

# DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR ACTOS ILEGALES. A FAVOR DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE TOLERANCIA

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL  
Universitat de València

## *Cómo citar/Citation*

Doménech Pascual, G. (2022).  
De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia. *Revista de Administración Pública*, 219, 59-106.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.03>

## **Resumen**

De acuerdo con la llamada doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia, la Administración no responde patrimonialmente de los daños causados por sus actos contrarios a derecho cuando estos son el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico. El presente trabajo analiza los argumentos que a favor o en contra de esta doctrina cabe esgrimir, considera especialmente las severas críticas que se le han dirigido durante los últimos años y concluye que sólidas razones la justifican, con algunos matices.

## **Palabras clave**

Derecho de daños; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; invalidez de los actos administrativos; responsabilidad objetiva; responsabilidad por culpa.

**Abstract**

According to the so-called doctrine of the margin of tolerance, public administrations are not liable for damages caused by their unlawful decisions when these are the result of a reasonable and reasoned application of the law, i.e., when the relevant public administration acted with due care when issuing them. This paper analyzes why and to what extent this doctrine is justified, especially in view of the severe criticism it has received in recent years.

**Keywords**

Tort law; state liability; state liability for unlawful administrative decisions; strict liability; negligence.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE TOLERANCIA. 1. El derecho comparado: 1.1. *Derecho francés*. 1.2. *Derecho belga*. 1.3. *Derecho chileno*. 1.4. *Derecho italiano*. 1.5. *Derecho alemán*. 1.6. *Derecho anglosajón*. 1.7. *Derecho de la Unión Europea*. 2. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: 2.1. *Ilegalidad, negligencia e irrazonabilidad*. 2.2. *La compatibilidad de la doctrina del margen de tolerancia con el supuesto carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. 3. Falta de cobertura legal. 4. El deber de soportar los daños causados por el ejercicio diligente de potestades administrativas. 5. La antijuridicidad del daño no depende de la actuación de la Administración. 6. Inseguridad jurídica. 7. Consecuencias respecto de la actividad administrativa. 8. Responsabilidad y restitución. III. RAZONES PARA APLICAR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA: 1. Beneficios informacionales de la responsabilidad por culpa. 2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad de los implicados: teoría económica estándar. 3. Influencia sobre la actuación de los agentes públicos: 3.1. *La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de actividad administrativa*. 3.2. *La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas*: 3.2.1. *Las medidas de precaución generan externalidades negativas*. 3.2.2. *La probabilidad de cometer una infracción aun llevando el cuidado exigible es elevada*. 3.2.3. *Los daños privados resarcibles son superiores a los daños sociales causados por el acto ilegal*. 3.2.4. *La relevancia de la discrecionalidad*. 4. Influencia sobre la actividad de las potenciales víctimas. IV. ¿UNIFORMIDAD O DIVERSIDAD DE SOLUCIONES? V. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Con arreglo a la llamada doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia, para que una Administración pública responda civilmente de los daños causados por un acto contrario a derecho, no basta cualquier ilegalidad, sino que esta ha de ser calificada. La responsabilidad queda excluida cuando el acto administrativo

ilícito es el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico.

Según la STS de 5 de febrero de 1996 (ES:TS:1996:661), cuando la Administración ejerce potestades discrecionales o aplica normas que contienen 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.

En posteriores sentencias, la misma solución se extiende a los actos dictados en ejercicio de «facultades absolutamente regladas»:

[...] cuando estas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas, en su caso, sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes<sup>1</sup>.

Esta jurisprudencia ha recibido numerosas críticas, que han arremetido especialmente durante los últimos años<sup>2</sup>. Algunas han alcanzado una severidad insó-

<sup>1</sup> STS de 20 de febrero de 2012 (ES:TS:2012:1221). En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS de 16 de febrero de 2009 (ES:TS:2009:455), 14 de noviembre de 2016 (ES:TS:2016:5053), 29 de septiembre de 2017 (ES:TS:2017:3415) y 19 de junio de 2018 (ES:TS:2018:2316).

<sup>2</sup> Véase Carmen 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*, Granada: Comares, vol. I, págs. 201-2016; Luis Medina Alcoz (2005a), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Cizur Menor, Civitas: ídem (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, págs. 69-91;

lita. Reputados autores la han tachado de: «totalmente desorientada y fuera de foco»<sup>3</sup>; «rigurosamente inaceptable y [carente] de todo fundamento»<sup>4</sup>; «inexplicable», «absurda e incomprensible, que abre una brecha gravísima en el sistema de responsabilidad de la Administración», «significa una tergiversación absoluta de la institución»<sup>5</sup> y «nos pone en evidencia como país»<sup>6</sup>; «parece mentira que el más Alto Tribunal del país haya podido decir algo semejante»<sup>7</sup>; «la jurisprudencia se ha inventado [esta] desafortunada doctrina»<sup>8</sup>, etc. Pocos autores la han valorado positivamente<sup>9</sup>.

---

José Suay Rincón (2013), «Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico», en Tomás Quintana (ed.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 976-977; Marcos Fernando Pablo (2013), «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de las telecomunicaciones», en Tomás Quintana (ed.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1693-1694; Astrid Muñoz Guijosa (2015), «Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo», *Revista Española de Derecho administrativo*, 168, págs. 145-168; ídem (2018), «La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: algunas reflexiones sobre su naturaleza, nacimiento y cuantificación», *Revista de Administración Pública*, 207, págs. 209-249; Tomás Ramón Fernández Rodríguez (2018), «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 221-237; ídem (2022), «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, págs. 191-208; María José Alonso Mas (2015), «La modificación de los deslindes del dominio público marítimo-terrestre», *Revista de Administración Pública*, 198, págs. 75-127; ídem (2019), «La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 52; David Blanquer Criado (2020), *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 364-370 y 427-461; Carlos Fernández-Espinar Muñoz (2020), «De la responsabilidad patrimonial de la Administración pública con motivo de la anulación de concursos de energías renovables por vulneración de la normativa de evaluación ambiental», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 99, págs. 11 y 12; Javier Torre de Silva y López de Letona (2022), «Sobre el supuesto deber jurídico de soportar los daños causados por acto inválido razonable y razonado», en Miguel Ángel Recuerda Girela (ed.), *Anuario de Derecho Administrativo 2022*, Cizur Menor: Civitas.

<sup>3</sup> Blanquer Criado (2020, pág. 457).

<sup>4</sup> Fernández Rodríguez (2018, pág. 230).

<sup>5</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez (2020), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Cizur Menor, t. II, pág. 463.

<sup>6</sup> Fernández Rodríguez (2018, pág. 194).

<sup>7</sup> Fernández Rodríguez (2018, pág. 23).

<sup>8</sup> Blanquer Criado (2020, pág. 364).

<sup>9</sup> Véase Tomás Font i Llovet (2000), «Hacia la “escala” de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 106, págs. 237-243; Oriol Mir Puigpelat (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Admi-*

El Tribunal Supremo, sin embargo, no solo no ha rectificado un ápice su posición, sino que la ha reafirmado y ampliado. Resulta significativo que el magistrado Rafael Fernández Valverde, en su ponencia presentada en el seminario dedicado al tema que organizaron la *Revista de Administración Pública* y el Tribunal Supremo, viniera a señalar que lo que habría que revisar y enmendar no es dicha jurisprudencia, sino la teoría dominante en esta materia. En su opinión, la primera ha resuelto los problemas planteados de un modo «adecuado desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, de la justicia material y del enriquecimiento injusto». En cambio, «desde una perspectiva doctrinal», resultaría procedente «la superación del concepto de responsabilidad objetiva», así como una nueva «construcción global e integral de la institución»<sup>10</sup>.

En el año 2010 publiqué un estudio en el que analizaba esta jurisprudencia y ponía de manifiesto las razones que la justificaban<sup>11</sup>. En el presente trabajo vuelvo a examinarla. Para ello tengo especialmente en cuenta las críticas doctrinales que se le han dirigido durante los últimos años, así como los argumentos que a su favor o en su contra cabe esgrimir y que no consideré detenidamente en 2010.

## II. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE TOLERANCIA

### 1. EL DERECHO COMPARADO

Fernández Rodríguez afirma que la jurisprudencia del margen de tolerancia «no tiene parangón en los países de nuestro entorno»<sup>12</sup>. Me parece que esta afirmación no se corresponde con la realidad. Puede comprobarse que una regla funcionalmente equivalente rige en numerosos ordenamientos jurídicos próximos al nuestro. Es más, cabe sostener que esta regla constituye uno de los principios generales comunes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia<sup>13</sup> y, de hecho, como tal ha sido adoptada por su Tribunal de Justicia.

---

*nistración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid: Civitas, págs. 311-319; Gabriel Doménech Pascual (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, págs. 179-231.

<sup>10</sup> Rafael Fernández Valverde (2020), «La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, 213, pág. 64.

<sup>11</sup> Doménech Pascual (2010).

<sup>12</sup> Fernández Rodríguez (2022, pág. 194).

<sup>13</sup> Luis Medina Alcoz (2005b), «El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español»,

### 1.1. Derecho francés

Fernández Rodríguez ilustra su afirmación únicamente con el derecho francés<sup>14</sup>. Ciertamente, desde el *arrêt Driancourt* de 26 de enero de 1973<sup>15</sup>, el Consejo de Estado viene manteniendo «que, en principio, toda ilegalidad cometida por la administración constituye una falta susceptible de comprometer su responsabilidad, en la medida en que dé lugar a un daño directo y cierto». Esta regla rompe con una línea jurisprudencial anterior que consideraba que, en casos de errores de apreciación, una ilegalidad podía no constituir una falta y, por lo tanto, no desencadenar la responsabilidad de la Administración.

El autor señala, además, que «el tipo de falta vinculado a la actividad jurídica es... la falta simple, que se considera suficiente para comprometer la responsabilidad de la Administración, ya que la falta *lourde* [grave], tradicionalmente reservada para las actividades materiales de especial complejidad, está desde hace tiempo en regresión, hasta el punto de que se ha llegado a decir que la historia de la falta *lourde* es la de su retroceso».

Finalmente, advierte que esta doctrina ha sido cuestionada por una sentencia del Tribunal Administrativo de París de 29 de diciembre de 2020, relativa a una decisión administrativa que había rechazado ilegalmente una solicitud de una empresa de telecomunicaciones por la que se pedía la modificación de las condiciones de un acuerdo de itinerancia celebrado por dos empresas competidoras. El Tribunal declara que:

Habida cuenta de los intereses en juego, esencialmente pecuniarios, de las prerrogativas reconocidas a la *Arcep* [*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*], que dispone además de un importante margen de apreciación en el ejercicio de su misión, de la naturaleza compleja de la actividad de regulación del sector de las comunicaciones electrónicas, solo una falta *lourde* es capaz de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho de la pasividad de la *Arcep* en el ejercicio de sus misiones de control o de regulación.

Conviene hacer tres observaciones al respecto. La primera es que la regla general según la cual la ilegalidad de un acto administrativo conlleva ineluctablemente una falta susceptible de comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene excepciones. En ocasiones, no basta a estos efectos una falta simple, sino que se requiere una falta grave para que surja el deber de reparación<sup>16</sup>.

---

*Revista General de Derecho Administrativo*, 9, pág. 2, sin embargo, pone en cuestión este lugar común.

<sup>14</sup> Fernández Rodríguez (2022), págs. 194-196).

<sup>15</sup> Comentado por Franck Moderne (1974), «Illégalité et responsabilité pour faute de service: vers de nouvelles relations», *La Revue Administrative*, 157, págs. 29-32.

<sup>16</sup> Pier-Laurent Frier y Jacques Petit (2018), *Droit administratif*, Paris: LGDJ, marginal 1033.

La segunda es que estas excepciones son más relevantes de lo que podría sugerir la lectura de la referida exposición. Indudablemente, el conjunto de los supuestos en los que se exige una falta grave ha ido reduciéndose de manera muy significativa durante las últimas décadas, pero no ha desaparecido por completo, ni mucho menos. La culpa grave sigue exigiéndose cuando las autoridades administrativas reguladoras ejercen poderes de control, supervisión y sanción. Así lo ha dejado sentado el Consejo de Estado en varias ocasiones<sup>17</sup>. La citada sentencia del Tribunal Administrativo de París de 29 de diciembre de 2020 no es un accidente puntual y aislado, sino que se alinea con una jurisprudencia bien asentada.

Por último, debe notarse que en el derecho francés no existe seguramente tanta «necesidad» como en el español de supeditar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de actos ilegales a la existencia de una ilegalidad cualificada. El resultado que se persigue con este requisito —excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración en ciertos casos— se logra en buena medida en Francia mediante la aplicación de una doctrina casi ignota al otro lado de los Pirineos<sup>18</sup>.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando una decisión ilegal parece, sin embargo, estar materialmente justificada en derecho, toda vez que la Administración podía haber adoptado legalmente una decisión con el mismo contenido, no ha lugar a la responsabilidad. Esta doctrina se aplica especialmente a los vicios de forma, procedimiento e incompetencia<sup>19</sup>. El fundamento jurídico de esta solución no es del todo claro. Algunas sentencias guardan silencio al respecto, limitándose a declarar que no hay derecho a indemnización. Otras invocan la ausencia de un perjuicio resarcible. La jurisprudencia dominante, sin embargo, argumenta en términos de causalidad: la ilegalidad no puede considerarse como causa o condición necesaria del daño, pues en su ausen-

<sup>17</sup> Decisiones del Consejo de Estado de 21 de junio de 2000 (nº 202058, *Ministre de l'équipement et des transports c/ Cne de Roquebrune*), 6 de octubre de 2000 (nº 205959, *Min. Int. c/ Cne de Saint-Florent*), 30 de noviembre de 2001 (nº 219562, *Min. Econ. c/ Kechichian*), 18 de febrero de 2002 (nº 214179, *Groupe Norbert Dentressangle*) y 18 noviembre de 2005 (nº 271898, *Soc. fermière de Campoloro*).

<sup>18</sup> Véase no obstante, la STS de diciembre de 2009 (ES:TS:2009:7356) y la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2014 (ES:TSJAND:2014:7929).

<sup>19</sup> Véanse entre otras, las decisiones del Consejo de Estado de 15 de julio de 1964 (nº 59536, *Prat-Flottes*), 30 de octubre de 1970 (nº 74997, *Ministre de la Santé Publique et de la sécurité sociale c. Constantin*), 13 de junio de 1980 (nº 09111, *Haeuw*), 19 de junio de 1981 (nº 20619, *Carliez*), 23 de octubre de 1987 (nº 46515, *Centre hospitalier de Decazeville*), 25 de junio de 1999 (nº 188702, *Société d'eaux minérales et bains de mer d'Allevard*), 21 de marzo de 2008 (nº 279074, *Société «Terres et Demeures»*), 7 de junio de 2010 (nº 312909, *Bus-sière*), 18 de noviembre de 2015 (nº 380461, *Sereme*) y 24 de junio de 2019 (nº 407059, *EARL Valette*).



cia la misma decisión, con idénticas consecuencias perjudiciales, hubiera podido ser legalmente adoptada<sup>20</sup>.

## 1.2. Derecho belga

Desde 1920, los tribunales belgas vienen considerando aplicables a los daños causados por las Administraciones públicas los preceptos del Código Civil que regulan la responsabilidad civil extracontractual de los particulares<sup>21</sup>. El artículo clave es el 1382, que establece que «todo acto de una persona que causa daño a otra persona obliga a aquella por cuya culpa [*faute*] se produjo a repararlo».

En Bélgica se ha suscitado una viva polémica acerca de si la ilegalidad de un acto administrativo constituye necesariamente una falta a los efectos de lo establecido en dicho precepto. Los partidarios de la llamada teoría de la «unidad absoluta» sostienen que la ilegalidad del acto administrativo constituye en todo caso una falta susceptible de desencadenar la responsabilidad civil de la Administración, siempre que dicha ilegalidad haya causado el daño correspondiente y no exista un error invencible u otra causa de justificación. Los partidarios de la teoría de la «unidad relativa» estiman que solo existe una falta cuando la Administración infringió ciertas normas de conducta<sup>22</sup>.

El Tribunal de Casación no se ha pronunciado concluyentemente al respecto. En varias sentencias declara que «la autoridad administrativa comete una falta cuando adopta [un acto o un reglamento] que incumple las reglas constitucionales o legales *que le obligan a abstenerse o a actuar de una determinada manera*»<sup>23</sup>.

Esta afirmación es ambigua. Para los partidarios de la teoría de la unidad absoluta entre ilegalidad y falta, el inciso «que le obligan a abstenerse o actuar de una determinada manera» es redundante. Todas las normas que regulan la actividad de la Administración le imponen a esta obligaciones de abstenerse o actuar de una determinada manera<sup>24</sup>. Los partidarios de la teoría de la unidad relativa, por el contrario, estiman que con ese inciso el Tribunal de Casación indica que no todos los incumplimientos de cualesquiera normas que regulan dicha actividad constituyen una falta, sino solo los de algunas reglas: aquellas que «imponen a la

<sup>20</sup> Frier y Petit (2018, marginal 1033).

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Casación de 5 de noviembre de 1920, caso *Flandria*.

<sup>22</sup> Véase por todos, David de Roy y David Renders (2016), «La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer: vue d'ensemble», *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 2016:5, págs. 15295.1-15295-16.

<sup>23</sup> Véanse entre otras, las decisiones del Tribunal de Casación de 13 de mayo de 1982 y 25 de octubre de 2004 (S.03.0072.F).

<sup>24</sup> Véase De Roy y Renders (2016, marginal 19).

Administración una obligación clara, precisa e incondicional (o una obligación de resultado), que hace que la falta sea intrínseca al incumplimiento de la norma»<sup>25</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que una gran parte de los tribunales belgas aplica efectivamente la doctrina de la «unidad relativa». El propio Tribunal de Casación lo ha hecho alguna vez. En el caso resuelto por su sentencia de 25 de octubre de 2004, por ejemplo, el tribunal laboral autor de la resolución recurrida había estimado que la Oficina Nacional de la Seguridad Social (ONSS) había incurrido en una falta a los efectos del art. 1382 del Código Civil, al considerar, con infracción de ley, que no existía contrato de trabajo entre dos personas y, en consecuencia, retirar a una de ellas el beneficio de la cobertura de la seguridad social prevista para los trabajadores. El Tribunal de Casación, sin embargo, estima que no está justificada la existencia de semejante falta porque:

El mero hecho de que el tribunal laboral no esté de acuerdo con el análisis [efectuado por la ONSS a la hora de calificar la relación contractual en cuestión] no implica que esta haya cometido una falta; [...] ninguna norma jurídica impone a [la ONSS] la obligación de abstenerse o de actuar de una manera determinada a la hora de calificar una relación laboral; [...] la decisión de [la ONSS] solo podría considerarse culposa [*fautive*] si consistiera en un comportamiento que pudiera calificarse como un error de conducta apreciable según el criterio de una autoridad administrativa normalmente cuidadosa y prudente situada en las mismas condiciones, comportamiento que la sentencia recurrida no constata».

Esta doctrina de la unidad relativa ha recibido recientemente dos espaldarazos de los más altos órganos jurisdiccionales del país.

El primero se lo ha dado el Tribunal de Casación al consagrar inequívocamente dicha doctrina respecto de los daños causados por leyes contrarias a la Constitución. En 2006 declara que el Estado debe resarcir, conforme a lo dispuesto en el art. 1382 del Código Civil, los daños ocasionados al legislar<sup>26</sup>. Y en 2010 aclara que el hecho de que se haya declarado inconstitucional una ley «no implica todavía que se haya establecido que el legislador ha cometido una falta en el sentido» de este precepto. Para hacer responder al Estado «por haber adoptado una ley que incurre en una falta», el juez ha de «examinar si el Estado ha actuado como lo haría un legislador normalmente prudente y diligente»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Véase la interpretación hecha por el Tribunal *a quo* en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 106/2018, de 19 de julio. Véase también, De Roy y Renders (2016, marginal 36).

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Casación de 28 de septiembre de 2006 (C.02.0570.F).

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Casación de 10 de septiembre de 2010 (F.09.0042.N). En sentido similar, véase también, la Sentencia del mismo tribunal de 30 de abril de 2015 (C.12.0637.F). Véanse al respecto, Bernard Dubuisson y Sébastien van Drooghenbroeck (2010), «Responsabilité de l'État-legislateur: la dernière pièce du puzzle?», *Journal des Tri-*

El segundo espaldarazo es obra del Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 99/2014, de 30 de junio, interpreta el art. 1382 del Código Civil conforme a la doctrina de la unidad relativa. El Tribunal de Primera Instancia de Lieja, que plantea la cuestión prejudicial de la que trae causa la sentencia constitucional, señala que está alineado con esta doctrina. Considera que la equivalencia entre ilegalidad y culpa se limita al supuesto en el que la norma jurídica infringida impone a la Administración una obligación clara, precisa e incondicional (una obligación de resultado). Estima que la eficacia vinculante *erga omnes* de las sentencias que anulan un acto administrativo no impide que los jueces civiles puedan examinar luego si existe una falta a los efectos del art. 1382 del Código Civil. Al juez civil le corresponde decidir si la ilegalidad del acto anulado constituye una falta y si concurren los restantes elementos constitutivos del derecho a la indemnización.

Atendiendo una solicitud de la reclamante, el Tribunal de Lieja le pregunta al Constitucional si esta doctrina supone una diferencia de trato inconstitucional entre las personas de derecho privado y las de derecho público, toda vez que la responsabilidad civil de las primeras podría nacer por el mero hecho de que estas hubieran infringido una norma jurídica, sin que fuera necesario, además, demostrar que se comportaron negligentemente o cometieron un error de conducta según el criterio de una persona normalmente cuidadosa y prudente situada en las mismas condiciones.

El Tribunal Constitucional responde negativamente a esta cuestión. Para ello advierte, en primer lugar, que la culpa de los particulares, a los efectos del art. 1382 del Código Civil, puede consistir:

[...] bien en la *transgresión de una norma jurídica que les impone abstenerse de actuar o actuar de una determinada manera*, salvo error invencible u otra causa de justificación, o bien, a falta de tal norma, en el incumplimiento de una norma general de buena conducta, evaluada con el criterio del comportamiento esperable de una persona normalmente cuidadosa y prudente, situada en las mismas condiciones y ejerciendo la misma función o teniendo la misma cualificación que la persona demandada.

En segundo lugar, el Tribunal señala que, de acuerdo con la doctrina de la unidad relativa, la culpa de las personas de derecho público, a los efectos del citado art. 1382:

[...] puede probarse bien demostrando que la autora del acto *violó una norma jurídica que le imponía una obligación clara, precisa e incondicional*, salvo error invencible u otra causa de justificación, bien, en ausencia de una norma tal, demostrando que la autora del acto observó una conducta que no habría observado una Administración o un agente normalmente cuidadoso y prudente, colocado en las mismas condiciones.

---

*bunaux*, 6457, págs. 801-808; Frédéric Bouhon (2020), «La responsabilité civile pour la faute du législateur», *Journal des Tribunaux*, págs. 745-749.

Así las cosas, el Tribunal concluye que no existe diferencia de trato entre los dos tipos de personas, por que:

[...] cualquiera que sea la naturaleza de la persona cuya responsabilidad se discute, la culpa que debe probar la parte que sostiene que el comportamiento del autor del hecho le ha causado un daño consiste, bien en la *infracción de una norma legal o reglamentaria que impone una conducta o una abstención de actuar suficientemente específica* o bien, a falta de tal norma, en la infracción de una norma general de conducta que exige actuar como lo haría una persona normalmente cuidadosa y prudente, situada en las mismas condiciones.

Es decir, el Tribunal Constitucional viene a declarar que la «infracción de una norma jurídica que impone a una persona —por ejemplo, una Administración— la *obligación de actuar o abstenerse de actuar de una manera determinada*» significa lo mismo que la «infracción de una norma que impone a esa persona una *obligación clara, precisa e incondicional de actuar o abstenerse de actuar de una manera determinada*», como afirman los partidarios de la doctrina de la unidad relativa.

Finalmente, debe subrayarse que ni siquiera los más acérrimos partidarios de la unidad absoluta entre ilegalidad y negligencia sostienen, en realidad, que la vinculación entre ambas sea verdaderamente absoluta. Nadie discute que esa vinculación se rompe en los supuestos de «error invencible» u «otras causas de justificación», como la fuerza mayor.

En la práctica jurisprudencial, el error invencible es la causa más relevante de exoneración de responsabilidad<sup>28</sup>. Inicialmente, los tribunales interpretaban este concepto en un sentido muy restrictivo. El error se consideraba tal solo si la ilegalidad del acto administrativo quedaba patente como consecuencia de un hecho posterior a su adopción, que la Administración autora del acto, por consiguiente, en modo alguno podía haber tenido en cuenta. Concurría este supuesto, por ejemplo, cuando la norma sobre la que se basaba el acto administrativo en cuestión había sido ulteriormente modificada con carácter retroactivo por una ley posterior o anulada por los tribunales. O cuando la jurisprudencia cambiaba después de la adopción del acto administrativo, alterando con efectos retroactivos las exigencias que este había de cumplir para ser conforme con el ordenamiento jurídico. El Tribunal de Casación consideraba que, ni siquiera en el caso de que la Administración se hubiese ajustado a una de las líneas jurisprudenciales existentes en el momento de dictar el acto ulteriormente anulado, el error cometido merecía la calificación de invencible<sup>29</sup>. En la medida en que había una línea jurisprudencial, siquiera minoritaria, que mostraba a la Administración cómo debía actuar, esta podía haber evitado la ilegalidad.

<sup>28</sup> Véase De Roy y Renders (2016, marginales 53-58).

<sup>29</sup> Decisión del Tribunal de Casación de 23 de junio de 2005 (C.04.0160.F).

Esta concepción se flexibiliza notablemente a partir de la decisión del Tribunal de Casación de 8 de febrero de 2008<sup>30</sup>, donde se declara que «el error de derecho puede, en determinadas circunstancias, ser considerado por el juez como invencible siempre que de ellas se deduzca que la autoridad administrativa actuó como lo hubiera hecho cualquier persona razonable y prudente». Desde entonces, el Tribunal estima que, cuando la ley es razonablemente susceptible de varias interpretaciones, el error cometido por la Administración debe considerarse invencible. Si, por el contrario, la ley es lo suficientemente clara, el error no puede ser calificado como tal<sup>31</sup>.

Por lo demás, también en Bélgica se aplica la doctrina jurisprudencial según la cual la ilegalidad de un acto administrativo no desencadena la responsabilidad civil de la Administración que lo adoptó cuando la infracción cometida tiene una índole meramente formal, de manera que la autoridad competente podía haber dictado un acto con el mismo objeto, alcance y efectos observando las formalidades que en su día se omitieron<sup>32</sup>.

### 1.3. Derecho chileno

El derecho chileno presenta en esta materia dos puntos de especial interés. El primero es que, durante muchos años, la doctrina chilena dominante, influida en buena medida por la española, interpretó que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas era objetiva<sup>33</sup>. Esta doctrina, sin embargo, es hoy muy minoritaria y hace ya un par de décadas que fue abandonada por la jurisprudencia<sup>34</sup>.

El segundo es que la actual regulación de esa responsabilidad está claramente inspirada en el modelo francés, pues el criterio general de imputación de la obligación de indemnizar, consagrado explícitamente por el legislador, es la «falta de servicio»<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> C.07.0131.F. Véase también, la decisión del Tribunal de Casación de 23 de septiembre 2010 (C.09.0220.F), comentada por David Renders (2011), «Erreur de droit invincible et état du droit incertain: à propos de la responsabilité civile de l'administration», *Journal des Tribunaux*, 6437, págs. 380-383.

<sup>31</sup> De Roy y Renders (2016: marginal 58). Véase también, Isabelle Durant (2016), «The liability of public authorities in Belgium», en Ken Oliphant (ed.), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge: Intersentia, pág. 59.

<sup>32</sup> De Roy y Renders (2016, marginales 34 y 36).

<sup>33</sup> Véase por ejemplo, Gustavo Fiamma Olivares (1989), «La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio», *Revista Chilena de Derecho*, 16:2, págs. 449-460.

<sup>34</sup> Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez (2020), «La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema», *Revista de Administración Pública*, 211, págs. 384-388.

<sup>35</sup> Vid. el art. 42 de la Ley N° 18.575 de 1986, y el art. 142 de la Ley N° 18.695 de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades. En la doctrina, véase Raúl Letelier Wartenberg

También en Chile se ha planteado si la ilegalidad de un acto administrativo constituye inexorablemente una falta de servicio desencadenante de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados por dicho acto. La Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente en sentido negativo:

No toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia cuando la misma medida hubiere podido ser adoptada por una autoridad competente. Lo mismo ocurre tratándose de errores de apreciación que puedan conducir a la anulación de un acto, o cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular<sup>36</sup>.

Como señala Ferrada Bórquez, solo ha lugar a la responsabilidad estatal si el acto administrativo ilegal dañoso «proviene de la culpa del órgano administrativo o de sus agentes, es decir, no descansa en un fundamento razonable que explique la actuación contraria a derecho, o no atribuible a una causal de exoneración»<sup>37</sup>. «En la práctica —observa Valdivia Olivares— es relativamente frecuente que el Estado sea responsable en este tipo de casos, salvo en cuanto disponga de márgenes de apreciación o discrecionalidad importantes»<sup>38</sup>.

---

(2012) (ed.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot/Thompson Reuters, Santiago; Ferrada Bórquez (2020).

<sup>36</sup> Sentencia de 2 de agosto de 2010 (*Inmobiliaria San Andrés con Municipalidad de Villarrica*, Rol 7.522-2008). En el mismo sentido, véanse entre otras, las Sentencias de 30 de enero de 2013 (*Pozo Saavedra con Municipalidad de Las Condes*, Rol 3.706-2010); 31 de julio de 2014 (*Muñoz Sabugo con Municipalidad de Las Condes*, Rol N° 914-2014); 29 de septiembre de 2014 (*E y C Empresa Constructora Limitada con Municipalidad de Lampa*, Rol N° 16702-2014); 30 de septiembre de 2015 (*Sociedad Comercial Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes*, Rol 2.795-2015); 14 de agosto de 2017 (*Huenchún Pilchulman con Corporación Nacional y Desarrollo Indígena [CONADI]*, Rol N° 97.731-2016); y 10 de enero de 2019 (*Constructora LFM Limitada con Municipalidad de Lota*, Rol N° 22.222-2018).

<sup>37</sup> Ferrada Bórquez (2020: 393).

<sup>38</sup> José Miguel Valdivia (2018), *Manual de Derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 435. Para más detalles, en contra de esta jurisprudencia, José Miguel Valdivia Olivares (2016), «Actos administrativos ilegales y responsabilidad del Estado», *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 477-508. A favor, Juan Carlos Ferrada Bórquez (2012), «Falta de Servicio y responsabilidad por actos administrativos», en Raúl Letelier Wartenberg (ed.), *La falta de servicio*, Santiago: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, págs. 279-301.

#### 1.4. Derecho italiano

Según se desprende del art. 28 de la Constitución italiana, la responsabilidad extracontractual del Estado y los demás entes públicos se rige por las mismas leyes aplicables a los particulares. La regla general es que la Administración responde por negligencia, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2043 del Código Civil, donde puede leerse que «todo hecho doloso o culposo que cause a otros un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño».

Hasta 1999, la jurisprudencia italiana relativa a los daños causados por actos administrativos ilegales mantenía dos criterios destacables. De un lado, entendía que el daño solo era «injusto» y, por lo tanto, resarcible si consistía en la lesión de un derecho subjetivo, no en la de un simple interés legítimo. De otro lado, consideraba que la ilegalidad implicaba *per se*, en virtud de una suerte de presunción *iuris et de iure*, la culpa requerida para que naciera la responsabilidad de la Administración.

La Sentencia 500/1999, de 22 de julio, de las Secciones unidas del Tribunal de Casación da un vuelco a la interpretación de la ley en ambos puntos. En primer lugar, declara que la lesión por la Administración de intereses legítimos sí es resarcible. En segundo lugar, y probablemente para compensar la mayor amplitud de la responsabilidad civil de la Administración que implica extender el concepto de daño injusto<sup>39</sup>, deja sentado que la ilegalidad del acto dañoso no conlleva necesariamente la culpa. La apreciación de la culpa no puede hacerse solo sobre la base del mero hecho objetivo de la ilegalidad. El juez debe hacer una «indagación más penetrante», que tenga en cuenta si se han violado las «reglas de imparcialidad, corrección y buena administración que deben inspirar el ejercicio de la función administrativa»<sup>40</sup>.

#### 1.5. Derecho alemán

En el derecho alemán no hay duda ni controversia alguna en este punto. La regla básica de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado se contiene en el parágrafo 839.1 del Código Civil en conexión con el art. 34 de la Constitución. Si en el ejercicio de un cargo público su titular viola dolosa o negligente-

<sup>39</sup> Oriol Mir Puigpelat (2001), «La responsabilidad patrimonial en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *Revista de Administración Pública*, 156, pág. 487.

<sup>40</sup> Para más detalles, véanse Mir Puigpelat (2001, págs. 478-488); Medina Alcoz (2005a, págs. 256-259); Giuseppe Piperata (2012), «La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el sistema jurídico italiano. Una referencia especial al elemento de culpa», en Raúl Letelier Wartenberg (ed.), *La falta de servicio*, Santiago: Abeledo Perrot/Thompson Reuters, págs. 99-130.

temente un deber oficial que le incumbe para con un tercero, la responsabilidad recaerá, en principio, en el Estado o la entidad a cuyo servicio aquel se encuentre.

En virtud de estos preceptos, se considera que la ilegalidad de un acto administrativo dañoso no es suficiente para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado. Hace falta además que la autoridad administrativa que lo adoptó obrara con dolo o negligencia. No todo error objetivo es culposo<sup>41</sup>. Una regla parecida se aplica en otros países próximos, como Suiza<sup>42</sup> y Austria<sup>43</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia alemana, falta el requisito de la culpa cuando el acto se adoptó tras un cuidadoso examen de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas y resulta jurídicamente defendible, aunque aquel sea anulado después por un tribunal<sup>44</sup>. También se estima que no concurre este requisito, por regla general, cuando el acto fue considerado conforme a derecho por un órgano jurisdiccional colegiado integrado por jueces profesionales en una instancia previa a aquella en la que se declaró su invalidez<sup>45</sup>. En cambio, el acto se califica como culpable si viola la redacción clara e inequívoca de una norma o si las dudas existentes ya habían sido aclaradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque fuera en una sola sentencia<sup>46</sup>.

Por lo demás, hay otros dos requisitos materiales, desconocidos en el derecho español, que limitan significativamente la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por un acto administrativo ilegal e incluso culpable. El primero, mentado expresamente en el parágrafo 839.1 del Código Civil, es que la norma infringida tuviera por finalidad específica proteger ciertos derechos de ciertas personas frente al daño de que se trate. No es suficiente que el particular se haya visto perjudicado por el incumplimiento de la norma, sino que se requiere

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2000 (BGH NVwZ 2000, 1206, 1208).

<sup>42</sup> Pierre Widmer y Bénédicte Winiger (2016), «The liability of public authorities in Switzerland», en Ken Oliphant (ed.), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge: Intersentia, págs. 520-522; Angela Ferrari Zumbini y Otto Pfersmann (2020), «Austria, Germany, and Switzerland», en Giacinto della Cananea y Roberto Caranta (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in European Laws*, Oxford: Oxford University Press, pág. 326.

<sup>43</sup> Bernhard A. Koch (2016), «The liability of public authorities in Austria», en Ken Oliphant (ed.), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge: Intersentia, págs. 33-36.

<sup>44</sup> Véanse por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1995 (BGH NJW 1995, 2918, 2920) y 16 de marzo de 2000 (BGH NVwZ 2000, 1206, 1208).

<sup>45</sup> Véanse entre otras muchas, la decisión del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020 (ECLI:DE:BGH:2020:200720BNOTZ.BRFG.3.19.0). En la doctrina, Bernd Rohlfing (2015), *Amsthftung*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, págs. 263-287.

<sup>46</sup> Véase la decisión del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991 (BGH NJW-RR 1992, 919).



que esta tuviera específicamente por objeto proteger determinados intereses de un determinado círculo de personas del que él forma parte<sup>47</sup>.

Así, por ejemplo, se considera que los deberes impuestos a las autoridades encargadas de supervisar el mercado bancario carecen, en principio, de esa finalidad protectora específica, por lo que su incumplimiento no da lugar a responsabilidad<sup>48</sup>. En la práctica, este requisito tiene una importancia crucial. Muchas reclamaciones de responsabilidad fracasan porque los tribunales consideran que no concurre en el caso concreto<sup>49</sup>. Este es el gran obstáculo con el que tropieza, por ejemplo, la responsabilidad por los daños causados por normas jurídicas generales, que prácticamente no existe en Alemania, pues la jurisprudencia considera que los deberes que los poderes públicos han de respetar en su actividad normativa se les han impuesto en consideración a los intereses generales y no a los de un determinado grupo de personas<sup>50</sup>.

El segundo requisito es que no exista una «conducta alternativa lícita»<sup>51</sup>. Si cabe razonablemente estimar que la Administración hubiera adoptado la misma decisión en el caso de haber respetado las normas infringidas, se considera que no hay una relación de causalidad entre la ilegalidad cometida y el daño sufrido por la víctima y, en consecuencia, el Estado no responde<sup>52</sup>. Esta doctrina se aplica especialmente a las decisiones discrecionales<sup>53</sup>.

### 1.6. Derecho anglosajón

En los países de *common law* tampoco hay duda alguna en esta materia. El principio básico es que un acto dañoso ilegal no da lugar *per se* a la responsabilidad patrimonial de la autoridad o entidad pública que lo ha dictado<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Hans Jürgen Papier y Foroud Shirvani (2020), en *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, § 839, marginales 284-332; Rohlffing (2015, págs. 110-175).

<sup>48</sup> Papier y Shirvani (2020, marginales 308-313); STJUE de 12 de octubre de 2004 (Peter Paul, C-222/02).

<sup>49</sup> Rohlffing (2015, págs. 47 y 48).

<sup>50</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 (BGH NJW 1988, 478, 482) y 24 de octubre de 1996 (BGH NJW 1997, 123, 124), esta última dictada en el célebre caso *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>51</sup> Véase un análisis comparado y económico de esta regla en Kristoffel Grechenig y Alexander Stremitzer (2009), «Der Einwand rechtmäßigen Alternativerhaltens. Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73, págs. 336-371.

<sup>52</sup> Véanse por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 (BGH NVwZ 2008, 815, 816); Rohlffing (2015, págs. 301-389).

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 (BGH NVwZ 2008, 815, 816).

<sup>54</sup> Peter Cane (2011), *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, pág. 223; Paul Craig (2021), *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell/Thompson Reuters, § 30-001.

Para que nazca el deber de indemnizar hace falta que el caso encaje en uno de los supuestos tipificados específicamente por disposiciones de derecho público o en una de las concretas causas de acción contempladas en el derecho privado de daños<sup>55</sup>, que normalmente requieren algún tipo de negligencia o incluso dolo<sup>56</sup>. Ni siquiera existe un principio general según el cual los particulares o las entidades públicas responden civilmente por los daños causados por la violación negligente de un deber legal<sup>57</sup>. Se requiere siempre que el caso encaje en alguno de aquellos supuestos o causas de acción, configurados por la jurisprudencia y el legislador en unos términos que, desde la perspectiva española, parecen extremadamente restrictivos.

Una de esas acciones es la de negligencia. Conviene señalar, sin embargo, que la comisión de una ilegalidad no entraña por sí misma una negligencia que pueda dar lugar a responsabilidad civil<sup>58</sup>. Además, los tribunales se han mostrado especialmente reacios a admitir la procedencia de esta acción cuando la Administración vulnera deberes legales respecto de cuyo modo de cumplimiento la Administración dispone de un cierto margen de discrecionalidad o que presentan dificultades interpretativas<sup>59</sup>.

### 1.7. Derecho de la Unión Europea

Tampoco aquí la ilegalidad de un acto jurídico dañoso es suficiente para que la entidad pública que lo ha dictado responda civilmente. De acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, para que nazca esta responsabilidad deben concurrir tres requisitos: 1º) que la norma jurídica infringida tenga por objeto conferir derechos a los reclamantes; 2º) que la infracción sea suficientemente caracterizada; y 3º) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el daño. Estos requisitos se aplican tanto a la responsabilidad de la propia Unión Europea como a la de sus Estados miem-

<sup>55</sup> Craig (2021, § 30-001).

<sup>56</sup> Craig (2021, § 30-039). Ken Oliphant (2016), «The liability of public authorities in England and Wales», en Ken Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: Intersentia, págs. 128, 134 y 135.

<sup>57</sup> Craig (2021, § 30-001).

<sup>58</sup> Craig (2021, §§ 30-016, 30-033, 30-034, 30-035, 30-052 y 30-073). Oliphant (2016, págs. 133-135 y 138). Como advierte Duncan Fairgrieve (2021), «Criminal and civil liability» en Peter Cane, Herwig Hofman, Eric Ip y Peter Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, pág. 818, una regla según la cual la ilegalidad de la actuación administrativa dañosa determinase *per se* una falta generadora de responsabilidad civil sería vista en el *common law* como una forma de responsabilidad objetiva (*strict liability*).

<sup>59</sup> Craig (2021, § 30-035).

bros<sup>60</sup>, con independencia de si el acto infractor tiene naturaleza normativa o singular<sup>61</sup>.

Debe subrayarse que estos requisitos han tenido que ser «descubiertos» y perfilados por el Tribunal de Justicia, ante su falta de mención por el legislador comunitario. El art. 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea simplemente 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». Cabe entender, por consiguiente, que dichos requisitos reflejan estos principios jurídicos comunes. Así ha venido a indicarlo el propio Tribunal de Justicia<sup>62</sup>.

La razón de ser del primer requisito consiste en «limitar el nacimiento de esta responsabilidad únicamente a aquellas situaciones en las que el comportamiento ilícito de las instituciones, de los órganos y de los organismos de la Unión haya causado un daño a un particular menoscabando sus intereses específicamente protegidos por el Derecho de la Unión»<sup>63</sup>. En líneas generales, no se consideran normas tales aquellas «puramente de procedimiento o de reparto de competencias» entre autoridades<sup>64</sup>. Ya hemos visto que una regla análoga existe en los ordenamientos jurídicos de varios países europeos.

En relación con el segundo requisito, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la *inobservancia manifiesta y grave...* de los límites impuestos a [la] facultad de apreciación» de la autoridad correspondiente<sup>65</sup>. Además, el Tribunal ha señalado varios factores que hay que tener en cuenta para verificar cuándo nos encontramos ante una infracción tal:

[...] 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

<sup>60</sup> STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 42).

<sup>61</sup> SSTJUE de 4 de julio de 2000 (*Bergaderm y Goupil/Comisión*, C-352/92 P, §§ 42-46).

<sup>62</sup> STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 41).

<sup>63</sup> STJUE de 25 de febrero de 2021 (*Dalli/Comisión*, C-615/19 P, § 128).

<sup>64</sup> Como advierte el abogado general Maciej Szpunar en sus conclusiones de 3 de febrero de 2022 (*SGL Carbon/Comisión*, C-65/21 P y C-73/21 P a C-75/21 P, § 38). Véase también, Sara Iglesias Sánchez (2020), *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un “sistema completo de vías de recurso”?*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 101-105.

<sup>65</sup> STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 55).

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»<sup>66</sup>.

«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»<sup>67</sup>.

Para justificar este requisito, los Tribunales de la Unión han aducido la necesidad de evitar el efecto inhibitor que la responsabilidad por la mera ilegalidad tendría sobre el ejercicio de las funciones públicas dirigidas a salvaguardar los intereses generales:

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»<sup>68</sup>.

La exigencia de una violación suficientemente caracterizada... pretende... evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general... sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables<sup>69</sup>.

## 2. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### 2.1. *Ilegalidad, negligencia e irrazonabilidad*

En un régimen de responsabilidad objetiva, el causante de un daño debe resarcirlo con independencia de que su actuación fuera diligente o negligente, es decir, con independencia del nivel de cuidado que hubiera adoptado al desarrollar la actividad que lo causó<sup>70</sup>. En un régimen de responsabilidad por negligencia o

<sup>66</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>67</sup> *Ibidem*, § 57.

<sup>68</sup> STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

<sup>69</sup> STG de 3 de marzo de 2010 (*Artegoda*, T-429/05, § 55). Véase también, la STPI de 9 de septiembre de 2008 (*MyTravel Group*, T-212/03, § 42).

<sup>70</sup> Véase Antoni Rubí Puig y Pablo Salvador Coderch (2021), «Responsabilidad objetiva», en VV.AA., *Derecho de daños*, InDret, pág. 143.

culpa, en cambio, el causante de un daño solo debe resarcirlo si infringió el deber de llevar el cuidado exigible.

La jurisprudencia del margen de tolerancia aplica una regla de responsabilidad por negligencia a los daños causados por actos administrativos ilegales<sup>71</sup>. Para considerarlos resarcibles, no basta que la Administración haya cometido una ilegalidad, sino que es necesario que esta sea la consecuencia de una negligencia inexcusable, de la infracción de llevar el cuidado exigible. Es más, algunas sentencias parecen aplicar una regla de culpa grave<sup>72</sup> o negligencia manifiesta. La Administración únicamente responde si vulneró una norma de conducta obvia, que una autoridad mínimamente cuidadosa no hubiera violado: solo si cometió una «flagrante desatención normativa»<sup>73</sup>.

Fernández Rodríguez viene a sostener que la ilegalidad implica negligencia: «si el acto ha sido anulado por sentencia firme es porque la Administración que lo dictó no lo hizo bien y actuó, por lo menos, de forma poco diligente»<sup>74</sup>.

Discrepo. Ilegalidad no implica inexorablemente negligencia. La Administración puede haber dictado un acto administrativo ilegal a pesar de haber llevado el cuidado exigible con el fin de evitar dicho resultado. Lo mismo vale para los particulares. Los contribuyentes, por ejemplo, pueden cometer una ilegalidad sustantiva al presentar una autoliquidación tributaria y pagar menos de lo que deberían a pesar de haber actuado diligentemente. De ahí que no se les pueda sancionar por ello, al faltar el requisito de la culpa. De hecho, el art. 179.2.d) de la Ley General Tributaria dispone a este respecto que:

[...] las acciones u omisiones tipificadas en las leyes [como infracciones] no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria... cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma.

Fernández Rodríguez estima también que decir que «un acto discrecional anulado por los tribunales puede ser, pese a su anulación, un acto razonado y razonable es un clamoroso oxímoron»<sup>75</sup>, un «imposible lógico»<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Blanquer Criado (2020, págs 365); Patricia Boix Maño (2012), «Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 18, págs. 21 y 39.

<sup>72</sup> Así lo estima Emilio Guichot (2018), «Responsabilidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 190, II.1.

<sup>73</sup> STS de 10 de junio de 1986 (ES:TS:1986:3220).

<sup>74</sup> Fernández Rodríguez (2018, pág. 224).

<sup>75</sup> Fernández Rodríguez (2022, pág. 201).

<sup>76</sup> Fernández Rodríguez (2018, pág. 233).

No estoy de acuerdo. En cualquier acto discrecional hay siempre elementos reglados<sup>77</sup> mediante normas que, en muchas ocasiones, son vagas, imprecisas o poco claras, están trufadas de conceptos jurídicos indeterminados, presentan incoherencias, antinomias o lagunas y, en fin, admiten dos o más interpretaciones defendibles. Frecuentemente, los lindes de los espacios de discrecionalidad o apreciación dentro de los cuales la Administración puede moverse son borrosos e indefinidos, pues están fijados por normas y principios que son susceptibles de ser interpretados razonablemente de diversas maneras. Además, las autoridades encargadas de decidir pueden haber apreciado erróneamente los hechos relevantes del caso a pesar de haber llevado el cuidado exigible en su averiguación y valoración. Es perfectamente posible, por lo tanto, que la apreciación de estos hechos o la interpretación de las normas aplicables que en un caso concreto haya efectuado la Administración no coincidan con las que luego hagan los tribunales, lo que no quita que aquellas puedan ser razonables. Imaginemos una resolución administrativa que: se ajustó estrictamente a las que hasta entonces eran la jurisprudencia y la doctrina académica unánimes; fue confirmada en primera y segunda instancia, pero luego anulada por el Tribunal Supremo mediante una sentencia que dio un giro jurisprudencial con los votos particulares de varios magistrados. No resulta descabellado afirmar que, en el momento en el que se dictó, dicha resolución administrativa podía considerarse jurídicamente defendible.

Fernández Rodríguez también viene a decir que la jurisprudencia del margen de tolerancia se aparta de la «tradición milenaria según la cual quien causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»<sup>78</sup>. Pero es justamente al revés. Dicha jurisprudencia se mantiene en la línea de esa tradición, al exigir que la actuación administrativa ilegal causante del daño sea fruto de una negligencia para que surja la obligación de resarcirlo. Lo que se desvía de este principio milenario es aplicar una regla de responsabilidad objetiva, con arreglo a la cual la Administración debe resarcir los daños causados por sus actuaciones ilegales aun cuando hubiese puesto la diligencia debida y, en particular, a pesar de haber aplicado razonada y razonablemente la norma vulnerada.

## 2.2. *La compatibilidad de la doctrina del margen de tolerancia con el supuesto carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*

La gran mayoría de los autores y prácticamente todos los jueces españoles vienen afirmando que, en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva. Así se ha interpretado el precepto legislativo que desde 1954 dispone que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que esta sea

<sup>77</sup> Véase por todos, García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020: t. 1, págs. 511-514).

<sup>78</sup> Fernández Rodríguez (2022: 196).

«consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»<sup>79</sup>. Es más, el Tribunal Constitucional ha llegado a sostener que ese carácter objetivo está consagrado por el art. 106.2 CE<sup>80</sup>.

Así las cosas, cabría pensar que la jurisprudencia del margen de tolerancia, al aplicar una regla de responsabilidad por negligencia, es incompatible con este principio de rango constitucional<sup>81</sup>.

Sin embargo, debe notarse que en este ámbito existe una falta de correspondencia sistemática y profunda entre lo que nuestros tribunales dicen y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para motivar sus decisiones y el contenido de estas. Salvo en muy contadas ocasiones, a pesar de reproducir una y otra vez la doctrina de la responsabilidad objetiva, aplican, *de facto*, una regla de responsabilidad por culpa: solo condenan a la Administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible<sup>82</sup>.

Para introducir de tapadillo esta regla, los tribunales españoles se sirven de varios artificios, manipulaciones y eufemismos argumentativos<sup>83</sup>. En ocasiones, ocultan la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal: si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por el funcionamiento de los servicios públicos<sup>84</sup>. Otras veces, simplemente dicen que el criterio de la objetividad ha de «modularse» en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique

---

<sup>79</sup> Véase el art. 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa (equivalente al art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

<sup>80</sup> SSTC 112/2018, de 17 de octubre, y 79/2019, de 5 de junio. Véase la crítica de Ignacio Rodríguez Fernández (2018), «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, págs. 155-192, así como el acrobático intento de dotar de sentido a estas sentencias de Oriol Mir Puigpelat (2020), «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213, págs. 29-47.

<sup>81</sup> Véase Fernández Rodríguez (2022: 206 y 207); Fernández-Espinar Muñoz (2020: 11 y 12). Otros autores estiman que la doctrina del margen de tolerancia desvirtúa el carácter objetivo que, en su opinión, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene en nuestro Derecho, sin afirmar su rango constitucional. Véase por ejemplo, Núñez Lozano (2000, pág. 213).

<sup>82</sup> Oriol Mir Puigpelat (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, págs. 629-652.

<sup>83</sup> Raúl Letelier (2001), «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, 23, págs. 63-79; Luis Medina Alcoz (2012a), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, págs. 153-181.

<sup>84</sup> Véase por ejemplo, la STS de 19 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:8602).

convincentemente por qué hay que hacer allí una excepción<sup>85</sup>. La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste en recurrir a la «antijuridicidad del daño»: si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, la víctima tiene el «deber de soportar» el daño sufrido<sup>86</sup>, que, por ende, no sería «antijurídico»<sup>87</sup>.

Por otro lado, algunos autores han tratado de «salvar» la doctrina tradicional por la vía de dar a la expresión «responsabilidad objetiva» un significado distinto del que se le da habitualmente en el derecho de daños. Se ha dicho, por ejemplo, que la responsabilidad no deja de ser objetiva por la circunstancia de que, por lo común, la Administración solo responde cuando se ha producido un «funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles»; la responsabilidad es objetiva porque, para que surja, no es necesaria la concurrencia de dolo o culpa en los agentes de la Administración<sup>88</sup>. O que:

[...] lo que realmente añade la calificación de nuestro sistema como de responsabilidad objetiva... [es el desplazamiento] de la carga de la prueba. La víctima no tiene ya que probar que el agente de la Administración actuó irregularmente... Será, pues, la Administración quien deba probar, si quiere eludir su responsabilidad, que el servicio público funcionó correctamente<sup>89</sup>.

Pues bien, es obvio que la doctrina del margen de tolerancia es perfectamente coherente con la regla de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas, si esta se entiende como la jurisprudencia y muchos autores españoles vienen entendiéndola en la práctica desde hace décadas, es decir, como una responsabilidad que en realidad es por negligencia.

### 3. FALTA DE COBERTURA LEGAL

El art. 32.1.I LRJSP establece 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

<sup>85</sup> Véase por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1084).

<sup>86</sup> En la expresión de los arts. 32.1 y 34 de la Ley 40/2015.

<sup>87</sup> Véase por ejemplo, la STS de 10 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6820).

<sup>88</sup> Jesús Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, págs. 669-681.

<sup>89</sup> Tomás Ramón Fernández Rodríguez (2021), «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, pág. 184.



La jurisprudencia del margen de tolerancia estima que los daños ocasionados por actos administrativos «ilegales pero razonables» no son resarcibles, porque los afectados tienen el deber jurídico de soportarlos.

Algunos autores han negado la existencia de semejante deber, pues ninguna ley lo contempla<sup>90</sup>. Según Blanquer, «de la estricta literalidad de lo establecido en [los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP], resulta de manera clara y evidente una reserva de ley en materia de antijuridicidad del resultado lesivo causado por la Administración». Ese deber solo existe «si el Parlamento establece de manera expresa una carga general, y obliga al lesionado a soportar con su propio patrimonio el resultado lesivo de la actividad administrativa»<sup>91</sup>. «No es a los tribunales sino al parlamento a quien se atribuye la competencia para distinguir los daños que por ser antijurídicos son indemnizables, y los otros que deben ser estoicamente soportados por el lesionado»<sup>92</sup>. El legislador puede y debe «establecer al menos unos criterios generales que orienten al poder judicial a la hora de pronunciarse sobre la antijuridicidad del resultado»<sup>93</sup>.

Fernández Rodríguez invoca en la misma línea el art. 1090 del Código Civil, que dispone que «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen» y que «solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales»<sup>94</sup>.

Discrepo de estas tesis. Del tenor literal de los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP no se desprende «de manera clara y evidente» que exista una reserva de ley en esta materia, de modo que los daños causados por la Administración deben considerarse antijurídicos a menos que una ley haya dispuesto expresamente lo contrario. Blanquer hace decir a estos artículos lo que estos no dicen, ni explícita ni inequívocamente. «*De acuerdo con la ley*» no es lo mismo que «*porque así lo ha dispuesto expresamente una ley*».

La expresión «de acuerdo con la ley» puede ser perfectamente interpretada en el sentido de que, para determinar si un daño es indemnizable, hay que considerar desde luego lo establecido por la ley, lo que no quita que, si el legislador no se ha pronunciado explícita y específicamente al respecto, los tribunales pueden y deben determinar si el daño es resarcible o no a la luz de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo ha advertido el propio Fernández Rodríguez:

<sup>90</sup> Véase Núñez Lozano (2000, págs. 213 y 214). «Ningún apoyo legal» tiene la referida jurisprudencia, en opinión de Gerardo García Álvarez (2006), «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», *Revista de Administración Pública*, 169, pág. 159.

<sup>91</sup> Blanquer Criado (2020, pág. 365).

<sup>92</sup> *Ibid.*, pág. 448).

<sup>93</sup> *Ibid.*, pág. 449).

<sup>94</sup> Fernández Rodríguez (2020, págs. 204 y 205).

La ley no es la auténtica fuente del deber jurídico de soportar un daño. Ese deber existe no solo cuando el legislador lo impone expresamente. Todos tenemos el deber de soportar las consecuencias del incumplimiento de un contrato. Sobre todos pesa igualmente el deber de abstenerse de realizar lo prohibido y de soportar las consecuencias de su eventual incumplimiento, el de estar a los propios actos, el de asumir la eventual actualización de los riesgos voluntariamente aceptados y, en fin, las cargas generales de la vida individual y colectiva, de las que nadie puede considerarse liberado<sup>95</sup>.

Y así lo han entendido siempre nuestros tribunales, no solo en los casos de daños ocasionados por actos administrativos ilegales. Ninguna ley establece explícitamente, por ejemplo, que los pacientes deben soportar los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, cuando estos han actuado conforme a los estándares de cuidado exigibles y la víctima dio previamente su consentimiento informado. Pese a ello, los tribunales han estimado que tales daños no son resarcibles. Nuestros jueces nunca han interpretado que los arts. 32.1 y 34.1 LRSJP (o sus antecedentes legislativos) consagran una reserva de ley expresa como la postulada por Blanquer.

Resulta razonable pensar que, si dichos preceptos hubiesen querido establecer semejante reserva de ley y, a la postre, acabar con esta consolidadísima jurisprudencia, hubiesen sido mucho más claros y explícitos en este punto. Tampoco tiene mucho sentido que el legislador haya querido establecer por defecto, en ausencia de disposición legislativa expresa en contrario, la regla que en la práctica se aplica por nuestros tribunales con un carácter muy excepcional: la responsabilidad objetiva. Lo esperable de un legislador racional, que trata de minimizar los costes sociales derivados de su eventual incapacidad para regular específicamente determinados supuestos, sería que estableciera como regla general, *ceteris paribus*, la que ha de aplicarse en un mayor número de casos.

Tampoco cabe entender que aquí existe una reserva de ley en virtud de una suerte de aplicación analógica del art. 31.3 de la Constitución. Los tribunales, cuando enjuician si un daño es «antijurídico» y concluyen que no lo es, no están creando *ex novo* una obligación o una «carga económica» para los perjudicados, como vienen a sostener Blanquer y Fernández Rodríguez. Simplemente están declarando que, a la vista del ordenamiento jurídico vigente, la Administración no está obligada a resarcir un daño que dichos perjudicados (ya) han sufrido accidentalmente.

Coincido con Blanquer y otros autores en que sería conveniente que la legislación española fuera más «densa» en este punto y estableciera criterios más precisos que los actuales con el objeto de determinar cuándo son resarcibles los

---

<sup>95</sup> Tomás Ramón Fernández Rodríguez (2013), en su prólogo al libro de Víctor Torre de Silva y López de Letona, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 9.

daños causados por la Administración<sup>96</sup>. Pero de ahí a concluir que, según nuestro Derecho vigente, estos son siempre resarcibles a menos que una norma con rango de ley haya dispuesto explícitamente lo contrario va un trecho.

El propio Blanquer se plantea si la exoneración de la responsabilidad afirmada por la jurisprudencia del margen de tolerancia «podría inferirse a partir de alguno de los principios generales del Derecho que informan nuestro ordenamiento», como el de «proteger los intereses generales por encima de todo (*“salus publica, suma lex esto”*)», pero seguidamente lo niega. En su opinión, «velar por la protección del interés general no es un principio del ordenamiento jurídico, tampoco es una función judicial, sino una función que la Constitución atribuye sobre todo a la Administración pública (art. 103.1 CE)»<sup>97</sup>.

A mi juicio, sí hay principios de nuestro ordenamiento jurídico que dan soporte a la doctrina del margen de tolerancia. Sirva el ejemplo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española. Es claro que estos vinculan inmediatamente a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE), incluidos los tribunales, que deben interpretar las leyes de conformidad con sus exigencias (art. 5.1 LOPJ). A la hora de interpretar lo dispuesto, en términos sumamente imprecisos, en los arts. 32.1 y 34.1 LRJSJ, por consiguiente, los jueces *deben* tener en cuenta que aplicar una regla de responsabilidad objetiva respecto de los daños causados por el ejercicio ilegal de potestades administrativas puede provocar que, en determinadas circunstancias, estos derechos sufran graves lesiones. Resulta por ello justificado que interpreten que entonces resulta aplicable una regla de responsabilidad por negligencia, en la medida en que esta previene un resultado contrario a la Constitución.

Esta tesis puede ser ilustrada con la STC 148/2021, de 14 de julio, por la que se anulan —por infringir el procedimiento constitucionalmente prescrito— ciertas medidas adoptadas para combatir la COVID-19. Según el Tribunal, «al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas...». El Tribunal, sin embargo, no ofrece mayores explicaciones acerca de las razones que fundamentan este insólito pronunciamiento, que constituye un trasunto de la doctrina del margen de tolerancia.

Sí las ofrece, en cambio, el voto particular formulado por Juan Antonio Xiol Ríos. A su juicio —que comparto plenamente—, «*en este caso existen valores constitucionales que justifican*» esa exclusión de responsabilidad; «*el derecho a la vida y a la salud justifican que el tribunal declare la limitación de efectos de la nulidad respecto del pasado*». En efecto:

<sup>96</sup> Mir Puigpelat (2002, págs. 288-308); Blanquer Criado (2020, págs. 448-454).

<sup>97</sup> Blanquer Criado (2020, págs. 450 y 451).

A través de las normas anuladas se adoptaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la COVID-19 *con el fin de salvaguardar la vida y salud de la población que se encontraba gravemente amenazada por esta enfermedad*. El riesgo de contagio era extremo, los hospitales estaban colapsados y se adoptaron las medidas que, en aquel momento, se consideraron las más idóneas para evitar la propagación de la enfermedad. Junto a ello existía una situación de incertidumbre jurídica. La situación creada no tenía precedentes en nuestra historia constitucional y no había certeza sobre cuál debía ser el cauce jurídico que debía seguirse para imponer estas medidas (buena prueba de ello es el intenso debate que se ha suscitado entre los juristas sobre si el estado de alarma era el adecuado para establecerlas o era preciso acordar el estado de excepción). Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerarse *constitucionalmente justificado* que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. *Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta* [las cursivas son nuestras].

#### 4. EL DEBER DE SOPORTAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL EJERCICIO DILIGENTE DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Hay que reconocer que la argumentación empleada por la jurisprudencia del margen de tolerancia presenta aspectos cuestionables. La tesis de que los daños ocasionados por actos ilegales pero razonables no son resarcibles porque los afectados deben soportarlos es apodíctica. Y sostener que no son resarcibles aquellos daños que la víctima tiene el deber jurídico de soportar es una tautología<sup>98</sup>. Para escapar del razonamiento circular que tal afirmación entraña se necesita otro criterio que permita determinar cuándo existe o no ese deber.

Se ha notado que «es tremendamente inexplicable cómo una expresión tan circular como esta ha podido tener tanto éxito en el derecho administrativo iberoamericano»<sup>99</sup>. La explicación radica, probablemente, en que el concepto de «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar» funciona en la práctica como un comodín o «cajón de sastre»<sup>100</sup> completamente vacío que cada intérprete

<sup>98</sup> Juan Antonio García Amado (2013), «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José Herrador Guardia (ed.), *Derecho de daños 2013*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 65-142.

<sup>99</sup> Raúl Letelier Wartenberg (2018), «Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar», en Marcos Vaquer, Ángel Manuel Moreno y Antonio Descalzo (eds.), *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Valencia: Tirant lo Blanch, t. I, pág. 1047.

<sup>100</sup> García Amado (2013); ídem (2019), «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual», *Almacén de Derecho*, 16 de enero de 2019.

rellena en cada caso a su gusto, según sus intuiciones y criterios acerca de qué daños deben ser resarcidos y cuáles no. Este criterio, además, resulta especialmente útil en un Derecho como el español, en el que la responsabilidad de las Administraciones públicas es supuestamente objetiva, pues confiere a los jueces una enorme discrecionalidad para introducir en él la regla de la responsabilidad por negligencia y evitar así las perniciosas consecuencias prácticas que normalmente tendría ese carácter objetivo.

En mi opinión, ya expuesta en el anterior epígrafe, este concepto tan sumamente indeterminado debe interpretarse a la luz de los principios de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, de las consecuencias que para la satisfacción efectiva de todos los derechos e intereses legítimos afectados pueden tener las distintas reglas de responsabilidad barajadas. Y ya veremos cómo existen razones sólidas para pensar que, en muchos casos, la regla del margen de tolerancia es la que permite minimizar los costes para el conjunto de todos ellos.

## 5. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO NO DEPENDE DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Blanquer estima que las doctrinas, como la del margen de tolerancia, que hacen depender la antijuridicidad [resarcibilidad] del daño causado por la Administración de un análisis de la actuación administrativa o de la gravedad de la ilegalidad cometida «no son convincentes ni técnicamente rigurosas». En estas tesis, «el concepto de antijuridicidad gravita en torno a la actuación de la Administración causante del daño»<sup>101</sup>. Sin embargo, a su juicio, «en rigor estricto, la antijuridicidad se predica del resultado lesivo que sufre el interesado, no del buen o mal funcionamiento en Derecho de la Administración»<sup>102</sup>.

Para afirmar o negar el requisito de la antijuridicidad, basta con valorar la posición de la persona dañada, no es necesario escudriñar cómo ha actuado la Administración. Para valorar si el daño es antijurídico, lo único relevante es determinar si el lesionado está obligado a soportar el resultado dañoso con su propio patrimonio<sup>103</sup>.

En mi opinión, este razonamiento presenta al menos dos relevantes defectos. El primero es que incurre en una ostensible autocontradicción. Es obvio que tanto Blanquer como en general todos los autores que critican la doctrina del margen de tolerancia consideran, implícita o explícitamente, que para afirmar o negar el requisito de la antijuridicidad del daño causado por un acto administrativo sí es necesario escudriñar cómo ha actuado la Administración. Para todos ellos es

<sup>101</sup> Blanquer Criado (2020, pág. 443).

<sup>102</sup> *Ibid.* pág. 443).

<sup>103</sup> Blanquer Criado (*Ibid.* pág. 444). En sentido similar, Suay Rincón (2013, pág. 977).

determinante el hecho de que esta haya cometido una ilegalidad al actuar. De esto depende decisivamente la antijuridicidad del daño. Para juzgarla, no se detienen a valorar la posición de la persona dañada, sino que examinan si la actuación administrativa causante del daño fue legal o ilegal. Según estas tesis, el concepto de antijuridicidad también gravita en torno a la actuación causante del daño. La única diferencia en este punto con la doctrina del margen de tolerancia es que, según ellas, basta la mera ilegalidad de la actuación de la Administración para que el daño sea antijurídico y, en consecuencia, resarcible.

En segundo lugar, la afirmación es apodíctica. Blanquer no ofrece razón alguna por la cual hay que entender que, para afirmar o negar el requisito de la antijuridicidad, basta con valorar la posición de la persona dañada y, por lo tanto, no es necesario analizar cómo ha actuado la Administración. Nótese que, con arreglo a la tradición milenaria que se refleja en el art. 1902 del Código Civil, las características de la actuación causante de un daño sí son decisivas para precisar si este ha de ser resarcido o no.

## 6. INSEGURIDAD JURÍDICA

Alonso Mas afirma que la doctrina del margen de tolerancia «conduce a la inseguridad jurídica», porque implica que los tribunales son los que han de decidir caso por caso si el acto es simplemente ilegal o si además es irrazonable por incurrir en una infracción evidente y manifiesta, apreciación donde existe un «importante margen de subjetividad»<sup>104</sup>.

En realidad, sucede justamente lo contrario. Esa doctrina favorece la seguridad jurídica, al hacer más previsibles *ex ante* los casos en los que las Administraciones públicas deben resarcir los daños causados por su actuación ilegal.

Recordemos que esta doctrina adquiere relevancia típicamente cuando las normas que infringe el acto administrativo dañoso son muy imprecisas y admiten varias interpretaciones razonables. La aplicación en tales circunstancias de una regla de responsabilidad objetiva, por la mera ilegalidad de la actuación administrativa, reduce la previsibilidad de los casos en los que las Administraciones públicas han de responder, porque, en esas circunstancias, resulta muy complicado predecir cómo interpretarán los tribunales aquellas normas y, por lo tanto, si considerarán que el acto en cuestión es legal o ilegal. Aquí, el estándar de conducta cuya infracción determina la responsabilidad es muy indeterminado y, por consiguiente, los casos en los que la Administración responde son difíciles de prever *ex ante*, en el momento en el que se dicta el acto dañoso.

Por el contrario, la aplicación de una regla de «negligencia manifiesta» aumenta la previsibilidad de los casos en los que las Administraciones públicas responden, en la medida en que entonces resulta más sencillo interpretar las normas

<sup>104</sup> Alonso Mas (2015, págs. 120 y 121). En sentido similar, Muñoz Guijosa (2015, págs. 161 y 163).

cuya infracción puede dar lugar a la responsabilidad. De acuerdo con esa regla, la Administración solo responde si ha vulnerado una norma de conducta obvia, precisa, que solo admitía una interpretación razonable y cuya violación era, por consiguiente, ostensiblemente inexcusable. Dado que es más fácil interpretar una de estas normas que una oscura e imprecisa, la doctrina del margen de tolerancia hace que las infracciones determinantes de la responsabilidad sean más previsibles *ex ante*, en el momento en el que la Administración actúa.

En este sentido, Van den Bergh y Schäfer han señalado que la regla de la «negligencia obvia» que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplica en casos análogos<sup>105</sup> «puede justificarse también por razones de seguridad jurídica, en interés de los Estados miembros y de los particulares: cuando el Derecho comunitario no es claro ni suficientemente preciso, estos no pueden albergar expectativas legítimas de ser indemnizados en caso de infracción»<sup>106</sup>. El requisito de la «negligencia obvia» transforma un impreciso estándar de cuidado en uno preciso<sup>107</sup>.

## 7. CONSECUENCIAS RESPECTO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

En relación con las consecuencias prácticas que pueden derivarse de la doctrina del margen de tolerancia y de la regla alternativa, el profesor Blanquer señala lo siguiente:

En primer lugar, si pesa sobre los particulares el riesgo de que la burocracia cometa un error que provoque la invalidez del acto administrativo y les cause un daño, «las autoridades y funcionarios públicos actuarán con máxima desinhibición, pues no tendrán ningún estímulo para extremar o reforzar su diligencia y cuidado en la correcta interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, o en el válido ejercicio de sus potestades exorbitantes»<sup>108</sup>. En cambio, «atribuir las consecuencias económicas de ese mismo “riesgo burocrático” a la propia Administración... sirve para que esta se esfuerce con mayor denuedo para evitar la torpeza jurídica de sus autoridades y empleados públicos... [y] aminorar el riesgo de actuaciones jurídicas descuidadas o negligentes en el ejercicio de potestades exorbitantes que pueden perjudicar a los ciudadanos»<sup>109</sup>.

En segundo lugar, es inverosímil que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda infundir un «temor inhibitorio» en sus agentes:

<sup>105</sup> Véase *infra*, II.1.7.

<sup>106</sup> Roger van den Bergh y Hans Bernd Schäfer (1998), «State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of “Obvious Negligence”», *European Law Review*, 23, pág. 561.

<sup>107</sup> Van den Bergh y Schäfer (1998, pág. 556).

<sup>108</sup> Blanquer Criado (2020, pág. 460).

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 461.

A no ser que se tenga una imaginación jurídica prodigiosamente creativa y fértil, hay que admitir que en España es una pura ficción el eventual temor o turbación de las autoridades y empleados públicos ante las graves consecuencias personales y económicas de una decisión burocrática eventualmente inválida y contraria a Derecho (miedo de tal intensidad que puede llegar a inducir a las autoridades competentes a su posible inhibición decisoria). La premisa teórica o simple hipótesis abstracta de que las autoridades y servidores públicos puedan experimentar algún temor inhibitorio en su esfera individual es una simple hipótesis teórica o conjetura especulativa, que en la actualidad realidad española de comienzos del siglo XXI resulta muy difícil de creer y aceptar<sup>110</sup>.

En tercer lugar, Blanquer advierte que frente a esta eventual inhibición existen otros remedios previstos por la ley, como «la responsabilidad disciplinaria de quienes hicieron dejación de su competencia para resolver y dictar una resolución expresa»<sup>111</sup>.

Lamentablemente, no disponemos de estudios empíricos sobre los efectos que la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por negligencia de la Administración pueden tener sobre la actividad de sus agentes. No obstante, sí contamos con numerosos estudios teóricos que han analizado con gran rigor qué consecuencias reales pueden tener estas y otras reglas de responsabilidad civil sobre la conducta de particulares, empresas y agentes públicos. Estos trabajos están basados en hipótesis científicas relativas al comportamiento humano que sí han sido contrastadas empíricamente y que han tenido un notable éxito explicativo y predictivo, también en relación con los efectos de muchas normas jurídicas. Y sus resultados no dan soporte a las opiniones de Blanquer. Más bien todo lo contrario, como veremos más adelante.

Por de pronto, debe notarse que este autor no explica por qué la responsabilidad objetiva de la Administración da a sus agentes incentivos eficaces para lo bueno (para que estos «se esfuercen con mayor denuedo en evitar torpezas jurídicas»), pero no para lo malo (para que se inhiban en el desempeño de sus funciones). Si las autoridades y los empleados públicos españoles no temen las consecuencias económicas de esa responsabilidad a los efectos de inhibirse en el ejercicio de sus potestades, ¿por qué sí las van a temer cuando se trata de poner más cuidado en dicho ejercicio?

En segundo lugar, la afirmación de que la responsabilidad objetiva, a diferencia de la responsabilidad por negligencia, incentiva que los potenciales causantes actúen con el cuidado exigible contradice uno de los resultados más básicos de aquellos trabajos teóricos. La responsabilidad por culpa también incentiva que dichos sujetos actúen con el nivel de cuidado exigible, en la medida en que les obliga a resarcir los daños causados cuando las medidas de precaución que adoptaron quedaron por debajo de este. En este punto, no hay diferencia alguna entre

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, pág. 457.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pág. 456.



ambas reglas<sup>112</sup>. Recordemos que lo que aquí estamos discutiendo es si la Administración debería resarcir o no los daños causados al dictar un acto que incurrió en una ilegalidad a pesar de que sus agentes actuaron con la diligencia debida. Pues bien, no se comprende por qué hacer responder —objetivamente— a la Administración en estos casos incentiva que sus agentes actúen diligentemente y, en cambio, no hacerla responsable lo desincentiva.

En tercer lugar, si bien es cierto que el legislador contempla varios remedios que podrían ser utilizados contra el «efecto inhibitor» que la referida responsabilidad objetiva puede tener sobre la actuación administrativa, no parece que estos remedios permitan enervar suficientemente dicho efecto en el terreno de los hechos, por varias razones. Es posible que: los agentes dispongan de un amplio margen de discrecionalidad o apreciación para «inhibirse»; los perjudicados por la «inhibición» no tengan los incentivos necesarios para impugnarla ante los tribunales; las autoridades competentes no pongan en marcha de oficio los procedimientos administrativos dirigidos a «castigar» a los culpables de la inhibición, etc.

En cuarto lugar, no se adivina por qué circunstancia las autoridades y empleados públicos españoles reaccionan de una manera sustancialmente distinta a la de sus homólogos europeos frente a las reglas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Finalmente, me da la impresión de que Blanquer concibe el referido «efecto inhibitor» en un sentido demasiado estrecho. El problema no es tanto que, a la vista de una eventual responsabilidad objetiva de la Administración por los daños causados al dictar actos ilegales, sus agentes se abstengan de dictarlos con el objeto de eludir esa responsabilidad. El problema es que dichos agentes adopten medidas socialmente disvaliosas con el fin de reducir el riesgo de que la Administración responda. Estas medidas de «autodefensa» pueden consistir en un «no hacer», pero también en un «hacer». Por ejemplo, para reducir el riesgo de tener que resarcir los daños causados por la denegación ilegal de la autorización requerida para llevar a cabo una actividad peligrosa para el medio ambiente, las autoridades competentes pueden sentir la tentación de otorgar estas autorizaciones en casos en los que no deberían, si saben que: difícilmente los perjudicados por el otorgamiento ilegal van a impugnarlo con éxito ante los tribunales y a obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos; y es más probable que los perjudicados por la denegación la recurran y obtengan una indemnización por los daños que esta les haya ocasionado.

## 8. RESPONSABILIDAD Y RESTITUCIÓN

Se ha invocado en contra de la doctrina del margen de tolerancia que el restablecimiento de la situación jurídica individualizada del particular afectado

---

<sup>112</sup> Véase *infra*, III.2.

por un acto administrativo ilegal no requiere la irrazonabilidad de este, ni que la Administración lo dictara culposamente<sup>113</sup>.

Este argumento ignora que dicho restablecimiento (la «tutela restitutoria») y la responsabilidad civil extracontractual (la «tutela resarcitoria») son figuras jurídicas distintas, que se rigen por reglas distintas<sup>114</sup>. En particular, la negligencia se requiere normalmente cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero no cuando esta se ha enriquecido sin justa causa. La persona que obtiene un enriquecimiento injusto debe restituirlo, aun cuando lo haya obtenido sin dolo o culpa. Lo mismo ocurre en el derecho privado. Mientras que «en el régimen común de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1902 CC*) se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar», «este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento»<sup>115</sup>. Por razones de espacio, no es posible explicar aquí la razón de ser de esta regla básica.

### III. RAZONES PARA APLICAR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA

Hay una muy abundante literatura sobre las ventajas y desventajas de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa<sup>116</sup>.

#### 1. BENEFICIOS INFORMACIONALES DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA

Una de las grandes ventajas de esta regla es que genera información acerca de las medidas de cuidado que el demandado debía haber tomado, que pueden ser muy similares a las que cabe exigir a otras personas u organizaciones que realizan actividades análogas. Esta regla permite que, a través de los correspondientes pleitos, aflore o se produzca nueva información sobre dichos aspectos y que esta pueda ser conocida por todos los potenciales interesados.

En los pleitos en los que se aplica una regla de responsabilidad objetiva, no hace falta analizar si los causantes adoptaron o no las debidas medidas de precaución, por lo que este problema tiende a quedar oculto. Bajo un régimen

<sup>113</sup> Marcos Fernando Pablo (2013, pág. 1694); Torre de Silva y López de Letona (2022).

<sup>114</sup> Véanse por todos, Silvia Díez Sastre (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons, *passim*, especialmente págs. 71-82.

<sup>115</sup> José Manuel Busto Lago y Fernando Peña López (1997), «Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, pág. 146.

<sup>116</sup> Véase, por ejemplo, Hans Bernd Schäfer y Frank Müller Langer (2009), «Strict Liability Versus Negligence», en Michael Faure (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, págs. 3-45.

de responsabilidad por culpa, en cambio, los tribunales deben examinarlo y resolverlo, con la ayuda de las partes e incluso de terceros. Y las conclusiones a las que hayan llegado en un asunto concreto pueden ser extrapoladas, *mutatis mutandis*, a otros análogos. La información generada en un litigio puede ser aprovechada en el futuro por cualquier persona que pueda verse implicada en un caso similar, a fin de tomar medidas de precaución eficientes dirigidas a evitar y mitigar daños<sup>117</sup>.

La aplicación de una regla de responsabilidad por culpa a los casos de actos dañosos contrarios a derecho genera información acerca de cuáles son las precauciones que las autoridades competentes deberían tomar para evitar cometer infracciones semejantes y mitigar los daños resultantes.

Por ejemplo, requerir una «infracción suficientemente caracterizada» para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado por vulneraciones del derecho de la UE ha permitido deducir algunas reglas de cuidado que las autoridades deben observar a fin de prevenir y mitigar los daños causados por estas vulneraciones: tener un conocimiento exacto y actualizado de la jurisprudencia del TJUE, con el objeto de no adoptar medidas que la contradigan, y de retirarlas lo más rápidamente posible si ya hubieran sido aprobadas<sup>118</sup>; no ignorar las alegaciones de los afectados de que el acto en cuestión infringe el derecho de la UE<sup>119</sup>; no adoptar «una actitud renuente u obstinada para corregir la disconformidad con el derecho comunitario europeo»<sup>120</sup>; «tomar la iniciativa para clarificar la situación»<sup>121</sup>, etc.

## 2. INFLUENCIA SOBRE LOS NIVELES DE CUIDADO Y ACTIVIDAD DE LOS IMPLICADOS: TEORÍA ECONÓMICA ESTÁNDAR

La probabilidad de que se produzca un accidente depende fundamentalmente de dos factores: de los *niveles de cuidado* adoptados por los potenciales causantes y víctimas y de sus *niveles de actividad*. Por ejemplo, cuanto menos cuidado lleven en la tramitación de ciertos proyectos urbanísticos sus promotores y las autoridades encargadas de autorizarlos, y mayor número de proyectos gestio-

<sup>117</sup> Véanse Eberhard Fees y Ansgar Wholschlegel (2006), «Liability and information Transmission: The advantage of negligence based rules», *Economic Letters*, 92, págs. 63-67; Noam Sher (2007), «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, págs. 335-377; Schäfer y Müller Langer (2009), págs. 27 y ss.).

<sup>118</sup> Véase la STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 57).

<sup>119</sup> Véanse las SSTs de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605) y 6 de mayo de 2016 (ES:TS:2016:1887).

<sup>120</sup> STS de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

<sup>121</sup> STS de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

nen todos ellos, más probable es que dichas autoridades cometan una ilegalidad al otorgar o denegar las correspondientes autorizaciones.

Bajo determinadas condiciones, cabe pensar que las dos reglas, combinadas con otra regla que excluya la responsabilidad si el causante actuó diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, crean en principio los incentivos adecuados para que ambas personas adopten el nivel de cuidado exigible. Aplicar un canon u otro resulta irrelevante a estos efectos<sup>122</sup>.

En cambio, las dos reglas influyen de diversa manera sobre los referidos niveles de actividad<sup>123</sup>. En un régimen de responsabilidad por culpa, las víctimas soportan el llamado «riesgo residual», es decir, el coste esperado de sufrir un accidente a pesar de que todas las personas implicadas han llevado el cuidado exigible. Esta regla, por lo tanto, encarece la actividad de las eventuales víctimas. Les da incentivos para no aumentarla por encima del punto en el que los costes sociales del aumento superan a los beneficios que este les reporta, pues, en principio, dichos costes y beneficios recaen íntegramente sobre ellas. Por otro lado, propicia que los potenciales causantes eleven su volumen de actividad por encima del que sería socialmente deseable, pues los beneficios derivados del aumento recaen en principio sobre ellos, mientras que los costes se trasladan a las víctimas.

En un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan el referido riesgo residual. Esta regla, por consiguiente, encarece la actividad de los potenciales causantes. Les da incentivos para no incrementarla por encima del nivel en el que los costes sociales del incremento superan a los beneficios que este les reporta. Por otro lado, propicia que el volumen de actividad de las potenciales víctimas supere el socialmente óptimo, pues, en principio, obtienen los beneficios derivados del exceso mientras que no han de asumir sus costes, que recaen íntegramente sobre los causantes.

Debe notarse que ninguna de las dos reglas crea los incentivos adecuados para que todos los agentes implicados ajusten su volumen de actividad a lo que sería socialmente deseable. La responsabilidad por culpa falla respecto de los potenciales causantes; y la responsabilidad por culpa, respecto de las posibles víctimas. Así las cosas, la responsabilidad objetiva resulta preferible cuando los costes sociales de un exceso de actividad de los primeros superan los costes sociales de un exceso análogo de los segundos, y viceversa. En la práctica, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, la responsabilidad por culpa es la regla general, y la responsabilidad objetiva la excepción, que solo se aplica cuando los potenciales causantes realizan actividades anormalmente peligrosas<sup>124</sup>. Y, conviene ponerlo de relieve, la responsabilidad por negligencia es

<sup>122</sup> Steven Shavell (1980), «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, págs. 1-25.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Véase, por ejemplo, el art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles on European Tort Law, PETL*), elaborados por el *European Group on Tort Law*.

también la norma que rige con carácter general respecto de los daños causados por los poderes públicos<sup>125</sup>.

### 3. INFLUENCIA SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS AGENTES PÚBLICOS

La teoría económica estándar del derecho de daños, en la que se basan las consideraciones recién expuestas, presupone que los causantes de los accidentes y potenciales responsables son sujetos —particulares o empresas— que soportan íntegramente los costes de las medidas de precaución que toman y de las compensaciones que eventualmente han de pagar a las víctimas. El problema es que esta premisa seguramente no se cumple cuando los potenciales responsables son entidades públicas.

#### 3.1 *La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de actividad administrativa*

Cabe pensar que los agentes públicos, en líneas generales, no internalizan íntegramente el coste de la responsabilidad patrimonial de la Administración a cuyo servicio se encuentran, de resultas principalmente de dos circunstancias.

La primera es que las correspondientes indemnizaciones no se pagan de su bolsillo, ni siquiera cuando concurren los requisitos para que las Administraciones ejerzan contra ellos la llamada acción de regreso, pues esta prácticamente nunca se ejerce<sup>126</sup>.

En segundo lugar, el coste de oportunidad y reputacional que para los agentes públicos se deriva de la referida responsabilidad se reduce sustancialmente si esta se declara y hace efectiva cuando aquellos han dejado de desempeñar el cargo en cuyo ejercicio causaron los daños o pudieron prevenirlos, lo cual es relativamente probable. Ciertamente, el pago de las correspondientes indemnizaciones puede tener un considerable coste de oportunidad para dichos agentes. Los recursos empleados en la tramitación de los correspondientes procedimientos de exigencia de responsabilidad y en compensar a las víctimas ya no pueden ser destinados a otros fines, política o personalmente más rentables. Y la responsabilidad también puede encerrar un relevante coste reputacional, especialmente para los que han causado los daños. Sin embargo, todos estos costes menguan en función creciente de la probabilidad de que la responsabilidad se declare y se haga efectiva

<sup>125</sup> Véanse Fairgrieve (2021, pág. 817); Oliver Dörr (2014), «Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme», en Oliver Dörr (ed.), *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, Berlin: De Gruyter, págs. 15 y 16.

<sup>126</sup> Véase Gabriel Doménech Pascual (2009), «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 103-159.

cuando dichos agentes ya no ejercen las funciones en cuyo desempeño causaron los daños o pudieron prevenirlos.

Estos dos factores minan la eficacia preventiva de la responsabilidad patrimonial. Reducen los alicientes que los agentes públicos tienen para adoptar medidas de cuidado óptimas y, en el caso de que la Administración responda objetivamente, para no desarrollar la actividad potencialmente dañosa en un volumen superior al socialmente deseable. Cuanto menor sea dicha eficacia preventiva, más desaconsejable será la regla de la responsabilidad objetiva.

### 3.2. *La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas*

La regla según la cual la Administración responde objetivamente de los daños causados por sus actos contrarios a derecho propicia que los agentes públicos tomen precauciones ineficientes si dicha responsabilidad tiene un coste personal para ellos —por las razones indicadas en el epígrafe anterior— y, además, concurren otras circunstancias.

#### 3.2.1. Las medidas de precaución generan externalidades negativas

Los agentes públicos tampoco internalizan siempre todos los costes de las medidas de precaución que toman para prevenir accidentes y eventuales responsabilidades. Dicho de otra manera: esas medidas generan externalidades negativas, costes que soportan otras personas. De resultas de ello, la amenaza que para dichos agentes supone la responsabilidad patrimonial de la Administración puede inducirles a tomar medidas dirigidas a prevenir esa responsabilidad que son excesivamente costosas desde el punto de vista del bienestar social<sup>127</sup>. Cuanto mayores sean esas externalidades, mayor será el riesgo de que se adopten semejantes medidas «autodefensivas» y más desaconsejable será que la Administración responda objetivamente.

Imaginemos, por ejemplo, que la Administración respondiera así de los daños causados al otorgar o denegar ilegalmente la autorización para desarrollar una actividad contaminante. Si las correspondientes condenas entrañan un coste relevante para el agente público encargado de decidir, este puede sentirse inclinado a escoger la alternativa que entraña un menor riesgo de responsabilidad, a pesar de ser ilegal y la que peor satisface los intereses de la ciudadanía. Imaginemos que dicho agente sabe que, si la denegación se anula, el solicitante reclamará y obtendrá con toda seguridad una compensación de cinco millones de euros por

<sup>127</sup> Véase Gerrit de Geest (2012), «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, págs. 291-319; Jef de Mot y Michael Faure (2016), «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en Ken Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: Intersentia, págs. 599-605.

los perjuicios derivados de la anulación. Y sabe igualmente que, si la autorización se anula, prácticamente ninguno de los dos millones de afectados por la contaminación resultante reclamará el resarcimiento de los perjuicios de diez euros que cada uno de ellos ha sufrido y que en total suman veinte millones de euros. La amenaza de la responsabilidad puede inducir a la autoridad competente a tomar una medida para prevenirla —otorgar la autorización— que es ilegal y contraria a los intereses generales.

Valga otro ejemplo. Supongamos que las Administraciones autonómicas respondieran objetivamente de los daños causados por las resoluciones dictadas por sus órganos que conocen de los recursos especiales en materia de contratación pública que luego son anuladas por los tribunales<sup>128</sup>. Si la suma de las indemnizaciones resultantes alcanzara una cierta magnitud, las autoridades autonómicas podrían impulsar reformas legislativas que suprimieran dichos órganos y «devolvieran» la competencia para resolver tales recursos a su homólogo estatal. Y el Gobierno, a su vez, podría impulsar una reforma semejante que suprimiera este último órgano y atribuyera directamente a los tribunales la competencia para conocer de los recursos formulados por los interesados en esta materia, aun cuando esta solución no fuera la más conveniente para los intereses generales. El Gobierno conseguiría con ello eludir en gran medida el pago de las correspondientes indemnizaciones, al sujetarlo a los requisitos extraordinariamente restrictivos que han de concurrir para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales.

### 3.2.2. La probabilidad de cometer una infracción aun llevando el cuidado exigible es elevada

El problema descrito en el anterior epígrafe se exagera cuando la probabilidad de que la Administración vulnere el ordenamiento jurídico a pesar de que sus agentes han llevado el cuidado exigible es relativamente elevada. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque: las normas que regulan la correspondiente actuación administrativa son imprecisas y ambiguas; los tribunales todavía no han aclarado cómo hay que interpretarlas y aplicarlas; la jurisprudencia existente en esta materia es inconsistente y cambiante, etc.

Imaginemos que esa probabilidad es igual a cero, porque la legislación aplicable no deja lugar a dudas interpretativas y la autoridad competente puede tener la certeza de que si la aplica con el cuidado debido no cometerá infracción alguna. Aquella tiene tres alternativas: actuar con ese cuidado, actuar sin él y no actuar. En el siguiente cuadro se reflejan los costes que para dicha autoridad y para la sociedad en su conjunto se derivan de cada opción, si se aplica una regla de responsabilidad objetiva. Puede apreciarse que, bajo esas condiciones, la alternativa

<sup>128</sup> Hipótesis que niegan el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora catalana núm. 170/2019, de 13 de junio, y el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi núm. 43/2020, de 4 de marzo, que aplican aquí la doctrina del margen de tolerancia.

que minimiza ambos costes y que, por ello, la autoridad seguramente escogerá consiste en actuar con cuidado.

	Actuar sin cuidado	Actuar con cuidado	No actuar
Probabilidad de infracción	0,5	0	0
Coste privado cuidado	0	1	0
Coste social cuidado	0	1,5	0
Coste privado responsabilidad	10	10	10
Coste social ilegalidad	12	12	12
Coste privado inacción	0	0	3
Coste público inacción	0	0	7
Coste privado esperado	5	1	3
Coste social esperado	6	1,5	7

Introduzcamos ahora un cambio en el escenario recién descrito, dejando igual todo lo demás: la probabilidad de que la autoridad cometa una infracción a pesar de llevar el cuidado exigible es relativamente elevada (0,3). Puede apreciarse que, en tal caso, la alternativa que minimiza los costes para la autoridad y que, por ello, será probablemente escogida consiste en la inacción, a pesar de ser la alternativa socialmente más costosa.

	Actuar sin cuidado	Actuar con cuidado	No actuar
Probabilidad de infracción	0,5	0,3	0
Coste privado cuidado	0	1	0
Coste social cuidado	0	1,5	0
Coste privado responsabilidad	10	10	10
Coste social ilegalidad	12	12	12
Coste privado inacción	0	0	3
Coste público inacción	0	0	7
Coste privado esperado	5	4	3
Coste social esperado	6	5,5	7

Puede apreciarse también que, si en este segundo escenario se aplica una regla de responsabilidad por negligencia, la autoridad actuará con cuidado, pues



ésta es la alternativa que minimiza sus costes, al igual que sucedía en el primer escenario. Aunque en este caso llevar el cuidado debido no evita la comisión de infracciones, sí permite eludir el deber de resarcir los daños causados.

### 3.2.3. Los daños privados resarcibles son superiores a los daños sociales causados por el acto ilegal

Van den Bergh y Schäfer ofrecen otra razón para supeditar la responsabilidad patrimonial de la Administración a la comisión de una «infracción suficientemente caracterizada» o, como ellos prefieren decir, de una «negligencia obvia». La aplicación de una regla de responsabilidad objetiva propicia un «exceso de precaución» cuando los daños privados son superiores a los daños sociales causados por la actuación ilegal en cuestión y las normas de conducta son imprecisas<sup>129</sup>. Estos autores consideran específicamente el supuesto de la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea por los perjuicios derivados del incumplimiento del derecho de la Unión, pero sus argumentos valen en principio para los daños causados por cualesquiera actos ilícitos.

Muchos de estos daños encajan en uno de los supuestos usualmente incluidos en la heterogénea categoría de los «daños puramente económicos»<sup>130</sup>. Se trata de casos en los que las pérdidas que sufre la víctima superan las pérdidas netas sufridas por la entera sociedad. Imaginemos que un reglamento impone un requisito de calidad alimentaria que viola la libertad de circulación de mercaderías. Como consecuencia de la infracción, ciertos productores extranjeros sufren pérdidas por valor de 105, los consumidores experimentan una pérdida de bienestar de 10 y los productores nacionales incrementan sus beneficios en 100. Nótese que el daño social neto que se deriva de la infracción (15) es muy inferior a los daños que esta causa a los productores extranjeros afectados (105).

Imaginemos, además, que no era nada fácil precisar *ex ante*, cuando se impuso el requisito en cuestión, si este era lícito, pues la referida libertad está consagrada en unos términos extremadamente abstractos y los tribunales todavía no se habían pronunciado sobre dicha licitud.

Pues bien, si los daños causados a las víctimas son superiores a los daños sociales netos derivados de la infracción y, además, el estándar de conducta que las autoridades deben observar es incierto *ex ante*, hacer responsable a la Administración de aquellos daños privados simplemente por haber adoptado una medida contraria a derecho provocará seguramente que las autoridades adopten medidas

<sup>129</sup> Van den Bergh y Schäfer (1998) y (2000), «Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156:2, págs. 382-403.

<sup>130</sup> Sobre esta categoría, véase por todos, Fernando Gómez Pomar y Juan Antonio Ruiz García (2002), «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, 4/2002.

de precaución excesivas y, en particular, que se abstengan de adoptar regulaciones socialmente beneficiosas. La regla de la «negligencia obvia» evita este resultado.

En efecto, imaginemos que una autoridad está valorando la posibilidad de establecer una regulación que, según sus estimaciones, generaría un beneficio social neto de 30, lo que le reportaría un rédito político equivalente. El problema es que su licitud es dudosa y, en consecuencia, hay una probabilidad relativamente elevada (0,4) de que sea anulada. Vamos a suponer que en tal caso los empresarios afectados negativamente por la regulación sufrirían pérdidas de 100, muy superiores a los costes que para la entera sociedad implicaría la regulación (-30). Si en ese caso se aplicara una regla de responsabilidad objetiva (por la mera ilicitud), la autoridad afrontaría el riesgo de tener que pagar a dichos empresarios una indemnización esperada de 40 ( $= 100 * 0,4$ ), lo cual, vamos a suponer, tendría para ella un coste político equivalente. Así las cosas, la autoridad se abstendrá de aprobar esta regulación, cuyo beneficio social esperado es positivo.

En cambio, si aquí se exige el requisito de la «infracción suficientemente caracterizada» (o «negligencia obvia»), el Estado no responderá en el caso de que la regulación sea finalmente anulada, la autoridad no afrontará el riesgo de indemnizar a los empresarios perjudicados y, a la postre, adoptará la regulación considerada, que incrementará el bienestar neto de la ciudadanía.

### 3.2.4. La relevancia de la discrecionalidad

A la vista de cuanto se ha expuesto, se comprende por qué el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo español y sus homólogos de otros muchos Estados tienden a ser «especialmente tolerantes» con la Administración cuando sus agentes han causado daños en el ejercicio de potestades discrecionales o regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados, que les confieren un amplio margen de maniobra o apreciación<sup>131</sup>. Hay al menos dos buenas razones para ello.

La primera es que el ejercicio de estas potestades suele estar regulado por normas vagas e imprecisas, que utilizan conceptos indeterminados y admiten dos o más interpretaciones razonables. Ello implica que la probabilidad de que dichos agentes las ejerzan ilegalmente a pesar de llevar el cuidado debido resulta especialmente elevada. Según hemos visto, aplicar en tal caso una regla de responsabilidad objetiva propicia que estos adopten medidas de «autoprotección» socialmente perjudiciales. En cambio, cuando las potestades son estrictamente regladas, las normas de conducta que los servidores públicos han de observar

---

<sup>131</sup> Véanse respecto de Inglaterra y Gales, Oliphant (2016: 137-142). Respecto de Francia, Duncan Fairgrieve y François Lichere (2016), «The liability of public authorities in France», en Ken Oliphant (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, London, pág. 165. En general, Cees van Dam (2013), *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, págs. 579 y 580.

tienden a ser ciertas *ex ante*, lo que hace improbable que estos cometan una infracción llevando el cuidado exigible y, por lo tanto, reduce el riesgo de que adopten tales medidas<sup>132</sup>.

En segundo lugar, las posibilidades de tomar esas medidas de autodefensa, cuyos costes para la sociedad superan a sus beneficios, son tendencialmente más amplias cuanto mayor es el margen de discrecionalidad o apreciación de que los agentes públicos disponen para decidir o, dicho de otra manera, cuanto mayor es la deferencia que los tribunales muestran hacia sus decisiones. Nótese que, en el caso imaginario puesto a modo de ejemplo en el epígrafe 3.2.2, la Administración puede decidir no actuar, a pesar de constituir la peor solución para los intereses generales, porque dispone de un cierto margen de maniobra para escoger esta alternativa y sabe, en consecuencia, que los tribunales no la van a cuestionar.

#### 4. INFLUENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS POTENCIALES VÍCTIMAS

La responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados de actos jurídicos contrarios a derecho también puede tener un impacto negativo sobre la actividad de las potenciales víctimas.

En primer lugar, esa responsabilidad propicia que dichas personas eleven su volumen de actividad por encima del punto socialmente óptimo<sup>133</sup>. Este resultado será especialmente pernicioso cuando la actividad genere graves riesgos o externalidades negativas.

En segundo lugar, este efecto puede agudizarse como consecuencia del impacto que la responsabilidad objetiva tiene sobre la actuación administrativa. Ya hemos visto que esta regla favorece, en determinadas circunstancias, que los agentes públicos adopten medidas ineficientes con el objeto de reducir el riesgo de que la Administración tenga que resarcir los daños causados por sus actuaciones ilegales. Una de esas medidas puede consistir en reducir su nivel de actividad por debajo del socialmente óptimo, lo cual puede provocar, a su vez, que los particulares eleven todavía más el volumen de su actividad y se agrave el problema señalado en el párrafo anterior.

Imaginemos, por ejemplo, que la Administración responde objetivamente de los daños ocasionados al denegar ilegalmente una autorización a través de la cual controla una actividad privada peligrosa para el medio ambiente. Para reducir o incluso eliminar el riesgo de afrontar esta responsabilidad, los agentes públicos competentes pueden optar, por ejemplo, por otorgar las autorizaciones solicitadas en casos donde no deberían otorgarlas porque la actividad proyectada es demasiado peligrosa. O incluso pueden convencer al legislador de que suprima dicha

<sup>132</sup> En sentido similar, De Mot y Faure (2016: 611).

<sup>133</sup> Véase *supra*, III.2.

autorización. Obviamente, el relajamiento o la eliminación de este control administrativo previo puede dar lugar a que los particulares desarrollen la actividad en cuestión sin las debidas medidas de cuidado o en situaciones en las que los graves peligros para el medio ambiente que esta encierra exceden de sus beneficios para la sociedad, a pesar de realizarse con la diligencia debida.

En tercer lugar, la responsabilidad objetiva de la Administración también puede minar por otra vía los incentivos que los particulares tienen para adoptar medidas de precaución socialmente óptimas<sup>134</sup>. Si la amenaza de esa responsabilidad no constituye un incentivo suficiente para que los agentes públicos lleven el cuidado óptimo, en algunos casos las potenciales víctimas deberían elevar su nivel de cuidado para compensar ese déficit. El problema es que a estas personas seguramente no les sale a cuenta elevarlo si la Administración responde objetivamente y sus agentes no actúan con el cuidado debido. Elevarlo les supone entonces un coste y ningún beneficio, pues en estas circunstancias la Administración debe dejarlas indemnes en el caso de que les cause un daño.

Imaginemos, por ejemplo, que un empresario solicita de un municipio autorización para construir un hotel. Tanto él como las autoridades y empleados municipales pueden adoptar un nivel de cuidado alto, medio, ligeramente bajo o gravemente insuficiente con el fin de garantizar la conformidad a derecho de la resolución que el ayuntamiento dicte y, en especial, de prevenir los daños que aquel puede sufrir si este autoriza la construcción y luego los tribunales declaran su ilegalidad y ordenan demolerla.

Supongamos que la solución que minimiza los costes sociales es que ambos adopten un nivel medio de cuidado: el empresario, al confeccionar el correspondiente proyecto; y los servidores municipales, al examinar su legalidad. Sin embargo, los segundos no internalizan totalmente el coste de la responsabilidad patrimonial del municipio, por lo que esta les induce a tomar un nivel de precaución levemente bajo, inferior al óptimo. Es posible que, en tal caso, la solución que minimiza los costes sociales consista en que el empresario adopte un nivel de cuidado alto, con el objeto de compensar la falta de diligencia de los agentes municipales.

Pero si el municipio responde de manera objetiva o incluso por una simple negligencia de los daños derivados del otorgamiento ilegal de la autorización, el empresario seguramente no alcanzará ese nivel alto, pues carece de alicientes económicos para ello. La razón es sencilla. Elevar su cuidado con el objeto de prevenir tales daños implica para él un coste y ningún beneficio, pues dicha responsabilidad ya le asegura su indemnidad frente al riesgo de sufrírselos.

Para inducirle a incrementarlo, cabría establecer una regla según la cual la Administración responde solo cuando comete una negligencia cualificada (v. gr. grave). En el ejemplo anterior, esta regla propiciaría que los agentes municipales

---

<sup>134</sup> Véase en sentido similar, Giuseppe Dari-Mattiacci, Nuno Garoupa y Fernando Gómez-Pomar (2010), «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, págs. 773-811.

alcanzasen al menos un nivel de cuidado que no resulta gravemente insuficiente. Y el empresario, un nivel alto. Nótese que entonces este sí tiene un claro aliciente económico para prevenir los daños en cuestión elevando su cuidado hasta ese punto óptimo, pues dicha regla no asegura su indemnidad en el caso de que tales agentes adopten un nivel de precaución ligeramente bajo.

#### IV. ¿UNIFORMIDAD O DIVERSIDAD DE SOLUCIONES?

En la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la responsabilidad civil extracontractual por negligencia es, tanto en el ámbito privado como en el público, la regla general, pero no universal. Hay supuestos excepcionales en los que el causante del daño responde objetivamente, con independencia del cuidado con el que haya actuado. Suele tratarse de casos en los que la actividad de la que trae causa el daño genera peores externalidades negativas —o menores externalidades positivas— que la desarrollada por las víctimas y, por consiguiente, conviene reducir el volumen de la primera antes que el de la segunda.

No es ni mucho menos descartable que la responsabilidad objetiva de la Administración constituya, en algunos casos de daños causados por sus actos ilegales, la regla más eficiente, la que minimiza la suma de todos los costes sociales o, dicho con otras palabras, la que mejor satisface todos los principios, derechos e intereses legítimos implicados<sup>135</sup>. De hecho, esta es la solución explícitamente prevista por algunas disposiciones legales. El art. 33.1 de la Ley General Tributaria, por ejemplo, dispone que la Administración «reembolsará el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda [tributaria] si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme».

En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la legislación europea:

[...] se opone a una normativa nacional que supedita el derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios, derivada de una infracción del Derecho en materia de contratación pública por parte de la entidad adjudicadora, al carácter culposo de esta infracción, incluso cuando la aplicación de dicha normativa se base en la presunción de que dicha entidad ha actuado culposamente y en la imposibilidad de que esta invoque la falta de competencia individual y, por lo tanto, una falta de imputabilidad subjetiva de la supuesta infracción<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Véase Doménech Pascual (2010).

<sup>136</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Strabag y otros*, C-314/09). En la doctrina, véanse Silvia Díez Sastre (2012), «La responsabilidad por culpa en procedimientos competitivos», en Raúl Letelier Wartenberg (ed.), *La falta de servicio*, Santiago: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, págs. 215-250; ídem (2012), «Culpa vs. ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento

Análogamente, el Tribunal Supremo tampoco aplica la doctrina del margen de tolerancia a los daños causados por la resolución ilegal de procedimientos competitivos de acceso a empleos públicos. Para declarar en estos casos la obligación de indemnizar no exige que la ilegalidad sea culposa<sup>137</sup>.

No es posible analizar aquí con detalle si la responsabilidad objetiva de la Administración está justificada en estos y otros supuestos. Pero sí conviene poner de manifiesto que la crítica radical, absoluta y desmesurada de la jurisprudencia del margen de tolerancia puede tener –o acaso haber tenido ya– un efecto contraproducente, opuesto al pretendido probablemente por sus autores. Al negar de raíz la posibilidad de que en algunos casos de daños causados por actos administrativos ilegales esté justificado aplicar una regla de responsabilidad por culpa y en otros casos una regla de responsabilidad objetiva, tal vez estos autores propician que los jueces, además de desatender sus desmesuradas críticas, no consideren dicha posibilidad y apliquen la doctrina del margen de tolerancia con carácter tendencialmente universal, hasta en casos donde la responsabilidad objetiva sería seguramente preferible<sup>138</sup>.

Y algo parecido cabe decir en relación con los términos en los que se aplica la doctrina criticada. El hecho de que hayan sido definidos por los tribunales de manera puramente casuística y sin ninguna ayuda del mundo académico puede haber favorecido la comisión de algunos errores, excesos e inconsistencias.

## V. CONCLUSIONES

De acuerdo con la llamada doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia, para que una Administración pública responda civilmente de los daños causados por un acto ilícito, su ilicitud debe resultar de una inexcusable falta de cuidado. La responsabilidad queda excluida cuando el acto es fruto de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico.

Las duras críticas que la doctrina analizada ha recibido son, en líneas generales, inmerecidas. Esta es plenamente coherente con el régimen de responsabilidad por negligencia que *de facto* aplica con carácter general el Tribunal Supremo a los daños causados por las Administraciones públicas.

---

de la responsabilidad civil por acto administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, págs. 63-88.

<sup>137</sup> Véanse por ejemplo, las SSTs de 19 de febrero de 2008 (ES:TS:2008:836), 6 de julio de 2016 (ES:TS:2016:3399), 9 de abril de 2019 (ES:TS:2019:1114), 21 de mayo de 2021 (ES:TS:2021:2152), 1 de diciembre de 2021 (ES:TS:2021:4432) y 31 de marzo de 2022 (ES:TS:2022:1165).

<sup>138</sup> Según Torre de Silva y López de Letona (2022), «esta criticada jurisprudencia se ha convertido en doctrina de universal (y demasiado fácil) aplicación».

También es coherente con la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, muy especialmente, con el Derecho de la Unión Europea, donde se aplica una regla equivalente.

Esta doctrina resulta de interpretar a la luz de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico el concepto de «daño que los particulares tienen el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley», cuyo resarcimiento excluyen los arts. 32.1.I y 34.1 de la Ley 40/2015. La responsabilidad objetiva de la Administración, por la mera ilegalidad del acto dañoso, puede provocar que sus agentes adopten medidas de «autodefensa» ineficientes, lesivas para ciertos intereses legítimos. Este riesgo resulta especialmente serio cuando: la probabilidad de que dichos agentes cometan una ilegalidad a pesar de llevar el cuidado exigible es elevada; estos disponen *de facto* de un amplio margen para tomar tales medidas; estas engendran elevados costes que soportan terceras personas; y los daños resarcibles son superiores a los daños sociales causados por la actuación ilegal. Dicha regla también puede inducir a los potenciales perjudicados a elevar su nivel de actividad por encima de lo socialmente deseable y a no llevar el cuidado óptimo. Este riesgo resulta tanto más grave cuanto mayores son las externalidades negativas generadas por esa actividad.

La doctrina del margen de tolerancia favorece la seguridad jurídica, pues hace más previsibles *ex ante* los casos en los que las Administraciones públicas deben resarcir los daños causados al dictar actos contrarios a derecho. También tiene la ventaja de que permite identificar y perfilar algunos deberes de cuidado que sus agentes deben observar para evitar la comisión de ciertas ilegalidades.

Cabe sostener que, por regla general, esta doctrina satisface de una manera más equilibrada que la responsabilidad por la mera ilegalidad del acto dañoso el conjunto de los principios jurídicos, derechos y legítimos intereses implicados. Lo cual no quita que esta última solución pueda ser más adecuada en algunos supuestos.

