InDret

El Síndrome Ardystil

Comentario a la STS, 3ª, 29.11.2001

José Piñeiro Salguero
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Antoni Rubí Puig
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 108
Barcelona, octubre de 2002
www.indret.com

Sumario

1. Hechos
2. La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la suspensión de actividades empresariales
3. La prueba de la relación de causalidad para suspender una actividad empresarial con riesgos para la salud

   3.1 Sobre la necesidad del nexo causal

   3.2 Prueba del nexo causal
4. La exigencia de responsabilidad por los trabajadores afectados por el síndrome Ardystil
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Hechos

Entre febrero y abril de 1992 trabajadores de las industrias de estampación textil de Alcoi (Alicante) presentaron síntomas de graves enfermedades respiratorias (neumopatía intersticial difusa, bronquitis obliterante, etc.). En total, de los 257 trabajadores del sector, hubo alrededor de 80 afectados de los cuales fallecieron 7 (GARCÍA GARCÍA / GARCÍA BENAVIDES (1995)). El cuadro patológico se denominó síndrome Ardystil, nombre de la compañía en la que aparecieron los primeros casos.

> Hasta la fecha no existen pruebas indubitadas del procedimiento causal del síndrome Ardystil. En un primer momento, se atribuyó a un cambio en el procedimiento de tinte: las empresas sustituyeron una sustancia llamada Acramin FWR por otra conocida como Acramin FWN, sustancias muy similares fabricadas por Bayer. El Acramin FWN es una poliaminamida nociva que al presentarse en forma líquida puede ser utilizada en pistolas aerográficas, a diferencia de la primera que se presentaba en polvo (ANTÓ *et alter* (1994)). Las indicaciones de uso del fabricante exigían que la sustancia se utilizara mezclada con agua y aplicada con pincel o esponja, circunstancia que no tuvieron en cuenta las empresas del sector al utilizarla mezclada con un disolvente y en pistolas aerográficas.
>
> Posteriormente, se ha probado que tanto el Acramin FWN como el Acramin FWR tienen unos niveles de citotoxicidad similares (OEHRENS *et alter* (1995), CLOTTENS *et alter* (1997), HOET *et alter* (2001)). De este modo, se descarta la introducción de la nueva sustancia en el procedimiento de tinte como posible causa: el cambio de las sustancias no justificaría el síndrome desde el punto de vista toxicológico, pero sí podría entenderse probada la relación de causalidad desde una perspectiva epidemiológica fundamentada en una pluralidad de causas (SOLÉ / CORDERO (1995), GARCÍA GARCÍA / GARCÍA BENAVIDES (1995)), concretables en distintas mezclas en los tintes, nubes de aerosoles de pintura, fuentes de calor en las naves industriales, falta de medidas de seguridad, incumplimiento de las indicaciones del fabricante, etc.
>
> En definitiva, la comunidad científica aceptó a partir de 1995 que no podía negarse la participación de los empresarios textiles en la aparición del síndrome Ardystil.

Ante la aparición de los primeros casos de síndrome Ardystil, la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana resolvió clausurar las instalaciones de las empresas del sector después de las oportunas inspecciones de trabajo. La resolución afectó a la compañía "Aeromán SL", que el 20 de octubre de 1992 suspendió su actividad por orden de la Generalitat durante un período de 6 meses (luego prorrogado indefinidamente).

"Aeromán SL" reclamó en vía administrativa contra el Acuerdo de la Conselleria de Sanitat al entender que el cierre de las instalaciones, cuando la compañía cumplía todos los requisitos administrativos, debía acompañarse de una indemnización. El Govern de la Generalitat Valenciana denegó por silencio administrativo compensar el lucro cesante. La empresa interpuso recurso contencioso administrativo, que fue estimado por la STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14.4.1997: la Generalitat Valenciana actuó lícitamente pero causó un daño al suspender la actividad de una empresa que cumplía con todas las exigencias administrativas, por lo que debía indemnizar a "Aeromán SL" con 145.461,39 €.

El Tribunal Supremo, en ponencia del Magistrado José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Generalitat Valenciana y confirmó la STSJ de Valencia, basándose en dos argumentos:

a) La empresa clausurada había obtenido licencia administrativa para iniciar la actividad y cumplía el resto de exigencias administrativas para su funcionamiento.

b) La Generalitat no acreditó la relación de causalidad entre la aparición del síndrome y los productos químicos utilizados por la empresa.

En lo que sigue, analizamos la corrección de los dos argumentos utilizados por el TS y proporcionamos fundamentos alternativos para la resolución del caso.

2. La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la suspensión de actividades empresariales

Entiende el Tribunal que «*las consecuencias de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio de una potestad administrativa lícita pero dañosa, no deben ser soportadas por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente*» (FJ 4º). El TS da a entender que no puede adoptarse una medida de coacción contra quien dispone de una licencia para ejercer una actividad y cumple todas las exigencias administrativas sin mediar una compensación por los posibles daños. Mas, el argumento ciertamente es insuficiente:

a) En primer lugar, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril, BOE nº 102, 29.4.1986, en adelante LGS), en el que basó su resolución la Generalitat Valenciana, no subordina la decisión de la Administración de suspender una actividad económica (o cualquier otra medida coactiva) a la exigencia de que la empresa afectada haya incumplido alguna norma. La sospecha razonable de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud es suficiente para que la Administración despliegue las medidas de prevención pertinentes:

> *Artículo 26 LGS*
> *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.*

b) La LGS no alude a los daños que puede producir la actividad coactiva de la Administración, es decir, no establece un régimen particular de indemnización.

Únicamente, se refiere a la proporcionalidad (artículo 28 c) y al respeto a la libertad de empresa (artículo 28 d) como límites a la actuación de la Administración. Por lo tanto, es aplicable el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Al respecto, la Sentencia alude al derogado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, BOE nº 285 de 27.11.1992; en adelante LRJAPyPAC). Centraremos el análisis en el artículo 139 LRJAPyPAC, ya que, aunque diverge con el tenor del artículo 40 LRJAE, el TS al analizar éste último ya introdujo nociones como la de deber jurídico de soportar el daño, recogidas posteriormente por el artículo 139 LRJAPyPAC.

Aunque el artículo 139 de la LRJAPyPAC establece que la Administración debe indemnizar en todo caso, salvo fuerza mayor, a los particulares por los daños causados en sus bienes o persona, también dispone que no se indemnizarán aquellos daños que los particulares tengan el deber jurídico de soportar; circunstancia que aquí acontece, puesto que la Administración estaba facultada para adoptar la medida de cierre *ex* artículo 26 LGS. La actuación de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana fue correcta: ante unos primeros indicios se clausuraron las instalaciones de la empresa por seis meses y, posteriormente, cuando existían más datos que apuntaban a las empresas del sector textil como el origen del síndrome, se prorrogó de forma indefinida.

En relación con lo anterior, nos parece que la indemnización no sería procedente, pues quien desarrolla una actividad empresarial debe asumir, tal como hace con los beneficios, los riesgos de la misma. Sin una buena razón, no hay motivos para cargar a los demás los daños propios.

En el contexto de la suspensión de licencias de actividad y de la clausura de empresas, el TS no suele conceder indemnización por la mera suspensión, salvo que concurran factores adicionales (falta de motivación, vía de hecho, desproporcionalidad).

> Véanse, entre otras, STS, 3ª, 28.2.2000 (Ar. 2162): indemnización del lucro cesante derivado de la clausura de granja ya que el acto se adoptó omitiendo la audiencia a la empresa afectada; STS, 3ª, 23.7.2001 (Ar. 6784): indemnización del lucro cesante derivado de la clausura de un establecimiento *ex* artículo 126 LGS por no existir sospecha de un riesgo inminente y grave para la salud; STS, 3ª, 18.12.2000 (Ar. 221/2001): indemnización del lucro cesante al observarse la desproporcionalidad de la medida de clausura de discoteca, que ya había sido anulada en el procedimiento administrativo; STS, 3ª, 4.7.2002 (Ar. 6448): indemnización del lucro cesante derivado del cierre de local ya que el acto administrativo no reunía los requisitos legales necesarios.

> No se compensan los daños derivados de cierres en los que hay un incumplimiento normativo previo por parte del empresario (entre otras, SSTS, 3º, 5.2.2001 (Ar. 1730) y 15.3.2002 (Ar. 5047)).

Por otra parte, el TS no considera la participación de la empresa demandante en la producción del daño (las pérdidas derivadas de su cierre) para reducir o excluir la responsabilidad administrativa. Ya hemos explicado (véase *supra* sección 1) como la comunidad científica relacionó causalmente el síndrome Ardystil con el comportamiento negligente de la empresa (deficencias en las instalaciones, falta de medidas de protección laboral, incumplimiento de las instrucciones de uso del fabricante de los tintes): Ardystil, Aeromán y las otras empresas del sector crearon un riesgo grave para la salud de los trabajadores, que originó el cierre de sus instalaciones, aunque cumplieran todas las exigencias legales. En determinadas actividades empresariales, que pueden generar riesgos a terceros, se exige, a menudo, una actuación diligente más allá del cumplimiento de las exigencias administrativas: el cumplimiento de prescripciones legales y reglamentarias no implica diligencia o precaución suficiente, salvo que la normativa en cuestión así lo exprese (véase, entre otras, STS, 1ª, 10.6.2002, FJ 2º (Ar. 6198): "*[...]el artículo 26 LGDCU no sólo exige la observancia de esas normas, sin duda porque el legislador consciente de que son incompletas en muchos sectores de la producción, sino también «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto»*").

El criterio de diligencia ulterior es justificable en muchos casos: es razonable pensar que las empresas puedan conocer los riesgos que generan mejor y antes que la Administración o una agencia reguladora y, así, adoptar medidas de prevención y mitigación antes de que los poderes legislativo o ejecutivo regulasen la actividad peligrosa.

El criterio de diligencia ulterior se relaciona con el principio de precaución: los empresarios, al prever mínimamente los riesgos que podía generar su actividad, deberían haberla paralizado, aun cuando no incumplieran ninguna exigencia administrativa. Sin embargo, las críticas a este punto de vista son numerosas (véase, por todos, Cass SUNSTEIN (2002)) ya que puede privar a la sociedad de importantes beneficios sociales. El principio de precaución es demasiado inconcreto ya que no explicita cómo debe actuar un sujeto que quiera evaluar unos riesgos potenciales. Sin embargo, en el presente caso, los riesgos derivados del comportamiento de los empresarios serían tan elevados que justificarían la aplicación del principio.

Asimismo, la suspensión de la actividad económica por parte de la Generalitat también puede entenderse justificada desde el punto de vista del principio de precaución, ante la existencia de una elevada probabilidad de que se concretaran los riesgos para la salud.

c) El argumento utilizado por el TS también es criticable desde una perspectiva analítica. Sin más, conlleva que quien obtiene licencia para ejercer una actividad

determinada ostenta un derecho a desarrollarla y no puede verse privado de ella sin una previa compensación. En otras palabras, cuando la Administración adoptara una decisión debería mantenerla y en caso de cambiarla, tendría que asumir siempre los costes de una indemnización. En términos generales, cualquier decisión de la Administración genera externalidades negativas, que inmovilizarían su actividad si se obligara a compensarlas en todo caso.

Además, el argumento también quiebra en el contexto concreto de las licencias para el desarrollo de una actividad empresarial:

i) El uso de este argumento carga a la Administración (y, en efecto, a la sociedad) con los costes de los riesgos de las iniciativas empresariales: a diferencia del empresario dedicado a inversiones especulativas (por ejemplo, un fondo de inversiones) que asume los riesgos de sus decisiones, uno que decidiera iniciar una actividad en un sector innovador o con tecnología compleja no tendría que soportar los riesgos inherentes a su inversión productiva. Así, si la actividad que desarrolla es peligrosa y la Administración decide suspenderla, el empresario sería compensado por la Administración.

   Además, si causa daños a consumidores con sus productos, no deberá compensarlos si se le aplica una normativa que contiene una excepción amplia de los riesgos de desarrollo (sobre el tema, véase Pablo SALVADOR / Josep SOLÉ (1999)).

ii) Hacer responder a la Administración que ha autorizado una actividad peligrosa (sin conocimiento de los riesgos) aumenta los costes de los procedimientos de licencia y crea trabas al desarrollo económico (sobre el diseño de los procedimientos de licencia desde un enfoque económico, véase Georg von WANGENHEIM (2002)).

   La Administración, ante una hipotética responsabilidad, invertiría recursos en investigación de los riesgos antes de autorizar el desarrollo de una actividad. Esto implicaría que las empresas dejasen de invertir en I+D para desplazar recursos a la obtención de una licencia (con un procedimiento más caro, tanto en requisitos como en tiempo). Subyace la cuestión de quién debe asumir las funciones de investigación: un organismo administrativo o las empresas.

   En este sentido, la empresa que desarrolla la actividad peligrosa es quien mejor debe conocer sus riesgos y puede asumir los daños provocados por ella, cargando su valor en los precios de los productos y servicios y, en su caso, contratando un seguro.

En definitiva, el argumento casacional de compensación en los supuestos de cumplimiento de las exigencias reglamentarias no es un buen criterio si no concurren otras circunstancias. La próxima sección analiza si concurre algún factor adicional que permita afirmar sin reparos la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. La prueba de la relación de causalidad para suspender una actividad empresarial con riesgos para la salud

Por otra parte, el Tribunal Supremo fundamenta la concesión al actor de una indemnización en que la Administración, al suspender la actividad de "Aeromán, SL", no probó la relación de causalidad entre los daños sufridos por los trabajadores que padecieron el síndrome Ardystil y los productos químicos utilizados, ya que sólo se basó en un riesgo genérico de aparición de nuevos casos del síndrome entre los trabajadores.

Ante este razonamiento, se nos plantean dos interrogantes, que pueden formularse como la necesidad y la prueba del nexo causal.

3.1 Sobre la necesidad del nexo causal

En primer lugar, el cierre de la empresa por parte de la Administración, una vez focalizado el síndrome en las empresas del sector, no requiere la prueba de la relación de causalidad entre el síndrome y los agentes químicos utilizados. Tal como dispone la LGS, es necesaria la presencia o la sospecha razonable de un riesgo inminente y grave para la salud humana para que la Administración pueda adoptar sus medidas de coacción, pero no se requiere para ello la prueba de la causa de ese riesgo, pues bastará con que la decisión adoptada se fundamente suficientemente de acuerdo con los principios rectores del derecho administrativo: motivación, proporcionalidad, no arbitrariedad, etc.

Así, nos hallaríamos ante un supuesto merecedor de indemnización cuando el acto administrativo de suspensión de actividad no estuviera motivado, fuera desproporcionado o arbitrario. En tal caso, el Tribunal podría declarar el acto nulo (artículo 63 LRJAPyPAC) y conceder indemnización al actor, aunque de los hechos de la sentencia, no se infiere un acto de este cariz.

3.2 Prueba del nexo causal

El artículo 26 LGS requiere simplemente la sospecha razonable de un riesgo para la salud para que la Administración despliegue su actividad coactiva; el Tribunal Supremo, sin embargo, parece exigir a la Administración una prueba certera de la causa del síndrome Ardystil, a sabiendas de que se trata de un supuesto de daños producidos por agentes químicos en los que es muy difícil aislar la causa concreta originaria del daño. La complejidad desmesurada de la prueba del agente causal del síndrome Ardystil recuerda al pleito de derechos de daños español del siglo XX: el caso de la Colza, que duró más de 10 años para concluir en una solución de justicia material (la condena de la Administración a través de la negligencia del encargado de aduanas sin prueba cierta de la relación de causalidad) que convenció a pocos y desagradó a muchos.

La epidemiología actual cuenta con ciertos paradigmas que permiten afirmar cuáles deben ser las causas de un determinado suceso cuando existen múltiples factores a considerar.

> El modelo de Hill exige, para probar la relación causal desde un punto de vista epidemiológico, la concurrencia de algunos de los siguientes factores: fuerza, consistencia, especificidad, temporalidad, gradiente biológico, plausibilidad y coherencia, experimentación y analogía. Aplicando estos criterios al síndrome Ardystil, García García y García Benavides concluyen que su causa fue la exposición de los trabajadores a la sustancia Acramín FWN utilizada con aerográfos, puesto que aprecian la concurrencia de cinco factores: un brote de enfermedad similar apareció en una empresa de Orán (Argelia) al poco tiempo de utilizarse dicha sustancia con las mismas técnicas que en las empresas alicantinas (*consistencia de la causa*); 20 de los 22 casos de enfermedad analizados por estos autores habían desarrollado su trabajo en empresas que utilizaban la mencionada sustancia (*especificidad de la causa*); el riesgo de la enfermedad aumenta significativamente poco después de la introducción del Acramín FWN (*temporalidad de la causa*); el riesgo de la enfermedad es mayor en la empresa en la que las concentraciones de aerosol en aire son mayores y mayor en los trabajadores cuyos puestos de trabajo estaban en contacto directo con el aerosol (*gradiente biológico*), riesgos relativos más elevados para los trabajadores que utilizaban el Acramín FWN (*fuerza de la causa*).

Tanto el Tribunal Supremo como antes el Tribunal Superior de Justicia de Valencia no tienen en cuenta -por no haber sido alegados en el pleito o por obviarlos- los resultados de la comunidad científica dedicada a la epidemiología que consideraban válidos los enunciados que atribuían al comportamiento de las empresas del sector textil alicantino el carácter desencadenante del síndrome.

La sentencia indemniza a los que podrían ser declarados responsables en un pleito de responsabilidad civil extracontractual e, incluso, en un pleito penal (responsabilidad civil derivada del delito). Teniendo en cuenta los hechos acaecidos, que la causalidad no es un buen criterio para la atribución de responsabilidad en muchos casos y que es preferible acudir a criterios de imputación objetiva del daño (Pablo SALVADOR (2002)), parece muy probable que los tribunales responsabilizaran a las empresas de los daños sufridos por los trabajadores. Así, si recurrimos a los criterios de imputación objetiva, llegaremos a la conclusión de que el daño es imputable plenamente a los empresarios del sector textil de Alicante (al menos a algunos de ellos: a aquéllos que tomaron la decisión de utilizar el tinte en aerógrafos y a otros en aplicación de criterios de responsabilidad por hecho ajeno). El fundamento que podría utilizar el Tribunal para hacer soportar el daño a los empresarios es doble:

a) Responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva: el TS imputa a menudo responsabilidad a aquéllos que llevan a cabo actividades generadoras de riesgo, que les comportan un beneficio o utilidad, por los daños que ocasionan.

b) Incremento de riesgo: deben imputarse los daños consecuencia del síndrome Ardystil a los empresarios textiles ya que el modo en que utilizaron el Acramín FWN y las condiciones de trabajo de sus empleados incrementaron de forma sustancial los riesgos de un producto ya de por sí tóxico.

   Diversos factores incrementaron los riesgos de los productos utilizados: uso de las sustancias sin adecuación al modo de empleo del fabricante, falta de medidas de

protección (mascarillas), y condiciones de los locales (altas temperaturas, falta de ventilación, etc.).

4. La exigencia de responsabilidad por los trabajadores afectados por el síndrome Ardystil

Los trabajadores afectados por el síndrome Ardystil disponen de varias vías para resarcirse de los daños sufridos. De tal forma, que sus abogados les habrán advertido de las diferentes hipotésis de actuación y sus correspondientes consecuencias:

a) Demanda contra los empresarios. En la sección anterior, hemos concluido que es razonable imputar responsabilidad civil a los empresarios por los daños sufridos por sus empleados. Efectivamente, los trabajadores afectados por el síndrome, así como los familiares de los fallecidos, se han personado en el procedimiento penal seguido contra los empresarios como acusación particular para ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de delito *ex* artículo 109 Código Penal ("El País, Comunidad Valenciana", 23.9.2002).

   Las indemnizaciones solicitadas por los afectados oscilan entre los 36.000 € y los 240.000 €, y las solicitadas por los familiares, entre los 36.000 € y los 120.000 €. Una de las afectadas, Susana Javaloyes, que fue sometida a un transplante bipulmonar a los 21 años, solicita además una pensión mensual de 2.400 €. Asimismo, otra afectada sostiene que la inhalación de gases durante la jornada laboral fue la causa de que su hija naciera con la espina bífida.

   Si finalmente los empresarios son condenados a responder civilmente, se daría la paradoja de que han recibido una indemnización por paralizar una actividad dañosa de la cual deben responder.

b) Demanda contra el Estado. La acusación particular planteada por los afectados del síndrome Ardystil también ha imputado al inspector de trabajo A.O. Sostiene que cometió una imprudencia al no haber detectado los problemas de insalubridad de la empresa Ardystil durante su visita en septiembre de 1990 ("La Verdad", 2.8.2002).

   La estrategia de los (abogados de los) demandantes persigue la condena del Estado como responsable subsidiario de los daños para asegurar el cobro de la indemnización (artículo 121 CP). Al igual que en el caso de la Colza, los actores pretenden asegurar su crédito mediante la querella, ahora, contra un inspector de trabajo.

   Algunos de los afectados han recibido ayudas del Estado derivadas de la declaración del síndrome Ardystil como enfermedad profesional. ¿Si se hace responder al Estado subsidiariamente de las indemnizaciones, cómo se van a

compatibilizar las dos fuentes? ¿Podrá el Estado descontar de las indemnizaciones las pensiones satisfechas por la Seguridad Social? Creemos que sí, al igual que sucede en los accidentes laborales, en que concurren una indemnización por responsabilidad extracontractual y una pensión pública. Nos remitimos en este punto a Fernando GÓMEZ (2002).

Los paralelismos entre el caso Ardystil y el de la Colza son numerosos. Los dos supuestos adolecen de los mismos problemas: prueba de la relación de causalidad, carácter masivo de los daños y búsqueda de un responsable solvente.

Aún no existe sentencia penal en primera instancia al haber estado el pleito en fase de instrucción durante casi diez años en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcoi ("El País, 2 de julio de 2002"). Debemos preguntarnos por qué duran tantos años este tipo de procedimientos por daños de agentes químicos para finalizar con soluciones basadas en justicia material. ¿No sería mejor una atención eficaz de las víctimas mediante un sistema estatal de ayudas y permitir después a la Administración repetir contra los causantes?

Aunque éste no es el trabajo adecuado para contestar a la pregunta, creemos que un sistema asistencial que previera la reparación íntegra por parte del Estado y que bloqueara ulteriores acciones de las víctimas contra los causantes sería la mejor solución alternativa. De esta forma, se evitarían los problemas derivados de iniciar una acción de clase y se reducirían los costes de litigación: el pleito se concentraría en el análisis de la responsabilidad y de la reintegración de las ayudas pagadas a cargo de las arcas del Estado. La solución propuesta convierte al Estado en asegurador universal de actividades generadoras de riesgos no regulados que puedan sufrir terceras personas (por ejemplo, trabajadores y consumidores), pero al poder repetir contra los causantes no desincentiva la adopción de las correctas medidas de precaución.

5. Conclusiones

La STS, 3ª, 29.11.2001 condena a la Generalitat Valenciana a indemnizar el lucro cesante derivado del cierre de una empresa textil operado *ex* artículo 26 LGS con el fin de prevenir la aparición de graves enfermedades pulmonares a sus empleados y a otros trabajadores del sector.

Para ello, no nos parece que la Sala haya realizado la mejor interpretación posible del artículo 26 LGS para proceder a compensar a la empresa "Aeromán, SL". Además, ha obviado técnicas jurídicas que utiliza habitualmente para excluir (y, en su caso, limitar) la responsabilidad patrimonial de la Administración: participación de la víctima en la producción del daño (negligencia comparativa), legitimidad de la actuación coactiva de la Administración como garante de la salud de la población (noción de "deber jurídico de soportar").

Aunque no creamos que éste sea el caso, el TS habría podido fundamentar la indemnización en el carácter anulable del acto administrativo de clausura por su hipotética insuficiencia de motivación; o incluso, dado el carácter indefinido del cierre de la empresa, redefinir el caso como un supuesto expropiatorio.

Al fallo también se le suman consideraciones de política jurídica. Convertir a la Administración en aseguradora de la buena ventura de una actividad económica que autorizó tiene efectos indeseables desde un punto de vista *ex ante*: aumenta los costes de los procedimientos de licencia y desincentiva las inversiones en investigación de los riesgos que pudieran realizar las empresas. Incluso, puede tener efectos perniciosos sobre las decisiones que adoptarán los empresarios cuando el riesgo se concrete. El problema de la sentencia radica en que parece enviar el siguiente mensaje por parte de la Administración: "Si te suspendo realizar una actividad que antes te había autorizado, te corresponderá una indemnización". Esto, que puede no tener problemas en el ámbito de las licencias de construcción, resulta grave en sectores de actividades peligrosas. En efecto, el empresario puede tener incentivos para continuar la actividad hasta que la Administración la suspenda o prohíba aun conociendo los riesgos para los trabajadores. Si el ordenamiento no contrarresta estos incentivos (por ejemplo, mediante la tipificación penal o el derecho sancionador), los empresarios preferirán continuar una actividad de alto riesgo que suspender la actividad por propia decisión y cargar con los costes derivados (ya que seguramente, si cerrara no recibiría una posterior indemnización).

> Es razonable suponer que en un sector más o menos pequeño de empresas, cuando algo falla en una de ellas es conocido rápidamente por el resto de competidores o empresas del sector. En definitiva, las empresas del sector conocen la información antes que otros sujetos (en concreto, la Administración). Por ejemplo, los empresarios de Orán conocieron seguramente el brote epidémico de Alcoi antes de que lo hicieran las autoridades argelinas. La sentencia origina que haya intervalos de tiempo en que los empresarios no tengan incentivos suficientes para adoptar medidas de evitación o mitigación de los daños a sus trabajadores.
>
> Éste no es el primer caso ni será el último en el que los empresarios no disponen de los incentivos adecuados para prevenir posibles daños. A título de ejemplo nos referimos a los daños producidos por la exposición al amianto.
>
> A pesar de que se confirmó la toxicidad del amianto en los años 60 del siglo pasado, aún siguen llegando casos a los tribunales de trabajadores que contrajeron asbestosis cuando ya se conocían los riesgos del producto para la salud (véanse, entre otras, Arrêté nº 835, nº 837, nº 842 y nº 845 du 28 février 2002 de la Cour de cassation-chambre sociale y la noticia aparecida en "El País, 15.9.2002": reclamación por la muerte de obreros expuestos al amianto en el Puerto de Barcelona).

Como hemos dicho, es necesario que el ordenamiento contrarreste de forma eficaz estos incentivos mediante la acción penal o una correcta aplicación del derecho de daños. Los costes de litigación y los problemas asociados a las acciones de clase nos sugieren aplicar soluciones alternativas al concepto habitual de derecho de daños. Hemos considerado que la mejor solución sería el establecimiento de sistemas asistenciales por parte del Estado y permitir después a la Administración repetir contra los causantes de los daños. Con ella, se

compensa rápida y efectivamente a las víctimas, se reducen los costes de litigación y no se desvirtúan los incentivos de las partes a adoptar medidas de precaución.

La solución, que convierte al Estado en asegurador universal de las actividades generadoras de riesgos no regulados que puedan causar daños a terceras personas, no implica, en ningún caso, que la Administración asegure a los empresarios el lucro cesante derivado de su posible actuación negligente o dolosa (afirmación que para deducirse de la sentencia analizada).

6. Bibliografía

Josep Maria ANTÓ, C. MOYÁ C y A.J.N. TAYLOR (1994), "Outbreak of organising pneumonia in textile printing sprayers", *The Lancet* 344, 498-502.

F.L. CLOTTENS, E.K. VERBEKEN y B. NEMERY (1997), "Pulmonary toxicity of components of textil paint linked to the Ardystil syndrome: Intratracheal administration in hamsters", 54 *Occupational Enviroment Health*, 376-387.

Ana M. GARCÍA GARCÍA y Fernando GARCÍA BENAVIDES (1995), "Causalidad en salud laboral: el caso Ardystil", 51 *Gaceta Sanitaria* 9, 371-379, Noviembre-Diciembre.

Fernando GÓMEZ (2002), "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics.*

A.B. HILL (1965), "The Environment and Disease: Association or Causation?", *Proc. R. Soc. Med.* 58, 295-3000.

Peter H. M. HOET, Lennard GILISSEN y Benoit NEMERY (2001), "Polyanions Protect against the *in Vitro* Pulmonary Toxicity of Polycationic Paint Components Associated with the Ardystil Syndrome", 175 *Toxicity and Applied Pharmacology* 184-190.

A.M. OEHRENS, F.L. CLOTTENS, P.H.M. HOET, M. DEMEDTS y B. NEMERY (1995), "Pulmonary toxicity of textile paint components linked to organising pneumonia", European Respiratory Society Annual Congress, 17 de septiembre de 1995.

Pablo SALVADOR y Josep SOLÉ (1999), *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Barcelona.

Pablo SALVADOR (2002), "Causalidad y responsabilidad", 2ª ed., InDret 3/2002.

A. SOLÉ y P. CORDERO (1995), "Síndrome Ardystil", *Medicina Clínica (Barcelona)*105, 295-297.

Cass R. SUNSTEIN (2002), "Beyond the Precautionary Principle", John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 149.

Georg VON WANGENHEIM (2002), "Application Costs and the Design of Licensing Procedure", InDret 1/2002.