

Resumen

A fin de asegurar que los individuos ajustan su conducta a lo establecido por el ordenamiento jurídico, resulta normalmente necesario establecer algún tipo de control público, por el que las autoridades competentes verifiquen dicho ajuste y en su caso adopten medidas de efectos negativos para los infractores. Dichos controles pueden tener lugar en diferentes momentos: antes o después de que se inicie la actividad en cuestión, o de que esta haya ocasionado un accidente, etc. Tras repasar la abundante literatura económica relativa a las ventajas y los inconvenientes que se derivan de colocar dichos controles en un momento u otro, el presente trabajo trata de explicar por qué el volumen de los que hay que efectuar antes del inicio de la correspondiente actividad tiende a ser excesivo y por qué dicho volumen se ha reducido, en líneas generales, en las últimas décadas.

Palabras clave: responsabilidad civil, regulación, autorizaciones administrativas.

Abstract

In order to induce people to abide by the law, legal systems establish control mechanisms through which compliance is examined and sanctions are eventually imposed. Those controls may be placed at different moments (before the start of the activity subject to control, after that activity has been launched, after it has caused and accident, etc.). After reviewing the law and economics literature on the comparative advantages and disadvantages of those timing alternatives, this paper tries to explain why the volume of administrative controls placed before the start of the activity at issue tend to be greater than socially optimal and, moreover, why such volume has overall decreased over the last decades.

Key words: liability for harm, regulation, licensing.

JEL classification: K13, K42.

¿MEJOR ANTES O DESPUÉS? CONTROLES PÚBLICOS PREVIOS *VERSUS* CONTROLES PÚBLICOS POSTERIORES

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

Universidad de València

I. INTRODUCCIÓN

UNO de los fenómenos más notables y polémicos producidos en el ámbito del Derecho público europeo durante los últimos años consiste en la relajación de los mecanismos de control que la Administración ejerce sobre ciertas actividades de los particulares antes de que estas comiencen a desarrollarse, y en la simultánea intensificación de los controles administrativos desplegados ulteriormente.

No hay, seguramente, un ejemplo mejor para ilustrar esta tendencia que el proceso de sustitución de autorizaciones previas por simples comunicaciones o declaraciones responsables desencadenado por la llamada Directiva de servicios (1) y las numerosas disposiciones estatales y autonómicas dictadas a su rebufo, que en este punto han ido muchas veces más allá de lo que exigía estrictamente la trasposición de dicha norma comunitaria. Este proceso ha suscitado abundantes problemas prácticos y una viva discusión doctrinal en países, como España, cuyas estructuras organizativas y jurídicas han girado tradicionalmente alrededor de la figura de la autorización, y en las que había que hacer cambios sustanciales para adaptarlas a un modelo en el que los controles *ex post* ganan mucha presencia (2).

Otro ejemplo es el espectacular auge experimentado por los sistemas de farmacovigilan-

cia establecidos a escala nacional, europea e incluso global a fin de recoger, procesar, evaluar y comunicar información sobre los riesgos y beneficios de los medicamentos comercializados. Salta a la vista que la intensidad y la complejidad de los mecanismos de seguimiento posterior de estos productos se han incrementado en mucha mayor medida que las de los procedimientos administrativos que hay que observar antes de ponerlos en el mercado (3).

Este fenómeno suscita tres grandes cuestiones a las que este trabajo trata de responder, siquiera de modo embrionario y fragmentario. La primera es la de las ventajas y desventajas comparativas que presentan ambos tipos de controles. La segunda es la de si la referida tendencia resulta socialmente deseable, lo que podría ocurrir, por ejemplo, porque en las últimas décadas se han producido cambios sociales, tecnológicos o de otra índole que han determinado que la cantidad óptima de ambos instrumentos se haya alterado, o acaso porque hemos «caído en la cuenta» de que las cantidades anteriores eran originariamente subóptimas y ahora lo siguen siendo también. La última cuestión es la de las causas que, de hecho y con independencia de su justificación, explican por qué la relevancia de unos instrumentos ha aumentado de manera muy considerable en detrimento de la de los otros. Se trata, obviamente,

te, de tres problemas estrechamente relacionados entre sí.

II. DECONSTRUYENDO LA DISTINCIÓN ENTRE CONTROL PREVIO Y CONTROL POSTERIOR

Con el término control designamos el conjunto de las actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento, evaluación y comunicación de información mediante las cuales una o varias personas verifican la conformidad con el Derecho de una actividad llevada a cabo por otros individuos y que, en el caso de que se aprecie la disconformidad, determinan la adopción de medidas de efectos negativos –esto es, de sanciones (4)– para estos.

En el presente trabajo nos vamos a centrar en aquellos controles ejercidos por agentes públicos sobre actividades desarrolladas por los ciudadanos. Dejaremos fuera de nuestro estudio, pues, aquellos que algunas autoridades públicas ejercen respecto de otras autoridades de la misma índole, así como los que en determinados casos ciertos sujetos privados llevan a cabo respecto de actividades realizadas también por otros particulares, sin perjuicio de que algunas de las observaciones y las conclusiones a las que lleguemos puedan valer, *mutatis mutandis*, también para estos tipos de control.

Los controles pueden efectuarse antes o después de un determinado momento, en cuyo caso se suele hablar respectivamente de controles *ex ante* y *ex post*. Contamos ya con una apreciable literatura económica por la que se comparan diversas ventajas y desventajas de ambos tipos de instrumentos de *law enforcement*. Esa literatura presenta, sin embargo, cuando menos tres aspectos mejorables.

1. El punto temporal de referencia de la distinción

En la literatura económica existente sobre el tema, las comparaciones se hacen en relación con una distinción entre controles previos y posteriores que prácticamente siempre toma como momento de referencia el de la producción de un accidente dañoso. De esta manera, se pierde de vista que también pueden hacerse otras distinciones análogas y relevantes con referencia a instantes distintos: aquel en el que comienza a desarrollarse efectivamente la actividad sujeta a control; aquel en el que esta comienza a causar un daño; aquel en el que el daño se consume, etc. Las inspecciones que eventualmente desembocan en la imposición de sanciones, por ejemplo, pueden considerarse instrumentos de control *ex post* o *ex ante*, según se atienda al momento del inicio de la actividad o al del comienzo de la producción del eventual daño. La relevancia de esas otras distinciones deriva de la circunstancia de que la colocación de un control antes o después del correspondiente punto de referencia puede traer consecuencias bien diferentes, que conllevan distintos costes y beneficios.

2. Distinción entre el *timing* de los controles y otras de sus dimensiones

El segundo aspecto discutible es que, a veces, se atribuyen a determinados tipos de control ventajas o desventajas que en realidad no se desprenden intrínsecamente de su carácter previo o posterior a un determinado momento, sino de factores que acompañan típica, pero no necesariamente, a esa colocación temporal. Sirva un ejemplo.

En un reciente artículo, Shavell (2013) trata de mostrar que la responsabilidad civil por culpa y, en general, otros instrumentos de *law enforcement* cuya utilización se condiciona a la producción de un daño (controles considerados *ex post* en la literatura económica) son intrínsecamente menos costosos de gestionar que aquellos que se emplean antes de que se haya producido el daño o al menos con independencia del mismo (regulación *ex ante*). La explicación radicaría en que estos últimos instrumentos pueden inducir a las personas afectadas a adoptar las debidas precauciones, pero la probabilidad de que la autoridad competente examine si aquellas han actuado diligentemente es fija, independiente del cumplimiento de su deber de cuidado. La diligencia inducida mediante controles *ex post*, por el contrario, sí reduce la probabilidad de los accidentes dañosos y, en consecuencia, también el número de veces en las que la autoridad competente ha de verificar si las medidas de seguridad prescritas han sido tomadas.

Debe notarse, sin embargo, que esa ventaja no deriva en realidad del carácter posterior o anterior de los referidos controles, sino del método empleado en cada uno de los dos casos para inducir la adopción de las debidas precauciones: ora la investigación, ora la monitorización. Cuando se trata de la responsabilidad civil, se utiliza de ordinario la técnica de la «investigación»: la intervención de la autoridad competente –normalmente judicial– por la que en determinados casos se verifica el cumplimiento del deber de cuidado y, eventualmente, se impone la correspondiente «sanción» se condiciona al hecho de

que aquella reciba una señal que indique que en esos casos la probabilidad de que el deber de cuidado ha sido infringido es más elevada de lo normal. Y la probabilidad de que dicha autoridad reciba tal información está en función decreciente del nivel de cuidado adoptado por los obligados. Esa señal, en la responsabilidad civil, es la producción de un accidente o, mejor dicho, la acción ejercida por la víctima o las víctimas del mismo por la que se reclama el resarcimiento de los daños sufridos. En cambio, para efectuar controles *ex ante* se recurre muchas veces a la técnica de la «monitorización», cuya característica definitoria consiste en que la intervención de la autoridad competente no se condiciona a la recepción de semejante información (5).

Pues bien, interesa subrayar que no existe una perfecta correlación entre controles *ex post* e investigación, ni tampoco entre controles *ex ante* y monitorización. Hay casos en los que la intervención pública posterior a la producción de accidentes dañosos tiene lugar mediante monitorización; por ejemplo, como consecuencia de la circunstancia de que estos y sus responsables son difíciles de detectar por las víctimas (6). Y, sobre todo, en muchas ocasiones, se llevan a cabo controles previos a la causación de un daño que se condicionan a la recepción por la autoridad competente de una de aquellas señales. Piénsese en las investigaciones desencadenadas cuando alguien denuncia que otra persona no ha tomado las debidas medidas de seguridad encaminadas a evitar ciertos accidentes, sin que estos hayan tenido lugar efectivamente.

Ilustremos lo dicho con un ejemplo basado en Shavell

(2013), que precisamente viene a desmentir la tesis defendida por este autor. Supongamos que los propietarios de restaurantes deben instalar en estos locales sistemas de extinción de incendios. Imaginemos que un sistema tal cuesta 2.000 euros y reduce el riesgo de incendio del 4 por 100 al 1 por 100, y que un accidente de este tipo causa daños por importe de 100.000 euros.

Supongamos que el Estado puede utilizar tres instrumentos a fin de forzar la adopción de tal medida de seguridad. En los tres casos, los agentes estatales examinan, sin cometer errores, si los propietarios han instalado los extintores y les imponen una multa de 100.000 euros si el examen arroja un resultado negativo. En los tres casos, las tareas necesarias para verificar si se ha tomado esa medida o no conllevan un coste de 500 euros por restaurante. La diferencia reside en el hecho que desencadena dicho examen.

La verificación del cumplimiento del deber de cuidado puede producirse, en primer lugar, independientemente del hecho de que los agentes públicos competentes hayan recibido información indicativa de que la probabilidad de que los extintores no han sido instalados es particularmente alta. Supongamos que todos los restaurantes son inspeccionados.

La verificación, en segundo término, también puede tener lugar antes de que se haya producido un accidente, pero como consecuencia de que tales agentes han recibido información que sugiere que la referida probabilidad es anormalmente elevada; por ejemplo, porque una tercera persona ha denunciado el incumplimiento. Imaginemos que en

el 4 por 100 de las ocasiones en las que los extintores no han sido instalados al menos uno de los comensales presentes en el restaurante denuncia la omisión. Imaginemos, también, que en un 0,5 por 100 de las veces en las que sí han sido instalados un comensal denuncia erróneamente que no lo han sido.

Finalmente, el examen puede llevarse a cabo de resultas de un accidente dañoso. Supongamos que las víctimas del mismo siempre demandan a los propietarios.

Puede verse que la instalación de los extintores es socialmente deseable en los tres casos, pues sus beneficios (3.000 euros = 4 por 100 · 100.000 euros – 1 por 100 · 100.000 euros) superan siempre a sus costes para la sociedad (2.000 euros + costes de *enforcement*).

Nótese, sin embargo, que los costes de *enforcement* –y, a la postre, la suma de todos los costes sociales– se minimizan en el segundo escenario. En efecto, en el primero, donde todos los restaurantes son revisados, el coste de verificación por restaurante es de 500 euros. En el segundo, en el que todos los propietarios instalan los extintores y únicamente uno de cada 200 locales es examinado –como consecuencia de una denuncia falsa–, el referido coste es de 2,5 euros. Y en el último caso, donde se revisa uno de cada 100 locales, ese coste asciende a 5 euros. Este ejemplo permite ver también que la diferencia de costes existente entre los dos últimos casos depende de sus respectivas probabilidades de «falsos positivos», esto es, de cuál es la probabilidad condicional de que la autoridad competente recibe la señal indicativa del incumplimiento cuando en realidad no se ha producido el mismo.

3. Aspectos patológicos de las actividades de control

Muchos modelos teóricos mediante los cuales se trata de comparar las ventajas y desventajas de ambos tipos de controles hacen abstracción de los aspectos de su funcionamiento que podríamos denominar patológicos.

En primer lugar, en la mayoría de ellos se asume, explícita o implícitamente, que los agentes públicos implicados ejercen dichos controles de manera racional y benevolente, guiados únicamente por el objetivo de maximizar el bienestar social. Hasta la fecha, y salvo error nuestro, apenas se ha analizado en qué medida la relajación de esta premisa, y en particular la posible presencia de corrupción, altera los costes y beneficios de ambos tipos de controles.

En algunos estudios empíricos se muestra la existencia de una correlación positiva entre el volumen de los procedimientos administrativos que los ciudadanos deben superar para acceder al desarrollo de actividades empresariales, de una parte, y los niveles de corrupción, el tamaño de la economía sumergida y una menor producción de bienes públicos y privados, de otra (7). Uno podría sentir la tentación de interpretar estos estudios en el sentido de que sugieren que los controles *ex ante* propician la corrupción en mayor medida que los *ex post*, pero esa sería seguramente una conclusión precipitada. De un lado, porque es posible, por ejemplo, que el grado de corrupción de un país y el buen funcionamiento de su economía no dependan de la proporción entre los niveles de regulación pública *ex ante* y *ex post* de las actividades empresariales, sino del volumen global

de ambos tipos de intervención pública. Conviene tener presente, a estos efectos, que en los referidos estudios no se tiene en cuenta cuál es el nivel de intervención *ex post* en cada uno de los países considerados. De otro lado, tampoco se han presentado modelos teóricos que permitan explicar por qué los controles previos generan las mencionadas consecuencias negativas en mayor medida que los posteriores, ni tampoco por qué en determinados países el volumen de los controles previos es superior al existente en otros lugares.

En segundo lugar, casi todos los análisis están basados en el paradigma de la elección racional y, por tanto, no incorporan importantes avances y hallazgos de la economía conductual (*behavioral economics*) que sugieren que los individuos implicados en las actividades de control no siempre actúan de manera perfectamente racional y consistente (8).

III. FUNCIÓN DE LOS CONTROLES

Podemos partir de la premisa de que el objetivo de estos controles es minimizar la suma de los costes sociales derivados de la existencia de las actividades riesgosas sujetas a control y, en particular: 1) los resultantes directamente de los daños ocasionados por dichas actividades; 2) los que conllevan las medidas adoptadas para prevenir tales daños; 3) los que implican la realización de las tareas de control; y 4) los que se derivan de soportar el riesgo de sufrir los correspondientes accidentes o de tener que responder por ellos.

Configurados adecuadamente, los controles pueden resarcir todos esos costes de varias

maneras. En primer lugar, pueden proporcionar a los actores implicados los incentivos adecuados para que adopten medidas de seguridad eficientes tendentes a evitar que las actividades en cuestión ocasionen daños. Adviértase que incluso aquellos dispositivos que se ponen en marcha después de que se haya producido un daño, como los procedimientos dirigidos a exigir la responsabilidad civil de los causantes, pueden y deben generar ese benéfico efecto preventivo, en la medida en que la amenaza de tener que soportar determinadas consecuencias negativas de resultados de los controles –v. gr., resarcir los perjuicios ocasionados– inducirá normalmente a quienes pretenden realizar la actividad considerada a tomar ciertas precauciones.

En segundo lugar, pueden servir para evitar que las potenciales víctimas adopten comportamientos socialmente indeseables. Si, por ejemplo, las autoridades públicas competentes no sancionaran ni declararan la responsabilidad patrimonial de quienes hubiesen causado dolosa o negligentemente ciertos daños, los eventuales perjudicados podrían sentir la tentación de tomarse la justicia por su mano, adoptar medidas de prevención ineficientes –v. gr., excesivas– para protegerse frente a unos potenciales causantes que no tienen los incentivos adecuados para actuar diligentemente, o no realizar actividades valiosas y merecedoras de amparo, a la vista del elevado riesgo que corren si las llevan a cabo. Pongamos por caso que de todos es sabido que la Administración no sanciona ni exige responsabilidad alguna a quienes efectúan vertidos tóxicos en una determinada playa. Es probable que ello conduzca a que los niveles de

contaminación de la misma sean demasiado elevados, y a que prácticamente nadie se bañe en ella.

En tercer lugar, las actividades de control pueden generar información valiosa que permita precisar cuáles son las medidas preventivas que conviene adoptar.

Finalmente, los controles pueden reducir el riesgo al que están expuestos algunos interesados. Las autorizaciones administrativas previas, por ejemplo, proporcionan un cierto grado de seguridad a sus titulares acerca de que la actividad autorizada es conforme con el ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto eso es lo que viene a declarar la Administración pública autorizante a través de las mismas, y en la medida en que estas constituyen declaraciones vinculantes que únicamente pueden ser impugnadas bajo ciertas condiciones.

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBOS TIPOS DE CONTROLES

1. Prevención de daños

En principio, tanto los controles situados antes de que las actividades en cuestión causen daños como los colocados posteriormente pueden *disuadir* a los interesados de omitir medidas eficientes dirigidas a prevenirlos, si la sanción esperada (resultado de multiplicar su magnitud por la probabilidad de su imposición) prevista para los casos de incumplimiento excede de los beneficios que de este se derivan para dichos sujetos.

Algunos controles posteriores, sin embargo, presentan ciertas desventajas en este punto. El

principal es que, a veces, la amenaza que los mismos representan no disuade a todos los individuos concernidos de actuar ilícitamente. Ello puede ocurrir, en primer lugar, como consecuencia de que el importe de las sanciones que es necesario imponer a estos efectos excede del patrimonio de los potenciales responsables, por lo que su coste esperado no es lo suficientemente elevado como para forzarles a tomar las debidas medidas de precaución (9). Cuanto mayor sea el grado de insolvencia de una persona en relación con la magnitud de los daños que pueda ocasionar, menor será la eficacia preventiva de esos controles posteriores y, por consiguiente, mayor será el referido peligro. Nótese que esa insuficiencia se produce de resultados de que la probabilidad de imponer la correspondiente sanción es relativamente baja –o sea, la circunstancia desencadenante del control es muy infrecuente: piénsese, por ejemplo, en un accidente nuclear–, por lo que para asegurar su eficacia disuasoria se hace necesario que su magnitud sea muy elevada. Los controles situados en momentos anteriores, en cambio, normalmente pueden llevarse a cabo con mayor frecuencia –piénsese, por ejemplo, en las inspecciones a las que periódicamente se someten todas las centrales nucleares–, por lo que aquí no hace falta conminar los incumplimientos con sanciones tan graves. En segundo lugar, un efecto similar al de esta insolvencia tiene el hecho de que, en ocasiones, los causantes de un daño consigan eludir su responsabilidad, por ejemplo, porque a las víctimas les resultó imposible identificarlos o no les salía a cuenta demandarlos ante los tribunales. En tercer lugar, existe la posibilidad de que los controles posteriores no

disuadan suficientemente a los potenciales infractores por mor de factores de índole psicológica; por ejemplo, porque estos subestiman el riesgo de causar daños o de responder de ellos, sus preferencias son inestables, padecen problemas de falta de control de su voluntad, etcétera. (10).

De hecho, en la práctica, los controles administrativos a los que están sometidas las actividades llevadas a cabo por los particulares son normalmente tanto más intensos y se sitúan en un momento tanto más anticipado cuanto mayor es la magnitud de los daños a los que estas pueden dar lugar (11).

Otra gran ventaja de los controles posteriores es que previenen daños no solo a través de la disuasión o la amenaza, sino también mediante la interrupción de las actividades encaminadas a causarlos. Imaginemos un terrorista kamikaze dispuesto a inmolarse en un avión con explosivos. Supongamos que ninguna sanción terrenal le disuadiría de llevar a cabo el atentado. Es obvio, por consiguiente, que ningún control posterior al atentado puede prevenirlo. La única manera de evitarlo consiste en establecer controles de seguridad previos –v. gr., en el correspondiente aeropuerto– que permitan abortar sus planes. Repárese, también, en que en muchos casos este efecto interruptor puede ejercer una cierta eficacia disuasoria adicional a la que representa la amenaza de la sanción. En determinadas circunstancias, los controles previos tienen *ceteris paribus* unos efectos disuasorios más potentes que los controles posteriores, pues no solo incrementan la probabilidad de que los infractores reciban una sanción, sino también impiden que estos obtengan los benefi-

cios que les reporta la causación ilegal de los correspondientes daños, lo que disminuye todavía más sus alicientes para infringir la ley (12).

Un importante inconveniente que aquí presentan semejantes controles previos es que pueden interrumpir la realización no solo de actividades socialmente indeseables, sino también la de conductas cuyos beneficios superan a sus costes para la sociedad y que, por consiguiente, deberían permitirse. Los controles posteriores, por el contrario, dejan libertad a los afectados para actuar. Y, si se impone a quienes desarrollen la conducta en cuestión una sanción esperada equivalente al daño social causado por la misma, estos se «autoseleccionarán»: únicamente la llevarán a cabo los «infractores eficientes», aquellos individuos que al actuar así obtengan un beneficio superior al perjuicio que ocasionan a la comunidad.

2. El riesgo de sufrir una sanción

Ceteris paribus, los controles posteriores dejan a quienes realizan las correspondientes actividades riesgosas mayor libertad que los previos para adoptar medidas dirigidas a prevenir daños. Esta libertad será tanto más amplia cuanto más cercana a la consumación del daño se encuentre la circunstancia desencadenante de la intervención pública. «A cambio», la magnitud de las sanciones que hay que imponer a los infractores será tendencialmente más elevada –y la frecuencia de su imposición, menor– cuanto mayor sea dicha cercanía (13).

Ello implica que los controles posteriores encierran un mayor

riesgo para los individuos afectados, lo que conlleva un coste social más elevado, si suponemos que estos son aversos a aquel. Los controles previos engendran mayor seguridad. Nótese que la sustitución de autorizaciones administrativas previas por controles posteriores, a la que ha dado lugar la Directiva europea de servicios, ha provocado que muchos particulares, antes de iniciar determinadas actividades, contraten a una empresa privada para que esta verifique si –y acredite que– dichas actividades cumplen los requisitos legalmente establecidos, a fin de evitar una ulterior paralización o prohibición que eche a perder sus inversiones y, en muchos casos, también que suscriban un contrato de seguro que les ponga a cubierto de ciertas responsabilidades (14). Dado que la Administración ya no les proporciona, mediante el otorgamiento de una autorización, la relativa certeza de que sus proyectos son conformes a Derecho, tratarán de encontrar esa seguridad en el sector privado.

3. Información necesaria para determinar las precauciones exigibles

Por las razones que acaban de exponerse en el anterior epígrafe, los controles posteriores dan a los individuos afectados incentivos más potentes para buscar información acerca de cuáles son las precauciones que hay que adoptar a fin de combatir los riesgos generados por las actividades en cuestión.

Habida cuenta de ello, los controles posteriores resultan *ceteris paribus* preferibles cuando los sujetos interesados aventajan a las autoridades públicas encargadas de los controles previos en lo que respecta a la posibilidad

de obtener –en colaboración con otros sujetos, en caso necesario– más eficientemente información que permita adoptar medidas de seguridad óptimas (15). Si, por el contrario, la ventaja en este punto corresponde a dichas autoridades, la mejor solución sería la opuesta.

Obsérvese, en cualquier caso, que el correcto funcionamiento de los controles posteriores puede resultar menoscabado por el sesgo retrospectivo (*hindsight bias*). La probabilidad percibida por los individuos de que un suceso ocurra suele ser mayor después de que este haya ocurrido que antes. Este efecto «lo sabía» o «a toro pasado todos somos maestros» puede torcer el ejercicio de potestades como la sancionadora o la de exigencia de responsabilidad civil, pues aquí para valorar la conducta de los implicados –v. gr. al objeto de juzgar si tomaron las debidas precauciones a fin de prevenir un accidente que *ex ante* era poco probable, pero que finalmente tuvo lugar– hay que determinar en qué medida era predecible que se produjera un determinado resultado en las circunstancias y en el momento en que aquellos actuaron. Este sesgo puede provocar que las autoridades perciban incorrectamente que la probabilidad del resultado dañoso era demasiado elevada y que, en consecuencia, consideren negligentes comportamientos que en realidad no fueron tales (16). Semejantes efectos distorsionantes puede provocar el sesgo del resultado (*outcome bias*), por el cual la calidad de las decisiones adoptadas en el pasado tiende a evaluarse no en función de los resultados que de las mismas cabía esperar *ex ante*, sino a la luz de los resultados a las que estas han dado lugar *ex post* (17).

4. Costes de verificación

Se ha sostenido que una de las grandes ventajas de los controles posteriores es que, *ceteris paribus*, pueden inducir el cumplimiento de las correspondientes obligaciones con menos costes de verificación, por cuanto tendencialmente se aplican con menos frecuencia que los controles anteriores.

Ya hemos ilustrado con un ejemplo que esto no es necesariamente así. Dicha ventaja no deriva directamente del *timing* de los controles, sino del método empleado para llevarlos a cabo: ora la monitorización, ora la investigación. En virtud de este último método, la verificación del cumplimiento se condiciona al hecho de que la autoridad competente reciba una señal indicativa de que en el caso considerado la probabilidad de que se haya cometido una infracción es más elevada de lo normal. Y la probabilidad de que dicha autoridad reciba tal información es mayor en caso de incumplimiento que en el de cumplimiento. Cuando se monitoriza, en cambio, la verificación de si se ha cometido o no una infracción no depende de la recepción de semejante señal.

Ello no quita que, en la práctica, los controles posteriores a la producción de un daño suelen efectuarse mediante investigación y que, muchas veces, los previos se lleven a cabo a través de monitorización. Lo primero se debe a que, por lo general, los accidentes son fáciles de detectar por las víctimas y a que estas suelen ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para ejercer los correspondientes controles. Lo segundo obedece a que, con cierta frecuencia, la probabilidad de que una autoridad reciba una señal indicativa

de un incumplimiento independiente de la producción de un accidente suele ser muy baja. Ello hace que la magnitud de la sanción que habría que imponer en este segundo caso para inducir el cuidado debido resulte muy elevada, lo que incrementa las posibilidades de que su importe exceda del patrimonio de los incumplidores y, por tanto, de que su eficacia preventiva no sea suficiente como para que la sola utilización de este método resulte socialmente deseable.

5. Inconsistencias dinámicas: atracos y lenidad

Colocar los controles después del inicio de la correspondiente actividad puede generar dos tipos de situaciones en las que los afectados terminan tomando decisiones socialmente indeseables (18).

La primera de esas situaciones es la del «atraco» (*hold up*). Este problema surge cuando el particular afectado, para iniciar la correspondiente actividad, ha de acometer inversiones que solo puede rentabilizar desarrollando la misma durante un tiempo. Una vez efectuadas las inversiones, el interesado queda en cierta medida «a merced» de la autoridad de control, que puede sentir la tentación de condicionar la continuación de la actividad evaluada a la adopción de medidas excesivamente gravosas, que el particular no hubiera aceptado *ex ante*. Así las cosas, es probable que este, a la vista del riesgo que corre de ser ulteriormente «atraco» si se embarca en dicha actividad, no se aventure a desarrollarla, dirigiendo sus esfuerzos a otras empresas socialmente menos beneficiosas.

El segundo problema es el de la lenidad (*leniency problem*). A veces, después de que los afectados hayan actuado y acometido ciertas inversiones, se genera una situación de «hechos consumados», en la que resulta imposible o excesivamente costoso, para dichas personas o incluso también para terceros, restablecer las cosas a un estado conforme con el ordenamiento jurídico. Esta situación puede forzar a la autoridad competente a tomar una posición blanda, indulgente, frente a las irregularidades cometidas por aquellos y, por tanto, a que tolere un resultado socialmente indeseable, que no debería haberse producido. Pues bien, el hecho de que los interesados puedan anticipar razonablemente que las infracciones en que incurran van a ser juzgadas con lenidad y toleradas por dicha razón hace que tengan un importante aliciente para cometerlas.

Ambos problemas pueden ser eliminados o al menos mitigados mediante sistemas de control *ex ante*. A través de una autorización previa, por ejemplo, la Administración puede determinar las condiciones a las que se subordina el ejercicio de una actividad y, por tanto, «comprometerse» a no exigir ulteriormente a los autorizados la adopción de otras medidas que les resulten demasiado gravosas. Esta autovinculación de las autoridades administrativas disminuye el riesgo de posteriores «atracos» y puede hacer que los interesados obtengan, en el momento de considerar si desarrollan o no la correspondiente actividad, la seguridad necesaria para adoptar una decisión positiva. Análogamente, la Administración puede establecer explícitamente al otorgar una autorización que ciertas actuaciones son ilegales, y comprometerse inequívocamente

a corregirlas y castigarlas en el caso de que se produzcan. De esta manera se reduce la probabilidad de que luego las autoridades competentes toleren dichas ilegalidades y de que los sujetos autorizados, en vista de ello, decidan cometerlas. La posibilidad que algunas leyes otorgan a los interesados de formular consultas y obtener de las administraciones públicas respuestas vinculantes sobre las consecuencias jurídicas que para ellos se pueden derivar si toman ciertas decisiones, también permiten combatir cuando menos el problema de los eventuales atracos.

6. Inercias y excesos

Diversas circunstancias pueden propiciar que los agentes públicos en general y los integrados en el poder ejecutivo en particular ejerzan indebidamente, por defecto o por exceso, los controles a que el ordenamiento jurídico somete la realización de ciertas actividades.

Pueden mencionarse, en primer lugar, algunos factores de orden psicológico: los llamados sesgos del *statu quo* y de la omisión. En la mayoría de las situaciones en las que hay que decidir se presenta una alternativa consistente en mantener las cosas tal como están, en no alterar el estado actual del mundo. Se ha demostrado que las personas muestran, generalmente, una inclinación exagerada a preferir esta alternativa, a que las cosas no cambien, a preservar la situación existente (19). Este sesgo del *statu quo* guarda una estrecha relación con otros fenómenos psicológicos, en especial con el sesgo de la omisión (*omission bias*), consistente en la tendencia a permanecer inactivo ante un problema, a

tomar una decisión que no requiere una acción. Ambos suelen concurrir, por cuanto las acciones producen de ordinario cambios en el *statu quo*, pero no siempre, pues a veces la conservación del estado de cosas vigente requiere de una acción positiva. Se trata de sesgos independientes (20). Ambos obedecen, en buena medida, a causas de índole emotiva. Las personas, por un lado, tratan, consciente o inconscientemente, de minimizar las emociones negativas y maximizar las positivas que los resultados de sus decisiones puedan provocarles en el futuro. Por otro lado, tienden a hacer lo propio con las emociones que experimentan en el momento de tomar una decisión. Pues bien, los individuos tienden a mantener el *statu quo* porque apartarse de él genera peores emociones negativas, tanto al decidir como posteriormente (21). Y, cuando han de elegir entre pérdidas, entre alternativas que conducen a resultados negativos, suelen mostrar una inclinación natural a no actuar, a «lavarse las manos», a «escurrir el bulto» y no «verse envueltos» en el asunto, porque parece ser que las acciones exageran, amplifican, las emociones, en la medida en que son más visibles y estimulantes que las omisiones. En cambio, cuando han de optar entre alternativas que llevan a resultados positivos, suelen mostrar el sesgo contrario (*action bias*): entonces desean «causar impacto», captar la atención de otras personas, ser apreciados por ellas, para lo cual tienden a actuar, pues las acciones son más llamativas e impactantes que las omisiones. Este sesgo se acentúa cuando los resultados positivos son fácilmente visualizables y cuando se percibe con mayor claridad que los mismos son imputables a la actuación del agente (22).

En segundo lugar, puede ocurrir que las autoridades sean incapaces puntual o sistemáticamente de llevar a cabo los correspondientes controles en la medida en que sería socialmente deseable.

En tercer lugar, los intereses personales de los agentes públicos implicados tendrán normalmente una relevancia de primer orden. Actuar implica para estos una inversión de esfuerzo y tiempo, por lo que solo vencerán la inercia cuando ello les reporte suficientes beneficios, lo que no tiene por qué ocurrir siempre y en todo caso. En ocasiones, las autoridades y empleados públicos competentes pueden obtener significativos beneficios personales si omiten ciertos controles. Y otras veces, si se exceden en su ejercicio.

En cuarto lugar, tanto los individuos sujetos a los correspondientes controles como terceras personas pueden ejercer presiones sobre las autoridades competentes que provoquen que estas no desempeñen sus funciones de control como sería deseable desde el punto de vista del bienestar social.

Pues bien, interesa resaltar que la influencia de estos factores puede ser muy distinta según el *timing* de los controles de que se trate. Especial relevancia tiene el hecho de que estos hayan sido colocados antes o después del inicio de la actividad sujeta a los mismos. Un ejemplo de lo primero son las autorizaciones administrativas previas cuando se combinan con la llamada regla del «silencio negativo», que excepcionan para un caso concreto una prohibición de carácter general, esto es: los interesados no pueden desarrollar una determinada actividad sino después

de que la Administración competente haya verificado y declarado explícitamente que se cumplen todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para llevarla a cabo (23). Un ejemplo de lo segundo vendría representado por las denominadas comunicaciones previas o declaraciones responsables, en virtud de las cuales los interesados manifiestan que cumplen con los requisitos establecidos en la normativa vigente para ejercer una determinada actividad, lo que les permite comenzar a desarrollarla inmediatamente después de presentar tales documentos o, en determinadas circunstancias, incluso antes, sin necesidad de esperar a que la Administración compruebe o pueda comprobar dicho cumplimiento (24).

Adviértase que ambos instrumentos definen escenarios bien distintos, en los que la inactividad o los excesos de la Administración perjudican a diferentes grupos de personas, cuya capacidad y alicientes para presionar a los agentes públicos son, asimismo, normalmente diferentes.

Las autorizaciones previas conforman un *statu quo* en el que la actividad sujeta a control previo está prohibida mientras la Administración no actúe. Ello implica que son los solicitantes los que soportan el riesgo de que, por circunstancias anormales, las autoridades no levanten dicha prohibición. Principalmente sobre ellos y, en su caso, sobre sus potenciales clientes recae el riesgo de la inercia o inactividad administrativa. Correlativamente, esta situación puede beneficiar a quienes ya vienen desarrollando la actividad en cuestión y pretenden evitar que dichos solicitantes accedan al correspondiente mercado y se conviertan en sus competidores. Resulta razona-

ble estimar, por consiguiente, que el peligro de que las administraciones públicas abusen, por defecto o por exceso, de estos controles previos dependerá del poder de presión que puedan ejercer cada uno de los grupos de personas implicadas. Más adelante volveremos sobre este punto.

Los controles posteriores dan lugar a un escenario distinto. Estos mecanismos de intervención pública determinan un *statu quo* en el que la actividad de que se trata está en principio permitida, mientras no lo impidan activamente las autoridades competentes. También aquí puede plantearse el problema de la inercia administrativa. Cabe que, por las razones que sean, dichas autoridades no intervengan cuando y como es debido. Pero ahora los que han de soportar las consecuencias negativas de esta inactividad no son los individuos sometidos a control, sino aquellos cuyos intereses se ponen en riesgo por la conducta de los primeros. La magnitud del peligro de que las administraciones públicas «hagan la vista gorda» –o eventualmente abusen de estos controles posteriores– está en función de varias circunstancias, tales como, por ejemplo, la capacidad de presión que tanto los titulares de la actividad en cuestión como los terceros afectados sean capaces de ejercer sobre aquellas.

V. COMBINACIÓN DE CONTROLES PREVIOS Y POSTERIORES

Puede observarse que, en la práctica, ambos tipos de intervención pública aparecen frecuentemente combinados. Muchas actividades quedan sujetas a varios controles, de distintas intensidades y situados en dife-

rentes momentos de su desarrollo: antes de que sus titulares comiencen a realizarlas, mientras las están llevando a cabo, después de que hayan ocasionado un accidente, etc. Prácticamente todas ellas son susceptibles de controles posteriores a la causación de daños: los casos de absoluta inmunidad, frente a cualesquiera responsabilidades penales y civiles, son extraordinariamente raros. Y algunas están sometidas adicionalmente a controles previos, tanto más previos e intensos cuanto más peligrosas son las actividades de que se trata.

Esta coexistencia plantea múltiples cuestiones interesantes. Pueden mencionarse, a modo de ejemplo, las siguientes: 1) en qué casos conviene utilizar solo un instrumento o, por el contrario, combinar dos o más de ellos; 2) qué tipos de controles hay que combinar en cada caso; 3) en qué circunstancias deben ejercerse cada uno de los cuales; 4) si las reglas utilizadas por las autoridades para juzgar la actuación –v. gr. la diligencia– de los afectados difieren en función del tipo de control de que se trate; 5) si las sanciones asociadas a un control dependen de las previstas para los otros; y 6) quiénes han de ejercerlos y a través de qué procedimientos.

Existe en la literatura económica un considerable número de trabajos que abordan algunos de estos problemas. Kolstad, Ulen y Johnson (1990), por ejemplo, apuntan que, en situaciones donde existe incertidumbre acerca del nivel de precaución exigido por los tribunales encargados de conocer los casos de responsabilidad, los estándares regulatorios que operan *ex ante* pueden inducir a los interesados a tomar un nivel de precaución próximo al óptimo, al informar-

les acerca del nivel considerado mínimo. Burrows (1999) señala, en cambio, que los efectos de la utilización conjunta de la regulación y la responsabilidad en circunstancias de incertidumbre son ambiguos, dependen sustancialmente del contexto. Schmitz (2000) muestra que dicha utilización conjunta puede ser óptima si la riqueza de los potenciales responsables varía de unos a otros. Garoupa y Gómez-Pomar (2004) ponen de manifiesto que los costes de agencia en que incurren los legisladores al delegar en las autoridades administrativas poderes de regulación, los errores legales y la colusión entre dichas autoridades y los infractores pueden justificar el uso conjunto de sanciones penales y administrativas. En el modelo teórico presentado por Hiriart, Martimort y Pouyet (2004), se asume que el regulador desconoce *ex ante* la magnitud del daño que pueden causar los interesados, que, sin embargo, es verificable *ex post* por los jueces. Y se muestra cómo el comportamiento socialmente óptimo puede ser inducido si el regulador puede contratar *ex ante* con los interesados el alcance de la responsabilidad de estos. En un trabajo posterior, Hiriart, Martimort y Pouyet (2008) hacen ver cómo una cierta combinación de responsabilidad y regulación puede ser óptima cuando resulta difícil verificar *ex post* si los causantes de daños actuaron diligentemente y determinar *ex ante* si cuentan con el patrimonio necesario para hacer efectivas sus responsabilidades. En Rouillon (2008) se advierte cómo la combinación de responsabilidad y regulación es deseable cuando el daño causado varía entre la población y las probabilidades de que los causantes eludan su responsabilidad son igualmente variables y no observables por los tribunales.

De Geest y Dari-Mattiacci (2007) argumentan que, en determinados casos en los que los causantes de daños son insolventes o eluden su responsabilidad, los estándares regulatorios pueden inducirles a adoptar niveles óptimos de cuidado, superiores a los previstos en aquellos. Bhole y Wagner (2008) contemplan el uso combinado de la regulación *ex ante* y la responsabilidad civil objetiva en supuestos donde el cuidado tiene varias dimensiones, alguna o algunas de las cuales son inobservables *ex ante* por el regulador, y hay una cierta probabilidad de que los accidentes no sean detectados o los responsables no resulten identificados. Lenntorp (2009) es, salvo error nuestro, el autor del único trabajo en el que se analiza específicamente la utilización combinada de la autorización previa y la responsabilidad civil objetiva; en él se tiene en cuenta cómo se distribuyen entre los litigantes los costes del proceso, y se presta especial atención a la cuestión de si el cumplimiento de los términos de la autorización previa debería tener o no efectos eximentes de la responsabilidad por los daños eventualmente ocasionados. Bentata (2013 y 2014) presenta evidencias empíricas que sugieren que la responsabilidad civil constituye un complemento de la regulación, en la medida en que, por un lado, se centra en aspectos del deber de precaución que no son observables *ex ante* y, por otro, reduce el riesgo de que los reguladores sean capturados por los regulados.

Permítasenos analizar con algo más de detalle, a modo ilustrativo, la cuestión de los sujetos encargados de ejercer los diferentes controles. Aquí se plantea una alternativa fundamental, la de si las distintas facultades de control deben ser atribuidas

a la misma autoridad pública o distribuidas entre varias de ellas. Dos factores juegan a favor de la segunda solución.

En primer lugar, cabe pensar que si ambos controles se llevan a cabo por la misma o las mismas personas, el funcionamiento de los ulteriores puede quedar distorsionado por el llamado sesgo de la confirmación (*confirmation bias*). Con esta expresión se alude al hecho de que la gente tiende a buscar y usar la información de modo que sus creencias, expectativas e hipótesis preexistentes resulten confirmadas. Se ha demostrado que los individuos muestran una cierta querencia a: buscar los datos y las razones que corroboren sus actuales opiniones y, correlativamente, a no buscar o incluso a evitar los que pudieran contradecirlas y favorecer las alternativas; a recordar más fácilmente la información que refuerza sus posturas y creencias; y a interpretar de manera consistente con estas las nuevas evidencias y a evitar, desechar, ocultar o considerar equivocadas, no fiables, no representativas o, en fin, no merecedoras de crédito las contrarias. Puede ocurrir incluso que las posiciones de partida se reafirmen y extremen a pesar de haber sido puestas en entredicho por abundantes evidencias de peso (25). Este sesgo está estrechamente relacionado con el fenómeno psicológico de la consistencia cognitiva (*cognitive consistency*), que afecta a la manera en que los seres humanos procesan la información y que designa su querencia a mantener una determinada posición incluso cuando la información obtenida posteriormente la contradice (26). No están muy claras las causas de este fenómeno. Se ha sostenido, por ejemplo, que la gente tiende a soslayar, ignorar o cuestionar la información disonante con el fin

de reducir la excitación psicológica ocasionada por la disonancia, o que la inconsistencia se percibe como un rasgo negativo que uno trata de evitar para no ser mal valorado por los otros. El problema puede presentarse, por ejemplo, cuando la competencia para controlar *a posteriori* una actividad y verificar si los riesgos engendrados por la misma resultan jurídicamente tolerables o no —piénsese en la comercialización de un medicamento— se atribuye a los mismos individuos que anteriormente decidieron autorizarla, pues cabe pensar, a la luz de lo expuesto, que dichos sujetos no actuarán con la deseable objetividad cuando luego resuelvan si hay que mantener o rectificar su decisión inicial, sino que mostrarán una inclinación natural a confirmarla.

En segundo lugar, la integración de los controles en una misma organización puede propiciar la corrupción de sus agentes (27). De un lado, porque esta solución favorece que se creen relaciones duraderas entre los controladores y los controlados, lo que multiplica las posibilidades de que interactúen e intercambien favores y, a la postre, reduce el importe medio de los costes de transacción en que todos ellos habrían de incurrir para adoptar los correspondientes acuerdos colusorios. Dicho con otras palabras, sobornar a un solo controlador, con el que se mantienen repetidos contactos, es más fácil que hacer lo propio con dos de ellos con los que las relaciones no son tan estrechas y frecuentes. De otro lado, separar a los controladores implica que los que intervienen *a posteriori* tienen la posibilidad de observar, mejor o peor, lo que hicieron sus colegas anteriormente, y detectar las conductas indebidas en las que estos hayan podido incurrir, lo que eleva el coste esperado

de llevarlas a cabo y, en consecuencia, produce un cierto efecto disuasorio sobre las mismas.

La separación, no obstante, tampoco está exenta de problemas. De una parte, si tanto los agentes públicos que intervienen previamente como los que lo hacen con posterioridad son corruptos y no actúan de manera coordinada, puede tener lugar una suerte de «tragedia de los comunes» por la cual el nivel de extorsión al que están sometidos los particulares sujetos a control sea tan elevado que muchos de ellos acaben abandonando la actividad en cuestión (28). De otra parte, la separación supone desaprovechar los conocimientos que los controladores *ex ante* ya tienen de las circunstancias de cada caso, lo que eleva los costes de ejercer los controles *ex post*. Para mitigar este inconveniente y los de la integración, cabría considerar una solución intermedia: encomendar las funciones de control posterior a un órgano colegiado en el que participaran alguno o algunos de los agentes públicos que intervinieron en la fase de control previo.

VI. EXCESOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES PREVIOS Y AUGE DE LOS CONTROLES POSTERIORES

Al promover la sustitución de autorizaciones administrativas previas por controles posteriores al ejercicio de las correspondientes actividades, la Directiva de servicios estaba partiendo implícita pero inequívocamente de la premisa de que, en líneas generales, el volumen de aquellas en los Estados miembros de la Unión Europea era a la sazón excesivo. Y probablemente no

les faltaba razón en este punto a los artífices de la Directiva. Una combinación de causas estructurales y coyunturales podría explicar dicho exceso.

1. Causas estructurales del exceso de controles previos

Hay razones para pensar que, al menos en determinadas circunstancias, los gobernantes de nuestros Estados muestran una tendencia estructural y general a dar un excesivo volumen a los controles administrativos previos al ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos.

Supongamos que las decisiones que adoptan estos gobernantes al diseñar el sistema de controles administrativos están determinadas en buena medida por la diferente fuerza de las presiones que en uno u otro sentido ejercen sobre ellos diversos grupos de personas: las autoridades y los burócratas encargados de ejercer dichos controles; las personas que vienen desarrollando actividades potencialmente dañinas en un determinado sector; las que pretenden acceder a este; y las que pueden sufrir los daños.

Unos burócratas maximizadores de sus intereses seguramente preferirán inflar los controles previos antes que los posteriores, por tres razones. La primera es que si, como han sostenido algunos autores, la burocracia está interesada en incrementar el tamaño de sus estructuras, a fin de obtener mayor poder (29), aquella es la solución más propicia para lograr este objetivo. Dado que la implementación de los controles previos, por su naturaleza normalmente indiscriminada, requiere tendencialmen-

te mayores recursos que la de los posteriores, que por lo general solamente se llevan a cabo de manera puntual, los burócratas preferirán que se les encomiende formalmente el ejercicio de los primeros, aunque luego no los ejerzan efectivamente.

En segundo lugar, intensificar los controles previos y, en especial, intensificarlos de manera desproporcionada o ilícita –v. gr. denegando las autorizaciones necesarias para desarrollar una actividad a pesar de que los solicitantes cumplen realmente todos los requisitos establecidos por la ley para llevarla a cabo– supone erigir una importante barrera de entrada, de la que los burócratas pueden sacar significativo provecho de dos maneras. De un lado, pueden requerir una dádiva a los solicitantes de autorizaciones como condición para otorgarlas. De otro, tienen también la posibilidad de recibir favores de los operadores ya establecidos como contraprestación por cerrar el paso a los potenciales competidores y permitirles así obtener rentas monopolísticas.

Debe notarse a este respecto cómo los controles previos son, obviamente, mucho más eficientes que los posteriores a fin de cerrar ilegalmente el paso a la competencia. Y ello por la sencilla razón de que, en el primer caso, las autoridades no necesitan mover un dedo a estos efectos, les basta simplemente con la inactividad, con no otorgar las autorizaciones solicitadas, mientras que para expulsar *ex post* a los competidores del mercado normalmente deberán actuar, vencer la inercia, hacer algún esfuerzo, con los costes que ello necesariamente implica. A diferencia de lo que ocurre en un escenario en el que las auto-

ridades actúan de manera lícita y benevolente, donde los controles previos se ejercen más frecuentemente y, por consiguiente, son *ceteris paribus* más costosos que los posteriores, en un escenario en el que aquellas tratan de impedir ilegalmente el acceso al mercado de nuevos entrantes las tornas se invierten: los primeros salen más a cuenta que los segundos en este punto.

Por las razones expuestas, los operadores ya establecidos normalmente preferirán y, en su caso, presionarán para que en los mercados de que se trate se establezcan controles de acceso previos, por cuanto estos obstaculizan más eficazmente la entrada de potenciales competidores.

Correlativamente, estos últimos tenderán a preferir, *ceteris paribus*, que se relajen o incluso se supriman los controles públicos previos, porque aquí la inercia administrativa juega en su contra y, además, porque existe un cierto peligro de que sean espuriamente utilizados para dificultar o impedir su acceso al mercado.

En la medida en que la restricción de la competencia resultante del abuso de los controles previos provoque que la cantidad de bienes ofertados por las empresas del sector sea inferior a la que maximizaría el bienestar social –y su precio, superior– los consumidores de estos bienes se verán perjudicados (30), por lo que resultaría comprensible que se mostraran contrarios a este tipo de controles.

Las personas que podrían sufrir daños como consecuencia de la actividad en cuestión y a las cuales se trata de proteger mediante la intervención pública no

se sentirán en principio perjudicadas por el exceso de controles previos, sino más bien lo contrario, por cuanto este exceso tiende a reducir el nivel de riesgo al que están expuestas (31). Aquí la inercia juega a su favor. El peor escenario para ellas es que se permita la entrada con una gran laxitud y luego, por las razones que sean, las autoridades no ejerzan los debidos controles *ex post*.

Pues bien, parece claro que los burócratas y los operadores establecidos, ayudados en su caso por terceros afectados, cuentan, por regla general, con mayor capacidad y alicientes más fuertes que los potenciales entrantes y los demandantes de los correspondientes bienes o servicios para presionar a las autoridades –v. gr. legislativas– competentes para diseñar el sistema de controles.

2. Causas coyunturales. Cambios tecnológicos y presiones competitivas

Parece claro que, durante los últimos lustros, la intensidad de los controles administrativos posteriores al inicio de actividades riesgosas llevadas a cabo por los particulares se ha incrementado, en líneas generales, en mayor medida que la de los previos. Sirvan los dos ejemplos antes mencionados para ilustrar esta tendencia. En relación con el primero de ellos, el de la sustitución de autorizaciones por comunicaciones impulsada por la Directiva de servicios y las disposiciones nacionales dictadas a su rebufo, se ha sugerido como causa explicativa de este fenómeno la «deriva neoliberal» en la que parecen encontrarse las sociedades europeas actualmente, la ideología «neoconservadora» que supuestamente ha dominado el

panorama político y jurídico de Europa occidental durante las últimas décadas (32).

Sin perjuicio de la influencia que los factores políticos o ideológicos hayan podido ejercer al respecto, no nos parece que esta sea una explicación del todo convincente. En primer lugar, porque es posible que el auge del neoliberalismo obedezca a su vez a otras causas profundas que son las que determinan directamente aquella tendencia. En segundo término, porque resulta dudoso que la ideología neoliberal postule el reforzamiento de los controles administrativos posteriores al ejercicio de la libertad, sino más bien un cierto repliegue de cualesquiera controles públicos. Finalmente, esa hipótesis no explica por qué en algunos ámbitos, como el de la comercialización de medicamentos, el robustecimiento de los mecanismos de intervención pública *ex post* comenzó a producirse mucho antes –en el caso de la farmacovigilancia, a principios de los años 1960– del resurgimiento del liberalismo, y además se ha mantenido prácticamente ajeno a cualquier debate político o ideológico.

Nos aventuramos a sostener que otras circunstancias han podido tener una influencia significativa en este punto. La primera es el espectacular progreso de las tecnologías de la información producido durante las últimas décadas. Repárese en que el control público comprende un conjunto de actividades de obtención, procesamiento, almacenamiento, evaluación y comunicación de información realizadas con el objeto de verificar si una actividad se ajusta o no al ordenamiento jurídico. Pues bien, los avances tecnológicos habrían incrementado sustan-

cialmente la utilidad de esas actividades, al reducir de manera exponencial sus costes.

Esta reducción de costes ha afectado tanto a los controles previos como a los posteriores, ciertamente. Cabe pensar, no obstante, que como los beneficios marginales de los controles previos son, en determinadas circunstancias, más inelásticos que los de los posteriores, la cantidad óptima de estos últimos se habría elevado en mayor medida. Los beneficios de intensificar los controles decrecen a una tasa mayor en el caso de los previos. Nótese que estos generan información más precaria. De un lado, porque tal información se refiere a una actividad que se proyecta llevar a cabo en un futuro y que, por tanto, tiene un carácter meramente indiciario, conjetural; con ella únicamente cabe construir frágiles hipótesis acerca de lo que va a ocurrir que luego pueden quedar fácilmente desmentidas por los hechos. De otro lado, existe el riesgo de que las circunstancias sobre las que se basaba la licitud de la actividad cambien con el tiempo. Los controles posteriores, por el contrario, permiten obtener información extraída inmediatamente de la realidad; normalmente permiten conocer cuáles han sido las condiciones bajo las cuales se ha desarrollado realmente la actividad en cuestión y cuáles han sido efectivamente sus consecuencias. Adicionalmente, al ejercer potestades de intervención posterior, las autoridades administrativas pueden tener en cuenta y ponderar la evolución de las circunstancias relevantes.

Piénsese en los medicamentos. Por muy rigurosos que sean los estudios y ensayos realizados antes de autorizarlos, relativamente poco se sabe acerca de

sus riesgos y beneficios para la salud hasta que no se comercializan y comienzan a ser utilizados masivamente, y ello por la sencilla razón de que esos estudios se realizan en condiciones en buena medida artificiales, diferentes de las del mundo real. Los ensayos clínicos previos se realizan con un número limitado de pacientes durante un periodo de tiempo más o menos corto, por lo que no suelen permitir detectar reacciones adversas raras o que aparecen como consecuencia de un uso prolongado del medicamento. En estos ensayos participan pacientes relativamente sanos, que pueden no ser representativos de la población general. Y en ellos se testan, por lo común, los efectos de un solo medicamento, por lo que no se tienen en cuenta las interacciones que en el mundo real a veces se producen entre varios de ellos. Pues bien, las nuevas tecnologías informáticas han abaratado tanto los controles previos como los posteriores, pero como la información que ahora puede extraerse a través de estos últimos es más valiosa que la que se podría obtener intensificando los ensayos clínicos, resulta comprensible que sean aquellos los que han experimentado un mayor crecimiento.

Otro factor que en determinados sectores ha podido tener también una relevancia significativa es el aumento de la seguridad producido como consecuencia de mejoras tecnológicas. Estas han permitido educir la magnitud de los daños ocasionados por determinadas actividades, lo que a su vez habría minorado la necesidad de sujetarlas a controles previos con el objeto de mitigar los problemas derivados de la posible insolvencia de los responsables. Ello no quita, sin embargo, que

en otros ámbitos haya podido ocurrir lo contrario. La aplicación de nuevas tecnologías a ciertas actividades ha incrementado el potencial dañino de las mismas, lo que ha propiciado que ahora queden sometidas a controles previos cuando antes no lo estaban. Sería el caso, por ejemplo, de la comercialización de «nuevos alimentos» (33).

Finalmente, es claro que los procesos de globalización y, en particular, de integración europea han generado presiones dirigidas a reducir el volumen de los controles administrativos previos. La razón es bien sencilla. Las autoridades locales tienden a inflar estos controles a fin de erigir barreras de entrada en determinados mercados, lo cual choca frontalmente con uno de los motores y objetivos principales de esos procesos de integración, cual es el de asegurar la libre competencia para la realización de actividades de prestación de servicios y producción de bienes en ciertos espacios de carácter supraestatal.

NOTAS

(1) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(2) Véanse NÚÑEZ LOZANO (2001, 2011a y 2011b); BOIX PALOP (2002); RODRÍGUEZ FONT (2002 y 2009); NIETO-GUERRERO LOZANO (2007); LÓPEZ MENUDO (2010); GONZÁLEZ GARCÍA (2010); RAZQUIN LIZARRAGA (2010); FERNÁNDEZ TORRES (2011); MORA RUIZ (2012); AGUADO I CUDOLÀ (2012); CUBERO MARCOS (2013); BAÑO LEÓN (2014); REBOLLO PUIG (2014).

(3) Véase DOMÉNECH PASCUAL (2009 y 2011).

(4) En el presente trabajo utilizamos el término «sanción» con este significado amplio, más extenso que el que normalmente se le da en el Derecho español. Sobre este último, véase REBOLLO PUIG (2001) y HUERGO LORA (2007, pp. 187 y ss.).

(5) Sobre la distinción entre *monitoring* e *investigation*, véase MOOKHERJEE y PNG (1992).

(6) Como advierte INNES (2004), esto es relativamente frecuente en los ámbitos de la seguridad de alimentos, medicamentos y otros productos, así como en el de la protección del medioambiente.

(7) Véanse DJANKOV, LA PORTA, LÓPEZ-DESILANES y SHLEIFER (2002); DJANKOV (2009).

(8) Véase una excepción en HOEPPNER y KIRCHNER (2015), si bien los autores comparan las ventajas e inconvenientes de las estrategias *ex ante* y *ex post* en el contexto del gobierno corporativo de sociedades privadas.

(9) Véase, *mutatis mutandis*, SHAVELL (1984a, pp. 360 y ss.; 1986).

(10) Véase a título ilustrativo McADAMS y ULEN (2009).

(11) Véase, por ejemplo, el artículo 13.1 de la Ley valenciana 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control Ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana, que hace depender el tipo de control administrativo –comunicación de actividades inocuas; declaración responsable ambiental; licencia ambiental; o autorización ambiental integrada– al que están sujetas las actividades en cuestión de su «mayor o menor grado de potencial incidencia sobre el medio ambiente». Cuanto mayor es el grado de peligrosidad, más intenso es el control previo establecido.

(12) Véase FRIEHE y TABBACH (2013).

(13) Véase, *mutatis mutandis*, GAROUPA y OBIDZINSKI (2011).

(14) NOGUEIRA LÓPEZ (2011, pp. 161 y 162).

(15) SHAVELL (1984a, pp. 359 y 360).

(16) Véase, por ejemplo, TEICHMAN (2014).

(17) Véase, por ejemplo, ROBBENOLT y HANS (2016, pp. 53 y ss.).

(18) Véase al respecto GIVATI (2014 y 2016).

(19) SAMUELSON y ZECKHAUSER (1988).

(20) ANDERSON (2003, pp. 139 y ss.).

(21) ANDERSON (2003, pp. 141 y ss.).

(22) PATT y ZECKHAUSER (2000).

(23) La regla del silencio negativo significa aquí que si la Administración no dicta resolución expresa y notifica la resolución adoptada dentro del plazo legalmente establecido, hay que entender que la solicitud del interesado ha sido desestimada y, por tanto, este no puede llevar a cabo la actividad en cuestión. Véase el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(24) Véase el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(25) NICKERSON (1999).

(26) STERN (2002, pp. 589 y ss.).

(27) Véase, en general sobre la integración de reguladores, LAFFONT y MARTIMORT (1999), y, específicamente respecto de la integración de monitores *ex ante* y *ex post*, HIRIART, MARTIMORT y POUYET (2010).

(28) Véase, por ejemplo, el modelo teórico presentado por SHLEIFER y VISHNY (1993) y el estudio empírico de DIABY y SYLVESTER (2014).

(29) NISKANEN (1971).

(30) Véase, a modo de ejemplo, el caso de las farmacias, SCHAUMANS y VERBOVEN (2008), así como el de los masajistas, THORNTON y TIMMONS (2013).

(31) Debe notarse, sin embargo, que estas personas pueden ser también consumidores de los bienes producidos en el correspondiente mercado, en cuyo caso la existencia de excesivos controles previos de acceso al mismo puede perjudicarles. Piénsese, por ejemplo, en los usuarios de medicamentos.

(32) Véase, por ejemplo, NOGUEIRA LÓPEZ (2015).

(33) Véanse los arts. 6 y ss. del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativo a los nuevos alimentos, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (CE) núm. 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 1852/2001 de la Comisión.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012), «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en AGUADO, V. y NOGUERA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona: 67-90.

ANDERSON, Ch. J. (2003), «The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result From Reason and Emotion», *Psychological Bulletin*, 129: 139-167.

BAÑO, J. M. (2014), «Declaración responsable y derechos de terceros», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167: 23-44.

BENTATA, P. (2013), «Environmental Regulation and Civil Liability under Causal Uncertainty: An Empirical Study of the French Legal System», *Review of Law and Economics*, 9: 239-264.

<p>— (2014), «Liability as a complement to environmental regulation: an empirical study of the French legal system», <i>Environmental Economics and Policy Studies</i>, 16: 201-228.</p> <p>BHOLE, B., y WAGNER, J. (2008), «The joint use of regulation and strict liability with multidimensional care and uncertain conviction», <i>International Review of Law and Economics</i>, 28: 123-132.</p> <p>BOIX PALOP, A. (2002), «La discutible necesidad de la licencia de obras menores», en CLIMENT, J. y BAÑO, J. M^a. (coords.), <i>Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José M.^a Boquera Oliver</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 1327-1344.</p> <p>BURROWS, P. (1999), «Combining Regulation and Legal Liability for the Control of External Costs», <i>International Review of Law and Economics</i>, 19: 227-244.</p> <p>CUBERO MARCOS, J. I. (2013), <i>La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo</i>, Aranzadi, Cizur Menor.</p> <p>DE GEEST, G., y DARI-MATTIACCI, G. (2007), «Soft Regulators, Tough Judges», <i>Supreme Court Economic Review</i>, 15: 119-140.</p> <p>DIABY, A., y SYLWESTER, K. (2014), «Bureaucratic competition and public corruption: Evidence from transition countries», <i>European Journal of Political Economy</i>, 35: 75-87.</p> <p>DIANKOV, S. (2009), «The regulation of entry: a survey», <i>World Bank Research Observer</i>, 24:183-203.</p> <p>DIANKOV, S.; LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F., y SHLEIFER, A. (2002), «The regulation of entry», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 117: 1-37.</p> <p>DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009), <i>El régimen jurídico de la farmacovigilancia</i>, Civitas, Madrid.</p> <p>— (2011), «New European Legislation on Pharmacovigilance», <i>Pharmaceuticals Policy and Law</i>, 13: 7-27.</p> <p>DREHER, A., y GASSEBNER, M. (2011), «Greasing the wheels? The impact of regulations and corruption on firm entry», <i>Public Choice</i>, 155: 413-432.</p> <p>FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2011), «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», <i>Revista Catalana de Dret Públic</i>, 42: 85-114.</p> <p>FRIEHE, T., y TABBACH, A. (2013), «Preventive Enforcement», <i>International Review of Law and Economics</i>, 35: 1-12.</p> <p>GAROUPA, N., y GÓMEZ-POMAR, F. (2004), «Punish Once or Punish Twice: A Theory of the Use of Criminal Sanctions in Addition to</p>	<p>Regulatory Penalties», <i>American Law and Economics Review</i>, 6: 410-433.</p> <p>GAROUPA, N., y OBIDZINSKI, M. (2011), «The Scope of Punishment: An Economic Theory», <i>European Journal of Law and Economics</i>, 31: 327-247.</p> <p>GIVATI, Y. (2014), «Game Theory and the Structure of Administrative Law», <i>University of Chicago Law Review</i>, 81: 481-518.</p> <p>— (2016), «An Incomplete Contracting Approach to Administrative Law», <i>American Law and Economics Review</i>, 18: 176-207.</p> <p>GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2010), «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de servicios», <i>Revista d'Estudis Autonòmics i Federals</i>, 11: 255-293.</p> <p>HIRIART, Y.; MARTIMORT, D., y POUYET, J. (2004), «On the optimal use of ex ante regulation and ex post liability», <i>Economics Letters</i>, 84: 231-235.</p> <p>— (2008), «The Regulator and the Judge: The Optimal Mix in the Control of Environmental Risk», <i>Revue d'Économie Politique</i>, 119: 941-967.</p> <p>— (2010), «The public management of risk: Separating ex ante and ex post monitors», <i>Journal of Public Economics</i>, 94: 1008-1019.</p> <p>HOEPPNER, S., y KIRCHNER, Ch. (2015), «Ex ante versus Ex post Governance: A Behavioral Perspective», <i>Review of Law and Economics</i>, 12: 227-259.</p> <p>HUERGO LORA, A. (2007), <i>Las sanciones administrativas</i>, Iustel, Madrid.</p> <p>IMMORDINO, G.; PAGANO, M., y POLO, M. (2011), «Incentives to innovate and social harm: Laissez-faire, authorization or penalties?», <i>Journal of Public Economics</i>, 95: 864-876.</p> <p>INNES, R. (2004), «Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation», <i>International Review of Law and Economics</i>, 24: 29-48.</p> <p>KOLSTAD, Ch. D.; ULEN, T., y JOHNSON, G. V. (1990), «Ex post Liability for Harm vs. Ex ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?», <i>American Economic Review</i>, 80: 888-901.</p> <p>LAFFONT, J. J., y MARTIMORT, D. (1999), «Separation of regulators against collusive behavior», <i>RAND Journal of Economics</i>, 30: 232-262.</p> <p>LENNORP, E. (2009), «On the joint use of licensing and liability», <i>International Review of Law and Economics</i>, 29: 244-251.</p> <p>LÓPEZ MENUDO, F. (2010), «La transposición de la Directiva de Servicios y la modifi-</p>	<p>cación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», <i>Revista Española de la Función Consultiva</i>, 14: 111-150.</p> <p>MCADAMS, R., y ULEN, T. (2009), «Behavioral Criminal Law and Economics», en GAROUPA, N. (ed.): <i>Criminal Law and Economics</i>, Edward Elgar, Cheltenham.</p> <p>MOOKHERJEE, D., y PNG, I. P. L. (1992), «Monitoring vis-à-vis Investigation in Enforcement of Law», <i>American Economic Review</i>, 82: 556-565.</p> <p>MORA, M. (2012), «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico», <i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>, 155: 237-276.</p> <p>NICKERSON, R. S. (1999), «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», <i>Review of General Psychology</i>, 2: 175-220.</p> <p>NIETO-GUERRERO, A. M. (2007), <i>Licencia urbanística y comunicación previa de obras</i>, Aranzadi, Cizur Menor.</p> <p>NISKANEN, W. A. (1971), <i>Bureaucracy and Representative Government</i>, Aldine Atherton, Chicago.</p> <p>NOGUEIRA, A. (2011), «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades ¿reactivación económica o pretexto desregulador?», en BLASCO, A. (coord.): <i>El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo</i>, INAP, Madrid.</p> <p>— (2015), <i>La inspección administrativa entre la globalización y el repliegue de lo público</i>, ponencia presentada en el Seminario de Teoría y Método celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el 29 de mayo de 2015.</p> <p>NÚÑEZ, M. C. (2001), <i>Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo</i>, Marcial Pons, Madrid.</p> <p>— (2011a), «Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones», <i>Noticias de la Unión Europea</i>, 317: 107-123.</p> <p>— (2011b), «La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración», <i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>, 79: 49-90.</p> <p>NUSSIM, J., y TABBACH, A. (2008), «Controlling avoidance: Ex-ante regulation versus ex-post punishment», <i>Review of Law and Economics</i>, 4: 45-63.</p>
---	--	---

<p>PATT, A., y ZECKHAUSER, R. (2000), «Action Bias and Environmental Decisions», <i>Journal of Risk and Uncertainty</i>, 21(1): 45-72.</p> <p>RAZQUIN, J. A. (2010), «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», <i>Revista Jurídica de Navarra</i>, 49: 85-136.</p> <p>REBOLLO, M. (2001), «El contenido de las sanciones», <i>Justicia Administrativa</i>, n.º extra, <i>Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador</i>, 151-206.</p> <p>— (2014), «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en SORIANO, E. (dir.), <i>Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor</i>, Iustel, Madrid.</p> <p>ROBBENOLT, J. K., y HANS, V. P. (2016), <i>The Psychology of Tort Law</i>, University Press, New York.</p> <p>RODRÍGUEZ FONT, M. (2003), <i>Régimen de comunicación e intervención ambiental: entre</i></p>	<p><i>la simplificación y la autorregulación</i>, Atelier, Barcelona.</p> <p>— (2009), «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», <i>Anuario del Gobierno Local</i>, 261-300.</p> <p>SAMUELSON, W., y ZECKHAUSER, R. (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», <i>Journal of Risk and Uncertainty</i>, 1: 7-59.</p> <p>SCHAUMANS, C., y VERBOVEN, F. (2008), «Entry and regulation: evidence from health care professions», <i>RAND Journal of Economics</i>, 39: 949-972.</p> <p>SCHMITZ, P. W. (2000), «On the joint use of liability and safety regulation», <i>International Review of Law and Economics</i>, 20: 371-382.</p> <p>SHAVELL S. (1984a), «Liability for Harm versus Regulation of Safety», <i>Journal of Legal Studies</i>, 13: 357-374.</p> <p>— (1984b), «A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation», <i>RAND Journal of Economics</i>, 15: 271-280.</p> <p>— (1986), «The Judgment Proof Problem», <i>International Review of Law and Economics</i>, 6: 45-58.</p>	<p>— (1993), «The Optimal Structure of Law Enforcement», <i>Journal of Law and Economics</i>, 36: 255-287.</p> <p>— (2013), «A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation», <i>Journal of Legal Studies</i>, 42: 275-302.</p> <p>SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W. (1993), «Corruption», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 108: 599-617.</p> <p>STERN, S. M. (2002), «Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking», <i>University of Pittsburgh Law Review</i>, 63: 589-644.</p> <p>TEICHMAN, D. (2014), «The Hindsight Bias and the Law in Hindsight», en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D. (eds.), <i>The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law</i>, Oxford University Press, Oxford.</p> <p>THORNTON, R. J., y TIMMONS, E. J. (2013), «Licensing One of the World's Oldest Professions: Massage», <i>Journal of Law and Economics</i>, 56: 371-388.</p> <p>WITTMAN, D. «Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring», <i>Journal of Legal Studies</i>, 61: 193-211.</p>
---	--	--