

La responsabilidad patrimonial (extracontractual) de la Administración en las alertas alimentarias. Comentario a las sentencias del TSJ de Andalucía de 15 y de 21 de mayo de 2008

Vicente Rodríguez Fuentes

1.- Introducción

Las Sentencias de 15 y de 21 de mayo de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía juzgan la utilización del mecanismo intercambio rápido de información sobre riesgos alimentarios, las conocidas alertas alimentarias, y las condiciones que permiten a las empresas cuyos productos han sido afectados por dicha alerta reclamar los daños que han sufrido como consecuencia de las mismas, si la actuación administrativa fue antijurídica.

En ambos casos, las empresas reclamantes piden a la Administración que les compense por los daños sufridos como consecuencia de la inmovilización de su producto y de las pérdidas que una alerta alimentaria de tipo general les ha ocasionado, fundamentalmente pérdidas derivadas de la caída en las ventas y en el precio del producto, desprestigio por la alerta alimentaria. La reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración, en derecho español, no depende de la ilegalidad de la actuación administrativa sino del deber jurídico de soportar el daño, aunque ambos extremos están obviamente relacionados.

2.- Antecedentes, consideraciones sobre la intervención de varias administraciones

Los antecedentes de hecho fueron los siguientes. A finales de mayo del 2001 aparecen, en un periódico de la Republica Checa, noticias que acusan al aceite de orujo español de contener una sustancia cancerígena, el benzopireno un hidrocarburo aromático policíclico. El Ministerio de Agricultura se hace eco de la noticia e informa al Ministerio de Sanidad y Consumo, que ordena el análisis de varias muestras de aceite –de cuatro empresas- en las que se detecta un contenido anormalmente alto en hidrocarburos aromáticos poli cíclicos. Esta es una sustancia que la Organización Mundial de la Salud considera cancerígena en experimentos con animales, aunque no se ha podido acreditar su efecto sobre las personas, pero tampoco descartar del todo. Por ello la OMS

aconseja minimizar su consumo en tanto sea posible. Todo ello resulta de un informe de la OMS del año 1991, que es utilizado por las autoridades españolas para evaluar el riesgo para la salud existente.

La presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos en los aceites comestibles en general, y no solo en los de orujo de oliva, era conocida desde hace tiempo por las autoridades y resulta del método de elaboración de los mismos, por su tratamiento para secado en hornos, que puede transmitir humo al producto. Aunque en general esta sustancia se elimina en el refinado del aceite.

Con estos datos, el 3 de Julio de 2001 el Ministerio de Sanidad y Consumo español activa una alerta alimentaria sobre todos los aceites de orujo españoles, alerta que comunica a las Comunidades Autónomas a las que *aconseja* la retirada inmediata del producto del mercado, invocando para ello el artículo 26 de la Ley General de Sanidad que permite la adopción de medidas extraordinarias en el caso que exista o se sospeche la existencia de un riesgo extraordinario e inminente para la salud pública¹.

Al día siguiente los inspectores de la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía inmovilizan el aceite de orujo crudo de la Sociedad Cooperativa de Segundo Grado Extractora Sierra Mágina y de Aceites Sierra Sur S.A. Hay que decir que el aceite de orujo crudo no es un producto comestible hasta que no es refinado. Una vez refinado se mezcla con aceite de oliva virgen y se vende como aceite de orujo de oliva, un aceite de menor calidad en el sabor pero no en las cualidades saludables del mismo. Es mismo día, además, los inspectores de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía inmovilizan el aceite de orujo refinado que se encuentra en los depósitos de Aceites Sierra Sur, S.A. En esta ocasión se trata de un producto comestible, aceite de orujo refinado, por lo que intervienen los inspectores de Salud además de los de Agricultura (el aceite crudo que es un producto agrícola).

Hay que explicar que, en el contexto de la atribución de competencias en materia de salud pública entre Administración Central y Comunidades Autónomas en España, se reserva a la Administración Central el ejercicio de las competencias de sanidad exterior, establecimiento de las bases y coordinación. El resto es competencia de las Comunidades Autónomas². Además, y para situar el contexto jurídico de las responsabilidades reclamadas a la administración, la responsabilidad patrimonial de la administración en derecho español se atribuye a la administración responsable del daño.

⁽¹⁾ Artículo 26. [Adopción de medidas preventivas frente al riesgo inminente y extraordinario para la salud]

1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

⁽²⁾ Constitución española, artículo 149.1,16.

Cuando el daño es atribuible a varias administraciones habrá que acudir al convenio de colaboración entre las administraciones para el ejercicio de competencias colegiadas o conjuntas si dicho convenio existe, sino será responsable la administración con mayor participación en el asunto en función de los intereses en juego. Si no es posible determinar que administración es mas responsable del daño, la responsabilidad es entonces solidaria. Solidaridad que una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta en favor del administrado, que no puede verse perjudicado por la confusión o falta de claridad en el ejercicio de las competencias³.

Por ultimo hay que decir que, en derecho español, la administración es responsable de los daños que su actuación ocasione a los particulares, que no sean ocasionados por fuerza mayor y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, en un sistema de responsabilidad de tipo objetivo⁴. Los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños sufridos, indemnización que en derecho español abarca no solo el daño en sí, sino también el lucro cesante, es decir, las ganancias que se han dejado de obtener⁵. En este contexto fáctico y legal, las dos empresas reclaman los daños que les ha ocasionado la alerta del orujo. Ambas eran productores de aceite de orujo crudo. Ambas eran extractoras de aceite de orujo, es decir, industrias que reciben la materia prima –el llamado alpeorujo–, material que es el residuo de la producción de aceite de oliva virgen. En el caso de Sierra Mágina, es una cooperativa de Segundo grado, es decir, una cooperativa cuyos socios son cooperativas que se dedican a la obtención de aceite de oliva virgen y que utilizan a Sierra Mágina para eliminar un residuo contaminante además de transformarlo en producto económicamente rentable. Lo mismo hace Sierra Sur pero con los residuos de su propia actividad productora de aceite de oliva virgen. Además, Sierra Sur envía a refinar el aceite de orujo que después envasa en sus instalaciones. En ambos casos, la producción de aceite de orujo de oliva depende no sólo de la oferta del mismo sino de la necesidad que tienen de eliminar los alpeorujos resultantes de su actividad aceitera, de modo que aunque el precio del aceite de orujo no haga rentable su producción, esta debe seguir para que no se paralice la producción de aceite de oliva virgen. En este supuesto, la producción de aceite de orujo se transforma en pérdidas que son asumidas por las sociedades reclamantes.

3.- Contenido de las sentencias, la indemnización y la carga de la prueba

En ambos casos, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía analiza la causa de los daños, la existencia de deber jurídico de soportarlos, la cuantía de los mismos y establece el sujeto responsable.

⁽³⁾ Artículo 140.2 de la Ley 30/1992 y STSs de 28 de abril de 1998 y de 23 de noviembre de 1999.

⁽⁴⁾ Artículo 139 de la Ley 30/1992.

⁽⁵⁾ Artículo 1106 del Código Civil.

Respecto a la administración responsable, admite el Tribunal que estamos en un supuesto de gestión compartida de la competencia, en el que corresponde a la administración autonómica andaluza –que es la demandada- la ejecución de las medidas que aconseja la administración estatal, medidas que no estaba obligada a adoptar literalmente (hay que decir que el Tribunal Supremo⁶ ha dicho algo que puede parecer contradictorio, que la administración central no dejó en la práctica margen de decisión a la autonómica, lo que se explica por lo complejo de la situación. Sin embargo, en mi opinión, tal contradicción no existe por la aplicación del principio de solidaridad en la responsabilidad administrativa según el artículo 140.2 de la ley 30/1992, que se interpreta a favor del administrado, como claramente ha establecido el Tribunal Supremo⁷). Además, la responsabilidad administrativa se predica de la actividad administrativa, actividad que no es imputable únicamente a una administración pero de la que no cabe duda que la administración autonómica es titular y, a falta de instrumento que regule en el caso concreto la responsabilidad del ejercicio de la competencia compartida, rige la responsabilidad solidaria ex lege, que permite al perjudicado exigir toda la responsabilidad a una de las administraciones.

Respecto a los daños, estos han sido certificados, en ambos casos, por auditores independientes cuyas apreciaciones no son contestadas en detalle por la administración que se limita a negarlas de forma general. Sin embargo en ambos casos se aportaron informes de daños detallados y razonados, por lo que en aplicación de las reglas de la carga de la prueba se consideran probados los daños reclamados.

Por último, en lo que concierne al deber jurídico de soportar el daño, el Tribunal considera que en vista del peligro para la salud pública existente, el momento del conocimiento de dicho peligro, el defectuoso procedimiento administrativo seguido y el impacto económico de la medida adoptada, esta resulta claramente desproporcionada y las empresas no tienen el deber jurídico de soportarla. A esto hay que añadir que la actividad de las mismas era perfectamente legal en el momento de la alerta y su producto cumplía la normativa vigente, que no estableció límites para los hidrocarburos aromáticos policíclicos hasta 24 días después, mediante la orden de 25 de Julio de 2001, que entro en vigor el 27 de Julio, claramente como una reacción a la alerta alimentaria.

En ambos casos, la administración pretendió amparar su actuación en la aplicación del principio de precaución, principio que permite la adopción de medidas restrictivas del comercio de alimentos, ante la existencia de un riesgo para la salud pública, sin necesidad de acreditar de manera científicamente irrefutable la realidad de dicho riesgo. A dicha alegación responde la sentencia de 21 de mayo analizando las condiciones en las que se puede acudir a la justificación que brinda el principio de precaución. Dicha interpretación resulta interesante –y particularmente acertada en mi opinión- dada la

⁶) STS de 27 de junio de 2007.

⁷) Ver nota 3.

indefinición de dicho principio y su escasa interpretación por los Tribunales españoles⁸, en relación con el comercio de alimentos y la protección de la salud pública.

4.- El principio de precaución, configuración e interacción con la responsabilidad

El principio de precaución es ampliamente debatido en este y en otros casos similares de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración, por los daños ocasionados por la alerta del aceite de orujo⁹. De hecho el Consejo Consultivo de Andalucía, cuyo informe es preceptivo en los procedimientos de reclamación de daños a la Administración, se ampara en dicho principio para justificar la actuación administrativa y, por ello, el deber de las empresas afectadas de soportar el daño.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con un razonamiento similar al empleado en otras sentencias anteriores, analiza las condiciones que, a su entender, rigen la aplicación de este principio a la alerta alimentaria que juzga y a las alertas alimentarias en general.

Estas alertas y las medidas que se adoptan en ejecución de las mismas, ocasionan siempre un daño económico –de mayor o menor gravedad- por lo que habrá que examinar si dicho daño es antijurídico, es decir, si de acuerdo al derecho español el particular no tiene el deber de soportarlo, pues este es el criterio que determina que la administración deba indemnizar o no. Para examinar la antijuridicidad del daño, es necesario examinar si la administración estaba amparada, para adoptar las medidas que adoptó, en el principio de precaución.

Comienza el Tribunal por recordar la incorporación del principio de precaución al derecho alimentario europeo –y por ende al español-, desde su incorporación al Tratado de Maastrich, para el derecho medioambiental, hasta su extensión al comercio de alimentos en las sentencias de Tribunal de Justicia en los asunto de las vacas locas. De dichas sentencias resulta un principio de precaución que permite a las autoridades restringir el comercio de alimentos ante un riesgo para la salud de las personas, sin necesidad de que el riesgo este totalmente acreditado.

Pero esta autorización general no se justifica con la mera invocación del principio de precaución, sino que la proporcionalidad de las medidas que se pueden adaptar al amparo del mismo exige que se den una serie de requisitos previos que las justifiquen – incluso como medidas *precautorias*-. Además, la propia proporcionalidad exige una

⁸) Solamente ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, en el sentido de constatar su existencia, en las sentencias sobre el clenbuterol de 20 de enero de 2001, de 15 de diciembre del 2001 y de 6 de noviembre de 1999. Además de estas, y ya sobre el asunto de la alerta del orujo, varias sentencia invocan el principio de precaución, con interpretaciones opuestas entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Cataluña.

⁹) Ver nota anterior. Realmente la Audiencia Nacional, en mi opinión, no analiza el principio de precaución, sino que deduce de su existencia la justificación de la actuación de la administración. Por este motivo tiene más interés, desde mi punto de vista, las sentencias objeto de este breve comentario.

relación adecuada entre el riesgo previsto y la medida adoptada. Para averiguar cuales son las premisas de la aplicación del principio de precaución y como se mide la proporcionalidad en la aplicación del mismo, el Tribunal utiliza los criterios interpretativos establecidos en la Comunicación de 8 de febrero de 2000, de la Comisión Europea sobre la aplicación del principio de precaución, que aplica al caso concreto.

Considera el Tribunal que, para poder aplicar este principio, es necesario la existencia de dos premisas previas: la identificación del riesgo y la incertidumbre científica resultante de la evaluación del riesgo efectuada. Cuando se trata de productos que se encuentran legalmente el mercado, la seguridad jurídica- que resulta de la justicia, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español según la Constitución española- exige que la evaluación del riesgo practicada sea exhaustiva, no basta con la mera existencia de incertidumbre sobre un riesgo grave para la salud. Frente a medidas que pueden tener enorme impacto económico la evaluación del riesgo ha de ser lo mas completa posible.

Para averiguar que se entiende por evaluación del riesgo lo mas completa posible - concepto jurídico indeterminado- la sentencia se apoya en la del Tribunal de Luxemburgo de 9 de septiembre de 2003 (en el asunto Monsanto, C 236/01). Realmente, hay otra sentencia que –en mi opinión- se ocupa mejor de definir que se entiende por una evaluación de riesgo lo mas completa posible, que es la del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, en el asunto C 192/01, Comisión contra Dinamarca. La sentencia Monsanto –al igual que la de los asuntos Pfizer o Alpharma, se ocupa más bien- de nuevo, en mi opinión- de confirmar la exigencia de una evaluación de riesgos exhaustiva que de definir que se entiende por este exigencia. Para el TSJ de Andalucía, el principio de precaución no puede ser invocado para evitar realizar una evaluación de riesgos exhaustiva. El principio de precaución, como instrumento de gestión de riesgos *que permite la adopción de medidas específicas y excepcionales en un contexto de incertidumbre científica* no puede servir de excusa *para eludir profundizar exhaustivamente en el ámbito de la propia investigación*. Para el Tribunal la administración invoca dicho principio de forma ligera, como excusa de una actuación administrativa que no es todo lo rigurosa que cabía esperar respecto a la averiguación del riesgo, teniendo en cuenta el impacto de la medida que adopta. En realidad el riesgo no es nuevo, ni su conocimiento sorpresivo, y los datos científicos que avalan la peligrosidad del riesgo anunciado –el informe de la OMS sobre los efectos de los hidrocarburos aromáticos policíclicos en la salud tiene 10 años de antigüedad, no anuncia un peligro grave y extraordinario, peligro podía ser conjugado –como de hecho se hizo- con una normativa que exigiera unos limites máximos de hidrocarburos aromáticos policíclicos, como de hecho se hizo con la Orden de 25 de Julio de 2001 (que es posterior a la alerta que fue el 3 de Julio). De todo ello concluye el Tribunal que la investigación científica fue poco seria y rigurosa, lo que imposibilita cualquier invocación del principio de precaución como justificación de la actuación administrativa.

Además, la medida adoptada invocando el principio de precaución es arbitraria por desproporcionada (exigencia de la aplicación del principio de precaución, como resulta,

también, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre del 2003, en el asunto C 236/01, *Monsanto*, aunque el Tribunal no la mencione expresamente en este sentido). La proporcionalidad es, además de un principio general del derecho comunitario y un requisito de la aplicación del principio de precaución, una exigencia de la legislación española¹⁰. La justificación de la desproporcionalidad de la actuación administrativa es detallada en la sentencia y no creo que haya, por tanto, que repetirla en este comentario.

Más interesante es, a mi entender, la importancia que la sentencia da a la novedad sobre el conocimiento del riesgo como determinante de la aplicación del principio de precaución, que la sentencia pone en relación a la proporcionalidad. En mi opinión, el principio de precaución sólo se justifica cuando la incertidumbre científica en que se basa su aplicación resulta de una nueva información científica. Es decir, me parece lógico entender que sólo se puede hablar de incertidumbre científica cuando el gestor de riesgo se enfrenta a una nueva información científica, por que aparecen nuevos datos que modifican el conocimiento existente sobre un riesgo. Si el riesgo era conocido con anterioridad y las autoridades no habían adoptado ninguna normativa que lo regulara, entonces el principio de precaución no puede ser invocado para retirar productos del mercado. Este es, en mi opinión, el sentido de la sentencia de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en asunto C180/96, Comisión contra el Reino Unido o de 21 de marzo del 2000, en el asunto C 6/99 *Greenpeace*. La sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía no se refiere de forma expresa a este requisito de la aplicación del principio de precaución, pero no puede entenderse si no – de nuevo en mi opinión- el reproche que hace a la actuación administrativa por retirar un producto alegando que existe incertidumbre científica sobre el riesgo que representa, cuando conocía desde hace tiempo en que consistía ese riesgo, al menos desde el informe de la OMS de 1991.

5.- Otras sentencias sobre el tema

Por último, hay que indicar que la intervención administrativa en el asunto del aceite de orujo ha sido objeto ya de numerosas sentencias, de entre las que hay que destacar la del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, que decreta la nulidad de la activación de alerta. En relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial, la reclamada al Ministerio de Sanidad ha sido continuamente rechazada por la Audiencia Nacional, mientras que las reclamadas a las administraciones autonómicas ha sido admitida- es decir se ha condenado a la administración al pago de una indemnización- por los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Extremadura, Baleares y Cataluña mientras que los Galicia, Murcia y Castilla León, han rechazado que exista

⁽¹⁰⁾ Entre otros, y de aplicación al caso específico, el artículo 28 de la Ley General de Sanidad.

responsabilidad administrativa. La mayoría de los casos, están pendientes de que el Tribunal Supremo resuelva los recursos de casación planteados contra las sentencias.

ABSTRACT

State liability as a consequence of a Food Alert. Comment on Andalusian High Court Judgments of 15 and 21 May 2008

In these cases the Court was called to adjudicate on the existence of State liability for the issuing of a Food Alert and under what conditions affected companies could claim for damages suffered as a consequence of the Alert. One of the main issues was to determine which administration is responsible when the Central Government issues an alert that must be executed by Regional Governments. In the opinion of the Court, both Governments are joint and severally responsible and, therefore, the plaintiff can claim liability from the Regional Government, namely the authority that materially seized the product. The plaintiffs were companies claiming for damages suffered, including losses provoked by the market crisis caused by the Alert. The Court grants an indemnity for all these damages, since it finds that the plaintiff was not to bear the legal obligation of suffering the losses caused by an Alert that was disproportionate due to the real lack of urgency. Furthermore, the precautionary principle can not cover this alert since, in the case of a product that is legally on the market, the proportionality this principle requires, demands the prior performance of a sound scientific study as well as an exhaustive risk evaluation. This was not the case, since the State based its decision on a ten-year-old report of the WHO. In my interpretation, the implicit reasoning of the Court is that the precautionary principle only applies when facing new scientific information on a known risk.