretaban como normas secundarias dirigidas al juez; le comprometían a imponer la indemnización solo si había la violación de una norma primaria, esto es, la infracción de una previsión dirigida al ciudadano (agente dañoso), prohibiéndole u obligándole a hacer algo. Desprovisto de aquel tinte punitivo, el nuevo sistema trasladó el punto focal de la conducta realizada por la Administración al menoscabo padecido por la víctima: todo daño pasó a ser resarcible en abstracto, sin limitación alguna por razón de su objeto (antijuridicidad *objetiva*). Para considerar indemnizable el daño, la víctima no tenía que probar la vulneración de un deber legalmente predeterminado; la Administración pasó a ser quien, para rechazar la resarcibilidad, debía señalar la norma que amparaba el comportamiento lesivo. Dicho de otro modo: el daño indemnizable (antijurídico) dejaba de ser el producido *contra ius* (por violación de una norma primaria), convirtiéndose simplemente en el realizado *non iure*, el provocado sin causa de justificación (p. ej., la legítima defensa) o, lo que es lo mismo, el que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar.

El segundo elemento se refiere a los *títulos de imputación*, «causas de imputación», en la terminología de García de Enterría, primer intérprete y en cierto modo creador del nuevo sistema; él redactó la cláusula general de responsabilidad civil por funcionamiento de los servicios públicos en el proyecto de LEF, aprobada en este punto sin modificaciones. Me refiero a las razones que permiten ordenar la reparación de un daño una vez que se ha establecido que lo ha generado la Administración y que reviste el carácter de la antijuridicidad, por no mediar causa de justificación. El planteamiento tradicional de raigambre punitiva, dominante en el derecho civil, era *monocéntrico*; la culpa o negligencia era el título de imputación exclusivo y excluyente. Frente a ello, la LEF desligó la responsabilidad civil de la administración de las funciones propias del derecho penal, estableciendo un *sistema policéntrico*, que reconoce la culpa o negligencia (funcionamiento «anormal») como título general de imputación, pero que, para ciertos grupos de casos, a través de la referencia a la responsabilidad por «funcionamiento normal», admite el juego de otros factores de atribución (en particular, el sacrificio especial y el riesgo creado, a los que me refiero seguidamente). Esto suponía degradar el criterio culposo de título único a simple (pero importantísimo) criterio general, así como incluir dentro del sistema supuestos que otros ordenamientos dejaban fuera precisamente por rendir aún tributo al monismo culpabilista¹.

¹ Tal es la interpretación del autor material del sistema: E. García de Enterría (1955), «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, págs. 1023-1166, publicado como monografía: (1956), *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos (cito la reimpresión en Civitas de 1984). En el mismo sentido: J. L. Villar Palasí (1956), Recensión de *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, de E. García de Enterría, *RAP*, núm. 21, págs. 555-558, y (1974),

El nuevo sistema, al abandonar la antijuridicidad subjetiva y el monismo culpabilista, abrió la puerta a que una *teoría unitaria de la responsabilidad civil* encauzara la reparación del sacrificio especial, entendido como daño deliberado, lícitamente causado en beneficio de otros, donde la víctima es tratada como una oportunidad para el interés general: por ejemplo, los perjuicios personales o patrimoniales causados por las fuerzas de seguridad a terceros, pero necesarios para combatir una actividad delincuencia; el menoscabo personal derivado de una vacunación obligatoria; o las pérdidas patrimoniales de establecimientos comerciales causadas por las obras públicas, cuando estas no produzcan un beneficio igualmente significativo que las compense. La instrumentalización o sacrificio especial pasó a ser una de las razones que justifican la transferencia del coste de un daño del patrimonio de la víctima que lo padece al de la Administración, en cuanto beneficiaria de la intervención lesiva. Se daba así en parte carta legal de naturaleza a las doctrinas elaboradas por estudiosos del derecho privado que erigían el «sacrificio» en factor de atribución de responsabilidad extracontractual capaz de englobar todos los supuestos, civiles y administrativos, en los que «alguien ha de soportar una usurpación de sus derechos, por revestir mayor importancia otro interés privado o interés público»². El nuevo régimen recuperaba en cierto modo la teoría tardoescolástica de la restitución, que había justificado la responsabilidad civil de quien se beneficia del daño lícitamente causado en estado de necesidad en todos los casos, con o sin intervención de la autoridad, incluida la expropiación forzosa. Superaba así los prejuicios del iusnaturalismo septentrional (Pufendorf, Kant) hacia la responsabilidad por acto lícito, que condujeron a la exclusión de la indemnización del daño sacrificial de manera general, admitiéndola por excepción solo en algunos supuestos típicos, singularmente la expropiación forzosa³.

Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, t. II, Madrid: UNED, págs. 468-475. También J. Leguina Villa (1970), *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, Tecnos; hay segunda edición de 1983, que incluye como apéndices varios artículos. Sobre los orígenes y evolución histórica del sistema, con más detalles: L. Medina Alcoz (2005a), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid: Thomson/Civitas, págs. 111-182 y (2012), «El problema de la culpa en el Derecho de daños», en R. Letelier Wartenberg (coord.), *La falta de servicio*, Santiago de Chile: Thomson, págs. 363-456.

² Th. Süß (1943), «La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán», *Revista de Derecho privado*, t. 27, págs. 54-72 (1ª parte) y págs. 137-159 (2ª parte).

³ Al respecto, ampliamente, I. Rodríguez Fernández (2013), «Justicia conmutativa y Derecho de daños: los orígenes de la responsabilidad civil», *Teoría y Derecho*, 14, págs. 252-276; (2018a), «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *REDA*, 195, págs. 155-192; (2018b), «Estado social de Derecho y daño sacrificial», *P. A. Persona e Amministrazione*, 2, págs. 375-406.

Al integrar de esta manera el sacrificio especial dentro de la responsabilidad civil de la Administración, el nuevo sistema suprimió la exigencia de específica previsión legislativa como condición para su reparación, efectivamente establecida⁴ y aplicada por la jurisprudencia⁵. Lo hizo, además, sin acudir al expediente de asimilar todo daño sacrificial a una de sus muchas especies (expropiación forzosa de bienes o derechos reales) en el marco de la llamada «teoría de la indemnización»; solución de inspiración italo-germánica, que había sido formulada antes de la entrada en vigor de la LEF⁶. En efecto, los ordenamientos italiano y alemán, imbuidos de las prevenciones de aquel iusnaturalismo racionalista, identificaban toda la responsabilidad con la responsabilidad por acto ilícito y culpable; estaban por ello forzados a excluir la indemnización de todo supuesto sacrificial carente de específica previsión legislativa, como había ocurrido también en España; o a afirmarla mediante artificios, esto es, evitando las consecuencias de la antijuridicidad subjetiva y el monismo culpabilista por la vía de reconducir artificiosamente

⁴ El art. 16 del Código Penal de 1848 estableció una cláusula general en cuya virtud el beneficiario del sacrificio legítimamente causado en estado de necesidad para evitar una mal mayor es «responsable civil» frente a la víctima así instrumentalizada. Ahora bien, el beneficiario respondía solo si era un particular, no si lo era el Estado, la generalidad o partes de ella significativas o indeterminadas. Se afirmaba expresamente la inmunidad patrimonial de la Administración por los sacrificios impuestos en razón del interés general, salvo cuando la indemnización estuviera específicamente prevista en regulaciones administrativas.

⁵ Por ejemplo, en el caso resuelto por el Real Decreto, Sentencia de 14 de diciembre de 1859 del Consejo de Estado, no se discutía que el reclamante sufrió daños «á consecuencia del incendio ocurrido en una finca de su propiedad con motivo de la Orden dada por el Comandante general del Maestrazgo, estableciendo un riguroso bloqueo para destruir la facción que recorría el país». Sin embargo, se rechazó la indemnización solicitada por la razón indicada: «[...]no se funda en ninguna obligación contraída explícitamente por el Gobierno; y aun cuando se supusiera fundada en la implícita, que según el interesado tiene de resarcir los perjuicios causados por las medidas adoptadas por sus delegados en interés común, no es posible concurrir con los fondos públicos á semejantes indemnizaciones sin que así se ordene por una disposición legislativa».

⁶ F. Garrido Falla (1952), «La teoría de la indemnización en Derecho público», en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 411-443. Tras la entrada en vigor del nuevo sistema de responsabilidad civil de la Administración, el autor siguió postulando la construcción separada de una teoría de la indemnización: (1976), «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», *RAP*, 81, 1, págs. 7-33. No obstante, no le quedó más remedio que reconocer que el derecho positivo había reconducido la reparación del sacrificio especial al régimen de responsabilidad por daños: (1997), «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, 94, 2, págs. 173-188.

la gran variedad de daños sacrificiales a nuevas categorías de las que se predicaba una naturaleza *cuasiexpropiatoria*⁷.

La nueva responsabilidad patrimonial por funcionamiento «normal» canalizaba también la aplicación de la *teoría del riesgo específico*, doctrinalmente muy elaborada ya por entonces y directamente conectada con la del sacrificio especial⁸. Se refiere a actividades particularmente peligrosas, que entrañan riesgos adicionales al general de la vida, actividades de suyo descontrolables, que llevan consigo una potencialidad dañosa susceptible de actualizarse, aunque se adopten todas las cautelas. De acuerdo con la teoría del riesgo específico, el legislador, aunque sepa de antemano que serán muchos y frecuentes los daños derivados de esas actividades, puede autorizarlas (o no prohibirlas) en atención al interés general, pero protegiendo a las víctimas con cargo al patrimonio de los concretos beneficiarios, esto es, de aquellos sujetos que desplegaron el riesgo permitido y actualizado a la postre. Se justifica así una responsabilidad objetiva basada en el riesgo especial autorizado, que surge aun sin culpa o negligencia del agente dañoso, salvo que el menoscabo provenga de una fuerza mayor exógena, extraña al peligro desplegado; el caso fortuito o fuerza mayor endógena (interna al riesgo) carece de virtualidad exoneradora. En torno a mediados del siglo pasado no eran pocas las expresiones legislativas concretas de esta solución en el Código Civil y en la legislación especial vinculada al maquinismo desarrollado tras la Revolución Industrial. Ahora bien, en ausencia de específica previsión legal, el ordenamiento español, al igual que los de nuestro entorno, rechazaba el derecho a la indemnización de la víctima que padecía la actualización del riesgo autorizado y desplegado por otro o lo afirmaba mediante artificios (presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de culpa, manipulación del concepto de culpa, inversión de la carga de la prueba de la culpa), que hacían pasar por *subjetiva* una responsabilidad materialmente *objetiva* basada en el riesgo. Nuevamente, el sistema introducido por la LEF afirmaba esta responsabilidad con carácter general, esto es, sin necesidad de previsión legal específica y, por tanto, sin necesidad de generar artificios para disimular su fundamento.

Hay que notar, en fin, que *el nuevo sistema respetaba la virtualidad atributiva que, tradicionalmente, el ordenamiento había asignado a la culpa*. Ciertamente, no le otorgaba el rango de título exclusivo ni le adjudicaba siquiera una superioridad de valor. Ahora bien, a diferencia de la culpa o funcionamiento «anormal», los

⁷ Para el derecho alemán, F. Ossenbühl (1996), «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania», en J. Barnés Vázquez (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Madrid: Tecnos/Junta de Andalucía, págs. 931-954. Para Italia, R. Alessi (1964), *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano: Giuffrè.

⁸ Sobre la conexión de la doctrina del riesgo con la del sacrificio, I. Rodríguez Fernández (2018a: 179-188).

títulos objetivos de imputación (sacrificio especial, riesgo específico) tenían un ámbito delimitado de aplicación; habían de utilizarse en ámbitos acotados de la realidad, esto es, en parcelas delimitadas de la actividad administrativa (las que entrañan instrumentalización del individuo o despliegue de un peligro significativo). Fuera de esos ámbitos debía operar la responsabilidad basada en el funcionamiento «anormal». Precisamente por eso, el primer y más autorizado intérprete del nuevo régimen afirmó que, entre las diversas «causas de imputación» que ahora se admiten, la culpa «ha de ser sin duda la más habitual»⁹.

2. LA SIMPLIFICACIÓN DEL SISTEMA A PARTIR DE LOS AÑOS SETENTA

La doctrina académica y jurisprudencial acabó simplificando el sistema a la vez que generalizó una nueva fórmula para referirse a él: responsabilidad patrimonial. La expresión no estaba en los primeros y fundamentales escritos sobre el nuevo régimen; al igual que el propio legislador (Ley de régimen local de 1950), manejaban con toda normalidad el concepto de «responsabilidad civil de la administración pública». Apareció por vez primera en el art. 3 b) LJCA 1956; atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». La locución no pretendía subrayar diferencias de régimen material entre los derechos público y privado: tan «patrimonial» era la responsabilidad por daños de la administración como la responsabilidad por daños causados por los particulares. A su vez, una y otra eran «civiles» en oposición a la responsabilidad «penal» en el sentido de que servían a la reparación de perjuicios, no al castigo de conductas reprochables. La nueva fórmula trataba simplemente de apuntalar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; el legislador evitó calificar de *civil* la responsabilidad de la Administración porque quería establecer con la máxima claridad posible que la jurisdicción *civil* carecía de competencia para enjuiciarla. En los años sesenta, también, seguramente, con la intención de afirmar la unidad jurisdiccional en favor del orden contencioso-administrativo, la expresión pasó a las sentencias y a los estudios doctrinales (el profesor Lorenzo Martín-Retortillo la utilizó con exclusividad a estos efectos en un trabajo de 1962¹⁰). En los años setenta es todavía normal el sintagma «responsabilidad civil de la administración», pero aparecen ya trabajos que oponen la responsabilidad «patrimonial» de la Administración, caracterizada ahora como «objetiva», a la responsabilidad «civil» del particular, que se presenta como esencialmente «subjetiva» (sobresale a este respecto la monografía de Martín Rebollo¹¹). A partir de entonces, la doc-

⁹ E. García de Enterría (1984 [1956]: 209).

¹⁰ L. Martín-Retortillo Baquer (1962), «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción», *RAP*, 38, págs. 169-213.

¹¹ L. Martín Rebollo (1977), *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, Madrid: Civitas.

trina y la jurisprudencia emplearon la denominación «responsabilidad patrimonial» con exclusividad o, al menos, con absoluta preponderancia, asociándola sistemáticamente a un régimen de pura objetividad diametralmente opuesto al de pura subjetividad, que se suponía característico de la responsabilidad civil del derecho privado.

La responsabilidad patrimonial *se caracterizó, pues, como objetiva o, más precisamente, como un régimen que prescinde pura y simplemente del criterio culposo y, en general, de los factores de atribución* y cuyos únicos límites se hallan en la exigencia del daño antijurídico y el nexo causal. La teoría de los títulos de imputación, central en los estudios de los primeros intérpretes (y en todos los ordenamientos, sin excepción), desapareció pura y simplemente. No solo: la caracterización de la responsabilidad *patrimonial* como puramente *objetiva*, sin espacio para la culpa como criterio general ni para el resto de los títulos de imputación, se afirmaba como tradicional, como si hubiera sido el sistema vigente desde 1954, de acuerdo con su primer y más relevante intérprete¹². La Constitución consagró el principio de responsabilidad por daños de la Administración, sin establecer reglas más específicas e incluyendo una amplia remisión a la ley (art. 106.1 CE)¹³; en cualquier caso, la doctrina *panobjetivista* quedó consolidada e, incluso, según muchos, directamente anclada en la norma fundamental.

Inicialmente, los tribunales, aunque decían concebir la responsabilidad patrimonial como una responsabilidad objetiva global, verdaderamente solo condenaban al resarcimiento del daño si mediaba el correspondiente título de imputación (generalmente la culpa o anormalidad). El truco consistía en enmascarar su juego tras los requisitos de la antijuridicidad (considerando antijurídico el daño cuando hay culpa, sacrificio especial o movilización de un riesgo específico) o la causalidad.

¹² A muchos sorprenderá, pero es así: el estudio de García de Enterría sobre el nuevo sistema en momento alguno afirma que el art. 121 LEF impone una responsabilidad objetiva. La expresión no aparece siquiera. La novedad era, justamente, la apertura a nuevas «causas de imputación», entre ellas, la culpa, que, según se ha dicho, había de ser «sin duda la más habitual» (García de Enterría, 1984 [1956]: 209). Ahora bien, frente a lo afirmado en aquel estudio (en especial, pág. 214), el *Curso* de García de Enterría y Fernández Rodríguez (1981: 351-352) dio a entender que toda la actividad administrativa es de riesgo específico y, por ende, que todos los daños que causa, incluso los fortuitos, deben repararse, salvo que haya intervenido una fuerza mayor extraña al peligro desplegado. Tiempo después, estos autores han reconocido que este sobredimensionamiento era un exceso derivado de un afán por «hacer inteligible un sistema legal que tan llamativamente se aparta de los planteamientos tradicionales»: E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2002), *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 8ª ed., Madrid: Civitas, pág. 379.

¹³ Sobre esta cuestión, razonando que la Constitución reconoce amplios márgenes de configuración, M. Rebollo Puig (2004), «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración», en F. Sainz Moreno (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Madrid: Inap, págs. 215-241.

dad (apreciándola cuando hay culpa, sacrificio especial o desencadenamiento de un riesgo específico)¹⁴. Se trataba de *expedientes paliativos del objetivismo radical*, funcionalmente equivalentes a los elaborados en el ámbito del derecho civil para evitar el subjetivismo radical (presunciones de culpa, manipulación del concepto de culpa, inversión de la carga de la prueba de la culpa).

A principios de los años noventa, *surgió finalmente una línea jurisprudencial que llevó hasta sus últimas consecuencias la doctrina panobjetivista*. Ignorando ya por completo la exigencia de título de imputación y apoyándose en consideraciones de equidad o solidaridad, declaraba el derecho indemnizatorio de la víctima por la sola circunstancia de que el daño se ha producido en el marco de un servicio de titularidad pública. No importaba ya que estuviera plenamente acreditada la diligencia administrativa (la ausencia de anormalidad en el funcionamiento del servicio). Tampoco que el daño nada que ver tuviera con un peligro específico desplegado por la Administración ni, en general, que se estuviera fuera de aquellos grupos de casos que demandan la aplicación de criterios objetivos de imputación (p. ej., el sacrificio especial o instrumentalización de una persona en beneficio del interés general). Si la Administración causa un daño, ha de pagarlo, sin necesidad de entrar en más consideraciones. La STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 1991 (RJ 5115), es el caso emblemático.

Entre finales del siglo pasado y principios del siguiente surgió un *movimiento favorable a recortar el alcance de la responsabilidad patrimonial*. La reacción crítica se ha concreado en tres posturas: la reivindicación de la culpa como título exclusivo o fundamental de responsabilidad patrimonial, esto es, una suerte de regresión a la teoría decimonónica de los títulos de imputación¹⁵; la vuelta a

¹⁴ En cuanto a la responsabilidad por riesgo, por ejemplo, las SSTS, Sala 3ª, de 28 de enero de 1972, 8 de febrero de 1973, 29 de mayo de 1984 (RJ 6228) —accidentes producidos como consecuencia del mal estado de las carreteras—; 11 de abril de 1986 (RJ 2633), 25 de septiembre de 1984 (RJ 4685) y 28 de febrero de 1989 (RJ 1373) —daños causados a industrias por el deficiente estado de colector de aguas—; 17 de febrero de 1989 (RJ 1373) —hundimiento parcial de un inmueble por su deficiente conservación—; y 1 de abril de 1995 (RJ 3226) —omisión de las medidas de seguridad idóneas para evitar los riesgos derivados de la utilización de fuegos artificiales—. Respecto de la responsabilidad por sacrificio especial, cabe citar las SSTS, Sala 3ª, de 27 de enero de 1971 y 9 de abril de 1985 (RJ 1802) —daños causados a determinados vecinos por unas obras públicas que les dificultaron el acceso a sus domicilios y les privaron de luz y ventilación—; y 14 de febrero de 1990 (RJ 1313) —desperfectos en un edificio con ocasión de unas obras de pavimentación—.

¹⁵ F. Pantaleón Prieto (1994), «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, págs. 239-252 y (2000), «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», en J. A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, págs. 437-465; O. Mir Puigpelat (2002), *La responsabilidad patrimonial*

la concepción policéntrica resultante de la interpretación originaria del sistema, que admite responsabilidades objetivas en grupos acotados de casos sin por ello renunciar a la culpa como criterio de imputación en la mayor parte de los casos¹⁶; o la reafirmación de la pura objetividad, pero realizando ajustes *ad hoc* a los conceptos de causa¹⁷ o antijuridicidad¹⁸ para encubrir la aplicación de los criterios de imputación y reducir con ello el alcance del derecho resarcitorio¹⁹. Esta última solución, que venía dominando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha acabado imponiéndose definitivamente²⁰, incluso en la doctrina constitucional (STC 112/2018, de 17 de octubre).

3. POR UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL MÁS COMPLEJO Y SINCERO

A mi juicio, *resulta absolutamente necesario que la jurisprudencia deje de apoyarse en expedientes ad hoc para aplicar solapadamente la exigencia de un título de imputación*. Este modo de proceder genera profundas inconsistencias lógicas que

de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Madrid: Civitas; G. Fernández Farreres (2009), «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño» en Ortiz Blasco y Mahillo García (coord.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid: FDGL, págs. 99-130.

¹⁶ L. Medina Alcoz (2005a: 111-182); L. Cosculluela Montaner (2006), *Manual de Derecho administrativo*, 17ª ed., Cizur Menor: Thomson/Civitas, págs. 587-588; J. Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, 136, págs. 669-681. En esta línea, pero justificando el policentrismo a partir de criterios de eficiencia social: G. Doménech Pascual (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales, ¿responsabilidad objetiva o por culpa?», *RAP*, 183, págs. 179-231.

¹⁷ Por ejemplo, M. Beladiez Rojo (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Madrid: Tecnos.

¹⁸ Entre otros, F. J. de Ahumada Ramos (2000), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Elcano: Aranzadi.

¹⁹ Se trata de la estrategia planteada ya a mediados de los setenta por el profesor Nieto. Sin tomar en absoluto en consideración la doctrina de los títulos de imputación y dando por sentado que la responsabilidad patrimonial es siempre objetiva, afirmó: «La exigencia de responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial [...]. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza» [A. Nieto García (1975), «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, 4, págs. 90-95].

²⁰ Véase L. Medina Alcoz (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011», *REDA*, 153, págs. 153-182.

dificultan la cabal aplicación de aquellos títulos de imputación. Por ejemplo, la doctrina judicial ha tomado del derecho civil un sinónimo de culpa (infracción de la *lex artis*) para basar en él la reparación del daño médico-sanitario (correctamente, a mi juicio), pero sigue diciendo que la responsabilidad patrimonial es puramente objetiva a través del siguiente galimatías: «responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria» (!)²¹. Este género de planteamientos, si gozan aún de amplio predicamento, es porque se pone al servicio de la conservación de un dogma consolidado dentro del derecho administrativo español. La tradición se disfraza de razón.

Se ha producido así un *amplio distanciamiento entre la jurisprudencia española sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de la doctrina administrativista (hoy mayoritariamente contraria al panobjetivismo), así como respecto del derecho civil y el derecho de daños (público y privado) de los demás países*. El efecto es que si un profesor o juez francés, italiano o alemán habla con un juez contencioso español sobre la antijuridicidad del daño en la responsabilidad resarcitoria, lo más probable es que se produzca un diálogo de sordos, pues las cuestiones reales subyacentes al vocablo son radicalmente distintas, según el interlocutor; para los primeros, hablar de antijuridicidad es hablar del daño resarcible; para el segundo, hablar de antijuridicidad es en buena medida hablar de lo que los franceses, italianos o alemanes llaman culpa. El problema añadido es que, mientras unos abordan la materia que interesa al español en otra parte (teoría de los títulos de imputación); este carece pura y simplemente de una (verdadera) teoría del daño resarcible (antijurídico), pues la que tiene se halla enteramente mediatizada por los expedientes paliativos del dogma de la objetividad.

Ahora bien, a mi juicio, *no puede combatirse el monocentrismo (objetivista) de la responsabilidad formalmente establecido para la Administración española (responsabilidad por causalidad) por el procedimiento de recuperar el monocentrismo (subjetivista) del paradigma clásico de la responsabilidad entre particulares (responsabilidad por culpa)*, tal como proponen algunas voces partidarias de reforma, según se ha visto. La realidad a la que responde el derecho de daños es muy heterogénea. Reclama por ello respuestas articuladas, igualmente variadas, sin que el juicio de responsabilidad pueda descansar en una única regla general.

El sistema de responsabilidad patrimonial ofrece aquella variedad de respuestas, a mi modo ver. De acuerdo con su genuina interpretación, permite acotar, con mayor o menor rotundidad, reglas de diverso signo para grupos diferenciados de casos. Frente al subjetivismo, establece criterios objetivos de imputación a través de la «responsabilidad por funcionamiento normal»; y frente al panobjetivismo, sigue confiando en la culpa como regla o criterio de cierre. La culpa es un criterio

²¹ SSTs, Sala 3ª, de 24 de septiembre de 2004; 23 de septiembre de 2009; 19 de abril y 29 de junio de 2011.

virtualmente utilizable en cualquier supuesto y materialmente operativo fuera de los grupos de casos gobernados por un título alternativo (objetivo) de atribución. Por eso, frente al monocentrismo inherente tanto al subjetivismo como al objetivismo, debe interpretarse que el sistema que hoy recoge *la Ley 40/2015 impone el policentrismo en la responsabilidad civil*. En la dialéctica responsabilidad subjetiva/ responsabilidad objetiva no deben verse principios contrapuestos en lucha por la supremacía, sino criterios complementarios que emplea el ordenamiento para ámbitos diferenciados de la realidad²².

II. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO ADMINISTRATIVO?

La locución *responsabilidad por acto administrativo* hace referencia de modo gráfico, pero altamente impreciso, a la responsabilidad civil o patrimonial que puede contraer la Administración por daños causados con ocasión de la tramitación de sus procedimientos. A fin de acotar el objeto de este estudio y precisar los casos a los que se refiere, cabe distinguir dos grandes modalidades:

a) Responsabilidad por acto administrativo lícito de signo sacrificial. Se refiere a decisiones administrativas perfectamente legales, adoptadas en cumplimiento de todas las exigencias del ordenamiento jurídico. En su virtud, un ciudadano se ve legítimamente forzado a padecer un sacrificio especial del que se benefician otros, la generalidad o partes de ella. Por ejemplo: la revocación por motivos de oportunidad de actos favorables (p. ej., el rescate de concesiones de obras o servicios públicos) o su modificación para adaptarlo a las nuevas normas o planes que redefinen el interés público; la alteración del planeamiento urbanístico reductora de aprovechamientos urbanísticos; la suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias para evitar situaciones disonantes con el nuevo planeamiento; o las pérdidas que sufre una empresa como consecuencia de la imposición de una obligación de servicio público.

b) Responsabilidad por incumplimiento. Se refiere a daños derivados de la infracción de cualquiera de las concretas obligaciones que pesan sobre la Administración en cuanto a la iniciación, tramitación y definición del procedimiento administrativo. Por ejemplo, la de incoar de oficio un procedimiento para impedir una actividad lesiva (p. ej., clausura de un vertedero ilegal) o la de resolver el procedimiento en el plazo normativamente establecido (p. ej., daños padecidos por terceros derivados de la caducidad por

²² S. Rodotà (1967), *Il problema della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, págs. 73-74; F. Peña López (2002), *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares, pág. 72.

retraso del procedimiento de clausura de aquel vertedero o los perjuicios que la demora en el otorgamiento de un acto favorable produce en el solicitante).

El presente estudio se centra en la responsabilidad por incumplimiento y, dentro de ella, en dos supuestos fundamentales:

a) *Responsabilidad por ilegalidad*. Trae causa del incumplimiento de la obligación de adoptar resoluciones administrativas libres de vicios, ajustadas a los principios y reglas del ordenamiento jurídico. Se trata de la responsabilidad por daños derivados de la ilegalidad (declarada) bien de resoluciones restrictivas (sancionadoras o de gravamen) bien de denegaciones improcedentes de actos favorables (p. ej., de la licencia reglada solicitada, o del contrato ilegalmente adjudicado a otro licitador). En un caso, las consecuencias lesivas que no palie directamente la anulación del acto restrictivo pueden ser reparadas en concepto de responsabilidad patrimonial (p. ej., el perjuicio de indisposición de las cantidades correspondientes a las multas indebidamente abonadas). En otro, las consecuencias lesivas que no sean eventualmente remediadas por un ulterior otorgamiento, pueden engendrar igualmente responsabilidad: por ejemplo, si la Administración, de haber actuado *secundum ius*, hubiera reconocido la utilidad pretendida, el solicitante puede tener derecho a los beneficios netos que habría obtenido desde la fecha de la denegación ilegal hasta la del otorgamiento efectivo de la resolución favorable (reparación de la llamada «lesión del interés positivo»). Otro ejemplo: cuando el contrato público ilegalmente adjudicado se ha consumado antes de la anulación del acto de adjudicación, el licitador reclamante, si es probable que, en ausencia de irregularidades, hubiera sido el adjudicatario, puede tener derecho al beneficio industrial, esto es, a las ganancias netas que la ejecución del contrato le habría reportado.

b) *Responsabilidad por deslealtad*. Deriva del incumplimiento de la obligación de conducirse en todo momento de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Dos son los supuestos característicos: por un lado, la generación indebida de confianza en la *obtención* de una utilidad y, por otro, la generación indebida de confianza en la *conservación* de una utilidad. En el primer caso, la Administración hace creer erróneamente al interesado (p. ej., mediante un precedente ilegal reiterado o una respuesta incorrecta a una consulta urbanística) que obtendrá un bien (p. ej., una licencia de obras) posteriormente denegado de acuerdo con la regulación aplicable. Incumple así el principio de buena fe y puede generar daños a la confianza, la llamada «lesión del interés negativo»: los perjuicios vinculados a los actos de disposición que el interesado habría dejado de realizar de haber sabido desde el principio que no tenía derecho a la utilidad pretendida (p. ej., el coste del proyecto de obras gastado para solicitar una licencia de obras, que el

interesado habría ahorrado si le hubieran informado correctamente de sus posibilidades urbanísticas). En el segundo caso, la Administración adopta una resolución favorable contraria a derecho que genera en el beneficiario de buena fe una confianza en el disfrute de la utilidad resultante; confianza que la correcta aplicación del derecho obliga a frustrar en vía de revisión de oficio o recurso (administrativo o contencioso-administrativo), anulando aquella resolución. En este caso, los daños a la confianza se corresponden con los gastos e inversiones que el destinatario del acto favorable habría dejado de realizar de haber sabido que no tenía derecho a conservar la utilidad o, alternativamente, con los beneficios que tales actos de disposición habrían rendido en otra actividad²³.

La jurisprudencia y parte de la doctrina abordan de modo indiferenciado los supuestos de ilegalidad y deslealtad, lo que oscurece relevantes particularidades en punto al daño indemnizable, el nexo causal y el título de imputación. Lo hace, además, bajo una expresión altamente equívoca, tomada de la terminología legal²⁴: «responsabilidad por anulación de actos administrativos ilegales». Esta fórmula es rechazable porque no siempre que hay responsabilidad por acto administrativo hay anulación (p. ej., daños a la confianza derivados de la consulta urbanística errónea, favorable al interesado, seguida de la denegación *legal* de lo solicitado) y, sobre todo, porque en caso alguno la anulación es el hecho lesivo, esto es, la circunstancia verdaderamente determinante del surgimiento del crédito resarcitorio. La conducta cuya consecuencia dañosa puede engendrar responsabilidad resarcitoria no es en sí la decisión anulatoria adoptada en sede judicial o administrativa (en vía de recurso o mediante la revisión de oficio), sino la resolución administrativa ilegal. El problema no es, pues, que la autoridad correspondiente haya anulado una resolución, sino que la Administración haya adoptado esa resolución ilegalmente. Naturalmente, la anulación es un presupuesto de la responsabilidad por ilegalidad, habida cuenta de que, si no se produce, la resolución correspondiente debe presumirse ajustada a derecho. Ahora bien, esto no debe ocultar que el hecho lesivo eventualmente generador de una obligación de indemnizar es la resolución administrativa contraria a derecho.

La reparación de los daños derivados de la ilegalidad y la deslealtad administrativas se rige por el régimen general (sustantivo y procedimental) de la respon-

²³ Al respecto, ampliamente, L. Medina Alcoz (2005a: 341-408) y (2006), «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», *REDA*, 130, págs. 275-326.

²⁴ Me refiero a la previsión establecida en el art. 32.2, segunda frase, de la Ley de régimen jurídico de la administración del Estado de 20 de julio de 1957, hoy recogida en el art. 32.1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público: «La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización».

sabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, recogido hoy en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, sobre, respectivamente, procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público (en adelante LPC y LRSP). Hay que tener en cuenta también la legislación especial. Respecto de las consultas urbanísticas erróneas y la denegación improcedente o ilegalidad de títulos habilitantes de obras y actividades, el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (arts. 13.2 y 48). En cuanto a la infracción de las normas sobre preparación y selección de contratistas, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (arts. 41.4, 42.1, 58.1, 153.5), así como las directivas europeas de recursos que esta traspone (89/665/CEE y 92/13/CEE).

Se trata de *textos de escasa densidad normativa cuya aplicación suscita múltiples interrogantes* en torno a los elementos de la responsabilidad patrimonial (daño, causalidad, título de imputación), su delimitación con otras formas de tutela (reintegración o restablecimiento de derechos), así como a los tiempos y procedimientos para canalizar su exigencia. La ponencia se ceñirá a la cuestión relativa a los títulos de imputación o, lo que es lo mismo, al problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo, en los supuestos caracterizados como de ilegalidad y deslealtad. No obstante, no puede perderse de vista que uno de los problemas del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del conjunto de la responsabilidad patrimonial es la centralidad que ha cobrado el debate en torno a la culpa; ha opacado cuestiones igualmente relevantes, entre muchas otras, las relativas a la cuantificación del daño y a la incertidumbre probatoria.

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Antes de que la doctrina panobjetivista arraigara definitivamente, podían leerse sentencias que hacían descansar la responsabilidad por acto administrativo en la culpa de modo abierto, sin artificios. Entre otras, la STS de 17 de diciembre de 1981 (RJ 5427), que rechazó la reparación de los daños derivados de una denegación ilegal de licencia para la instalación de un molino triturador. Entre otras razones, el fallo desestimatorio se basó en la ausencia de culpa; los argumentos de la denegación eran razonables, sin que pudiera declararse la responsabilidad de la Administración simplemente porque «tales criterios no prosperen en la revisión jurisdiccional». La sentencia parte con claridad del presupuesto de que la responsabilidad por actos ilegales es una responsabilidad por culpa. Señala en este sentido que la cláusula de «responsabilidad directa de la Administración y la distinción que dentro de ella existe entre responsabilidad objetiva y responsabilidad con intervención de culpa a que respectivamente se refieren las expresiones funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos [...] debe tenerse en cuenta como uno de los elementos delimitadores de la citada responsabilidad».

Tras expulsar la culpa del sistema de responsabilidad patrimonial, el Tribunal Supremo siguió resolviendo en consonancia con ella mediante la manipulación del concepto técnico de antijuridicidad. Declaraba que no hay antijuridicidad (en realidad, culpa) ni responsabilidad cuando resulta acreditado que las resoluciones administrativas «fueron producto de una lógica» y de «una bien construida argumentación jurídica», situándose dentro de los límites normales de la interpretación normativa o trascendencia de los hechos que fueron objeto del procedimiento²⁵. Esto porque «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 tales criterios no prosperen en la revisión jurisdiccional»²⁶. Y un dato revelador de la racionalidad de la decisión administrativa es la circunstancia de que la torpeza del criterio mantenido por la Administración «sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisdiccional»²⁷ o que «la resolución se viese ratificada en la primera instancia»²⁸.

No faltaron las sentencias que fundaban la responsabilidad en la mera ilegalidad imputable a la Administración²⁹, pero *la exigencia encubierta de culpa halló el respaldo definitivo en la STS de 5 de febrero de 1996*³⁰. Desarrolló la doctrina del «margen de tolerancia», defendida en el plano académico por el profesor Blasco Esteve³¹. De acuerdo con ella, la Administración puede liberarse invocando la razonabilidad de su criterio cuando el daño deriva del ejercicio irregular de la discrecionalidad o de la incorrecta aplicación de conceptos jurídicos indeterminados: «siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica». Se resuelve en este pronunciamiento una reclamación indemnizatoria por los daños derivados de la denegación ilegal de una autorización para la apertura de farmacia. La administración optó por una interpretación de un concepto jurídico indeterminado («núcleo de pobla-

²⁵ SSTs de 23 de noviembre de 1993 (RJ 10050) y 31 de octubre de 1994 (RJ 7673). Ambas desestiman una reclamación indemnizatoria por la denegación —posteriormente anulada— de un canje de permiso de explotación de máquinas recreativas.

²⁶ SSTs de 17 de diciembre de 1981 (RJ 5427), 10 de marzo de 1986 (RJ 4087), 19 de octubre de 1990 (RJ 8294) y 25 de junio de 1990 (RJ 5697).

²⁷ SSTs de 10 de junio de 1986 (RJ 6761) y 10 de marzo de 1986 (RJ 4087) y 15 de noviembre de 1989 (RJ 8336).

²⁸ Así, la STS de 10 de junio de 1986 (RJ 320).

²⁹ Entre otras: SSTs de 30 de febrero de 1990 (RJ 8338) y 22 de febrero de 1993 (RJ 542) relativas a la suspensión ilegal de, respectivamente, una licencia de actividad y unas obras.

³⁰ RJ 987.

³¹ A. Blasco Esteve (1985), *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2ª ed., Madrid: Civitas, págs. 224-232.

ción») que otra instancia jurisdiccional había considerado errónea, declarando la ilegalidad de la resolución. Para el Tribunal Supremo, tal interpretación, aunque equivocada, «se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores [es decir, de forma razonada y razonable] 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».

El Tribunal Supremo empezó a aplicar con frecuencia esta doctrina, unas veces para negar el resarcimiento sobre la base de que el ejercicio de la discrecionalidad, aunque incorrecto a efectos anulatorios, era razonable desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial³²; otras, para afirmar la responsabilidad por actos ilegales de carácter reglado³³. No obstante, *la STS de 10 de febrero de 2010 (RJ 5677) la dio por superada* al resolver el asunto relativo a la decisión de un colegio de procuradores que impidió ilegalmente a la reclamante compatibilizar el ejercicio de la profesión en dos partidos judiciales: «[...]es una doctrina antigua, que hace tiempo fue abandonada por la jurisprudencia». Para justificar la responsabilidad patrimonial basada en la ilegalidad declarada, al margen del elemento subjetivo, enunció argumentos previamente desarrollados por la doctrina académica³⁴:

[...]es significativo que la mayor o menor gravedad del vicio del acto administrativo causante del daño es un criterio actualmente abandonado incluso en ordenamientos en que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es objetiva, sino que requiere alguna clase de culpabilidad o funcionamiento anormal. Tal es el caso, como resulta bien sabido, de Francia, Italia o Alemania; ordenamientos en que, con matices diversos, es doctrina establecida que la propia ilegalidad del acto administrativo causante del daño hace superfluo interrogarse sobre la culpa o, cuanto menos, constituye un indicio de la misma. Si ello es así en ordenamientos donde la culpa es un requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con más razón debe serlo en un ordenamiento, como el español, donde ésta es objetiva.

Esta sentencia parecía inaugurar una nueva línea jurisprudencial, pero, en realidad, se limitó a expresar la opinión del magistrado ponente (L. M^a. Díez-Picazo). El margen de tolerancia ha seguido funcionando como doctrina aplicable a la responsabilidad por acto administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵.

³² STS de 28 de junio de 1999, RJ 7143, relativa a una denegación de permiso para exhibir una película con su título original.

³³ SSTS de 11 de marzo de 1999, RJ 3035, y 13 de enero de 2000, RJ 659, relativas a sanciones ilegales por las que se imponían arrestos domiciliarios.

³⁴ L. Medina Alcoz (2005a: 253; 273) y (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.

³⁵ Cabe citar, por todas, las SSTS de 8 de abril de 2014 (RJ 1956), que rechaza la reparación de los daños derivados de la resolución que declara ilegalmente a los reclamantes

IV. INCONSISTENCIAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina del margen de tolerancia, tal como la ha desarrollado el Tribunal Supremo, presenta varios problemas e inconsistencias lógicas, que explico seguidamente.

a) *La exigencia soterrada de culpa.* Esta cuestión ha sido ya examinada al abordar la evolución del sistema de responsabilidad civil/patrimonial. Me refiero a la acusada tendencia a manipular el concepto técnico de antijuridicidad para introducir el juicio de culpabilidad sin poner en cuestión el dogma panobjetivista. Cuando se afirma que una resolución ilegal no es antijurídica si se apoya en criterios razonados y razonables se está diciendo, en realidad, que la Administración ha actuado diligentemente, sin culpa o negligencia. Si la culpa debiera funcionar como título de imputación, el Tribunal Supremo habría, al menos, de decirlo abiertamente. No hacerlo así da pie a numerosos problemas e incongruencias, según he razonado y como argumento a continuación.

b) *La incorrecta formulación del juicio de culpabilidad.* En la responsabilidad por acto administrativo, la Administración responsable lesiona la esfera jurídica de un sujeto determinado, de un sujeto que conoce jurídicamente porque está vinculada con él a través del procedimiento administrativo y porque, frente a él, está sujeta a una serie de deberes específicos. Bajo esta perspectiva, la responsabilidad por acto administrativo se parece a la responsabilidad contractual y precontractual y se aleja de la extracontractual, configurada históricamente para encauzar la reparación de daños sufridos por una víctima que «no conocía» al agente dañoso porque no preexistía una relación que los vinculase jurídicamente. Esto no puede perderse de vista a la hora de determinar si, y de qué manera, juega la culpa en la responsabilidad por acto administrativo. Hay culpa o anormalidad cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, se concluye que la conducta enjuiciada no se ajustó al parámetro objetivamente exigible. En la responsabilidad entre conocidos, ese estándar objetivo está en buena medida tipificado; se corresponde con las concretas obligaciones que la ley o el contrato impone a un sujeto. Ciertamente, los conceptos de culpa o ilegalidad no son coextensos; no siempre la ilegalidad es expresiva de culpa o negligencia; no hay culpa si la interpretación y aplicación del derecho realizada era efectivamente razonable, por ejemplo, cuando la resolución anulada aplicó una doctrina judi-

como deudores solidarios de la Seguridad Social; de 9 de noviembre de 2015 (RJ 5673), que descarta la responsabilidad por la autorización ilegal de una planta de cogeneración de energía eléctrica; y la de 7 de noviembre de 2017 (RJ 5002), en relación con la anulación de la clasificación urbanística que limitaba el dominio y los usos de una finca.

cial consolidada y plenamente operativa antes de ser revocada. Ahora bien, la ilegalidad es un fuerte indicio de culpa o anormalidad. Por esta razón, si la ilegalidad no se configura directamente como título de imputación, debiera, al menos, exigirse la concurrencia de indicios de diligencia con singular peso para exonerar a la Administración. En suma, aun aceptando la culpa como factor de atribución de la responsabilidad por acto administrativo, hay que entender que una ilegalidad es normalmente indicativa de ella.

c) *La vinculación de la culpa con el grado de programación normativa de la actividad administrativa.* De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la discrecionalidad y la culpa son variables que se relacionan negativamente: a más discrecionalidad administrativa, menos culpa administrativa. Se dice que el ejercicio de discrecionalidad y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados abren márgenes de opinabilidad o razonabilidad que justifiquen una menor responsabilidad: la opción escogida por la Administración, aunque sea incorrecta desde la perspectiva de la validez del acto administrativo, puede ser razonable desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. Ciertamente, a mayor complejidad o textura abierta de una norma, mayor discrecionalidad o, lo que es lo mismo, mayor margen de maniobra de la Administración. Ahora bien, esto implica solo que el control judicial de la decisión administrativa habrá de ser menos intenso, pues menos son los parámetros normativos utilizables. La mayor o menor discrecionalidad nada dice, en realidad, sobre la culpa como factor de imputación del daño derivado del acto administrativo ilegal. El parámetro normativo efectivamente aplicado para anular una resolución administrativa será más o menos complejo o abierto en función de su específico contenido, con entera independencia del grado de densidad de la regulación circundante, tanto si esta es mucha (potestad enteramente reglada) como si es poca (potestad eminentemente discrecional). Puestos a relacionar la discrecionalidad y la culpa, cabe apreciar, a la inversa, que la primera es a veces indicativa de la segunda en el sentido de que, en ámbitos poco reglados, la Administración actúa ilegalmente solo si incurre en arbitrariedad, esto es, de modo manifiestamente irrazonable; o si viola derechos fundamentales o principios tales como el de igualdad. Si el juez de la responsabilidad constata que, en efecto, la norma aplicada para anular una resolución administrativa admitía varias interpretaciones razonables, el verdadero problema será que el juez de la anulación se extralimitó. Esto es, posiblemente, lo ocurrido en el *leading case* que instauró la doctrina que estamos examinando (STS de 5 de febrero de 1996, antes citada). Al identificar el concepto normativo «población» con la población residente a fin de rechazar la autorización de apertura de una oficina de farmacia, la Administración realizó una de las interpretaciones posibles; la razonabilidad de la interpretación debió funcionar, posiblemente, como argumento para confirmar la legalidad de la denegación, no para rechazar la responsabilidad administrativa después de que un órgano judicial hubiera

impuesto la interpretación que consideraba preferible («población» como población real, incluida la flotante).

d) *La proyección de la doctrina del margen de tolerancia sobre la responsabilidad por deslealtad*, en particular, la derivada de la generación indebida de confianza en la conservación de una utilidad propiciada por una resolución favorable ilegal, luego anulada en la vía judicial o administrativa. El fundamento de la llamada responsabilidad patrimonial por anulación de acto favorable no es la ilegalidad ni la culpa que, en su caso, esta indica o revela, sino la infracción de la buena fe y, en particular, la confianza que razonablemente generan las resoluciones favorables adoptadas por la autoridad, según he razonado ya. Tan es así que, inversamente a lo establecido por la doctrina judicial del margen de tolerancia, cabe afirmar para estos casos, en línea de principio, que, a mayor rotundidad de la ilegalidad declarada, menor responsabilidad y, correlativamente, a mayor indeterminación o complejidad de la regulación, más responsabilidad. Una ilegalidad clara, inequívoca o macroscópica puede ser indicativa de ausencia de confianza legítima y, con ello, una razón para rechazar la responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, la empresa que obtuvo licencia para construir viviendas en un parque natural protegido no podrá sorprenderse de que la autoridad judicial anule la resolución administrativa y ordene el derribo de las edificaciones. La empresa conocía o debía conocer la ilegalidad de lo actuado, por lo que no ha sido la Administración por sí sola quien ha condicionado sus actos de disposición, propiciando la inutilidad de gastos e inversiones. Por el contrario, en ausencia de determinaciones legales claras o en presencia de regulaciones complejas, podrá presumirse, en principio, la buena fe del interesado, esto es, que la anulación de la resolución favorable ha frustrado la confianza en la conservación de la utilidad que generó la autoridad administrativa a través del otorgamiento. Solo en este segundo caso estaría justificada la responsabilidad; una responsabilidad basada en infracción de la buena fe y contraída a los daños a la confianza: gastos e inversiones que habrían dejado de realizarse en ausencia del otorgamiento ilegal o, alternativamente, los beneficios que tales cantidades habrían producido en otra actividad.

e) *La incompatibilidad de la doctrina del margen de tolerancia con alguna legislación especial*, que excluye a las claras la culpa como título de imputación, haciendo descansar la responsabilidad en el incumplimiento por parte de la Administración de alguna de sus obligaciones frente al interesado. Es el caso de la responsabilidad por infracción de las normas de preparación y adjudicación de contratos públicos. Al interpretar las directivas de recursos, hoy traspuestas al derecho español en la precitada Ley 9/2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha rechazado expresamente la culpa como condición del derecho a la reparación, incluso el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de que incurre en

ella el acto administrativo ilegal³⁶. La prohibición de exigencia de culpa, aunque opera formalmente solo en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por el derecho europeo, a la vista del modo en que ha sido traspuesta, debe extenderse, al menos, a todos los regulados por el derecho español³⁷.

V. POSIBLES SOLUCIONES

A la vista de la textura abierta de la cláusula general de responsabilidad patrimonial, hay que admitir, en línea de principio, que *varias son las soluciones posibles al problema de la imputación en la responsabilidad por acto administrativo*. Ahora bien, hay varias *conclusiones seguras, poco discutibles*, a mi modo ver: i) el debate en torno a la culpa ha de hacerse más transparente, presentarse como problema relativo al título de imputación, no como cuestión atinente a la antijuridicidad del daño; ii) la culpa no debe operar como título de imputación en la responsabilidad por deslealtad ni en la responsabilidad por infracción de las normas sobre adjudicación de contratos públicos. En tales casos, el incumplimiento lesivo en sí, imputable a la Administración, de una de las obligaciones de esta frente al interesado (conducirse de acuerdo con la buena fe y no infringir el derecho de los contratos públicos) opera como título de imputación de los daños resultantes, según se ha expuesto.

Para los demás casos, cabe aislar tres posibles soluciones a la vista del relevante debate académico que la responsabilidad patrimonial por acto administrativo ha suscitado durante los últimos años: i) la culpa como título de imputación de la responsabilidad por ilegalidad, pero considerando que la disconformidad a derecho es normalmente indicativa de ella, según lo ya razonado³⁸; ii) la culpa como regla general y la ilegalidad como título de imputación en el ámbito de potestades particularmente incisivas (sancionadora, tributaria y expropiatoria)³⁹; y iii) la infracción en sí del deber de actuar conforme a derecho como título de imputación bajo el entendimiento de que el incumplimiento de una de las obligaciones

³⁶ Así, la Sentencia de 14 de octubre de 2004 (C-275/03), que declara el incumplimiento por parte de Portugal de aquella directiva por exigir culpa o dolo para obligar a indemnizar el daño derivado de la adjudicación ilegal de un contrato público; y la de 30 de septiembre de 2010 (C-314/09), resolutoria de la cuestión prejudicial formulada por el *Oberster Gerichtshof* de Austria.

³⁷ Al respecto: S. Díez Sastre (2012), «Culpa vs. Ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *REDA*, 153, págs. 64-88.

³⁸ Lo ha defendido O. Mir Puigpelat (2002: 312-319).

³⁹ Lo ha razonado ampliamente, partiendo (de modo discutible a mi juicio) de que la función del sistema de responsabilidad patrimonial es minimizar el coste social de los accidentes, G. Doménech Pascual (2010: 179-231).

que vinculan específicamente a la Administración con el interesado es una buena razón para transferir el daño resultante del patrimonio del segundo al de la primera. Tal es la solución que sostuve hace años a partir de la conexión sistemática de la cláusula general de responsabilidad patrimonial con la legislación especial (de suelo y, sobre todo, contratación pública), así como con el régimen jurídico de otros casos de responsabilidad entre «conocidos» en el ámbito de la responsabilidad por acto administrativo (infracción del principio de buena fe, incumplimiento del deber de incoar de oficio procedimientos o rebasamiento del plazo máximo de terminación, entre otros) y fuera de él (responsabilidad contractual y precontractual)⁴⁰.

⁴⁰ L. Medina Alcoz (2005a: 225-409). En esta línea, T. R. Fernández Rodríguez (2018), «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *RAP*, 205, págs. 221-237.

