

THOMSON

CIVITAS

Revista española de Derecho Administrativo

GABRIEL DOMENECH PASCUAL

La responsabilidad patrimonial de la Administración
derivada de la adopción de medidas cautelares.

125

**ENERO
MARZO
2005**



Gabriel Doménech Pascual

La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR ADMINISTRATIVA
- III. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS—1. *La relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos*—2. *La antijuridicidad del daño*—3. *La finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial*
- IV. RESPONSABILIDAD POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ILEGALES—1. *La regla general: responsabilidad de la Administración*—2. *La suerte de los campeones. El problema de las medidas cautelares ilegales cuyo contenido anticipa el de una decisión ajustada a Derecho*
- V. RESPONSABILIDAD POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES AJUSTADAS A DERECHO—1. *Medidas adoptadas contra riesgos generados por el sujeto perjudicado*—2. *Medidas adoptadas contra riesgos creados por un sujeto distinto del perjudicado*—3. *Medidas adoptadas contra peligros que a posteriori se revelan aparentes o inciertos*—4. *Medidas adoptadas en procedimientos sancionadores que no se resuelven con una sanción válida*—A) *Medidas adoptadas en procedimientos disciplinarios*—B) *Medidas adoptadas en procedimientos sancionadores dirigidos contra personas no integradas en la organización administrativa*—5. *Medidas adoptadas para asegurar la eficacia de una resolución no sancionadora que luego se anula o no se acaba dictando*
- VI. REFLEXIÓN FINAL

erta depende

no bilita

no bilita

no bilita

no bilita

* Trabajo realizado en el marco del Programa DGI-SEPCYT BJU2002-0068 («El Derecho de la sociedad de riesgo: precaución, responsabilidad y autorregulación»), dirigido por el prof. Dr. D. José ESTEVE PARDO.

I. INTRODUCCIÓN

Varias circunstancias dificultan, al tiempo que hacen especialmente atractiva, la tarea de precisar en qué supuestos han de responder las Administraciones públicas por los daños que ocasionen al adoptar medidas cautelares: el hecho de que la jurisprudencia no se haya pronunciado uniformemente al respecto; el tono vacilante de las escasas opiniones doctrinales vertidas sobre el tema; la equivocidad de la expresión «medida cautelar». Pero quizás el dato más determinante sea el actual estado de crisis que atraviesa el sistema español de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Nos las habemos con una figura cuyo fundamento mismo ha sido objeto de una profunda reconsideración por parte de un importante sector doctrinal. Una responsabilidad de la que casi todos los autores predicaban como una de sus características más elogiadas un carácter objetivo que ahora muchos cuestionan en el plano de *lege ferenda* o incluso de *lege data*. Un sistema constituido por un magro conjunto de reglas excesivamente parcas, que ofrecen respuestas monolíticas, que no tienen en cuenta la complejidad y diversidad de los problemas reales planteados ni la necesidad de darles soluciones matizadas, acordes con las circunstancias del caso. Una regulación demasiado vaga, que otorga amplísimos márgenes de apreciación a los Tribunales, que éstos no han sabido colmar con criterios jurisprudenciales estables, claros y determinantes, en detrimento de la seguridad jurídica¹. Resulta muy significativo que el principal artífice doctrinal de la regulación haya reconocido abiertamente la conveniencia de reformarla².

II. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR ADMINISTRATIVA

La expresión «medidas cautelares» tiene en el Derecho procesal un significado bien preciso. Con ella se designan los actos jurisdiccionales cuya finalidad es asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin a un proceso

¹ Vid., por todos, MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, *in toto*. Sobre la insuficiente densidad de la legislación reguladora de la materia, vid., también, BLANQUER, «La soberanía del arbitrio judicial en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pgs. 15-55.

² Vid. el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de MIR PUIGPELAT citada en la nota anterior. Acerca del tema, vid. también el reciente estudio de REBOLLO PUIG, «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. SAINZ MORENO, INAP, Madrid, 2004, pgs. 215 y ss.

declarativo o ejecutivo³. Definición que ha venido a recoger la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que «todo actor... podrá solicitar del tribunal... la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare» (art. 721.1).

La Administración también adopta medidas que cumplen una función equivalente, aunque la terminología utilizada para designarlas no es uniforme: normalmente se las denomina provisionales; a veces, cautelares. Esta última expresión, sin embargo, también se emplea de manera un tanto equívoca para hacer referencia a determinados actos cuya finalidad no es la de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo. El propio Tribunal Constitucional ha ensayado una «clasificación de las medidas cautelares [administrativas] en internas, adoptadas en un procedimiento para asegurar la efectividad de la resolución final definitiva, y las externas, que pretenden algo distinto de lo dicho». En esta última categoría quedaría incluida la suspensión de los funcionarios sujetos a un procedimiento disciplinario, pues «la conservación del funcionario en su puesto, una vez que existen indicios racionales de una cierta conducta con una primera apariencia delictiva, puede entrañar un peligro o riesgo para la función o su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido»⁴, pero de ninguna manera pone en peligro la eficacia de la resolución del procedimiento.

Algunas notas aproximan estas medidas cautelares en sentido amplio a las que lo son en un sentido estricto. La más importante es que en ambos casos se trata de actos dictados para proteger un interés legítimo contra un riesgo, contra un posible daño. En palabras de REBOLLO PUIG, «tienen de “cautelares” el que se adoptan como reacción ante ciertos riesgos o perturbaciones y suponen, por su contenido y fin, “cautelares” para evitar lesiones al interés público protegido o para impedir la continuación de sus efectos antijurídicos»⁵. La diferencia es que las primeras pretenden enervar el peligro de que la futura resolución de un procedimiento devenga ineficaz por algún hecho sobrevenido durante su tramitación (*periculum in mora*), mientras que el riesgo contra el que se dirigen las segundas es cualquier otro que se cierna sobre un interés público.

La segunda nota común es una cierta dependencia respecto de la resolución que pone fin a un procedimiento, por cuanto ésta hace desaparecer, en principio definitivamente, la situación de riesgo que justificaba las medidas.

³ Vid., por todos, BARONA VILAR, «Las medidas cautelares: Introducción», en *Las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial (XVII)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pgs. 13 y ss.

⁴ STC 104/1995, de 3 de julio (F. 2).

⁵ REBOLLO PUIG, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, coord. L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pgs. 687 y 688.

Por esta razón, las mismas siguen la suerte del procedimiento «principal»⁶. Si un procedimiento disciplinario termina con un acto por el que se declara la inocencia del funcionario, es claro que se habrán esfumado los peligros que se trataba de combatir con la suspensión de sus funciones.

La expresión medidas cautelares se utiliza, además, en un tercer sentido, todavía más amplio. La Ley del Medicamento, por ejemplo, establece que «en el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud», las autoridades sanitarias podrán adoptar «medidas cautelares» tales como la «puesta en cuarentena, la retirada del mercado y la prohibición de utilización de especialidades farmacéuticas, los medicamentos prefabricados, fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como la suspensión de actividades, publicidad y la clausura provisional de establecimientos, centros o servicios»⁷. Estas medidas cautelares en sentido muy amplio tienen en común con las anteriores que se dictan igualmente para proteger un interés público frente a un riesgo. Y se distinguen porque su vigencia no depende de la resolución que se adopte en otro procedimiento que tenga, por ello, la consideración de principal.

Aquí se va a estudiar la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de cualesquiera medidas cautelares, ya se las entienda en sentido estricto, amplio o muy amplio. Los criterios con arreglo a los cuales se determina dicha responsabilidad son parecidos en los tres casos, pero no del todo coincidentes.

III. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. La relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos

La doctrina canónica es que la «existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir dicho daño»⁸. Pero, como advierte Salvador CODERCH⁹, la causalidad es un mal criterio de imputación de daños. En primer lugar, porque normalmente resulta demasiado amplio, puesto que cualquier suceso dañoso tiene múltiples causas, es decir, múltiples eventos sin cuya concurrencia, y permaneciendo todo lo demás igual, no se hubiese produ-

⁶ Según PONS CÁNOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pg. 47, se trata de «medidas instrumentales de un procedimiento... principal, de modo que se adoptan en virtud de su incoación y siguen la suerte del mismo».

⁷ Art. 106.1.a) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, t. II, pgs. 403 y 404.

⁹ SALVADOR CODERCH, «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, 3/2002 (www.indret.com).

cido aquél. Y es de puro sentido común que no puede hacerse responder de un daño a cualquier persona cuya conducta constituye una causa de la producción del mismo. Por ello se han propuesto otros criterios dirigidos a restringir los desmedidos resultados a los que lleva el criterio de la causalidad, de tal modo que se obligue a reparar el daño sólo a alguna o algunas de las personas que lo han causado -v. gr., teoría de la causalidad adecuada-

En segundo lugar, la existencia de una relación de causalidad tampoco es una condición necesaria para que nazca la obligación de responder. «No sólo se responde por haber causado un daño... asociar responsabilidad civil a responsabilidad por causación de daños es un error generalizado que no resiste el análisis»¹⁰. El contraejemplo más evidente de la tesis canónica es la responsabilidad por omisión. La causa real de un acontecimiento nunca puede ser un hecho que no ha ocurrido. Constituye un absurdo afirmar que un daño ha sido causado (fácticamente) por omisión. Como mucho cabría hablar de una suerte de causa hipotética, imaginaria, irreal -si se hubiese actuado de una determinada manera probablemente no se hubiese producido el resultado dañoso-, pero nunca de una causa entendida en el sentido que se le da en las ciencias naturales.

Obsérvese, por último, que el criterio de la causalidad resulta inservible para imputar daños a un sujeto que no existe en el mundo de los hechos, sino sólo en el del Derecho, como es el caso de las personas jurídicas en general y de las Administraciones públicas en particular.

Todo ello nos debería hacer sospechar que la relación de causa a efecto entre una acción y un suceso dañoso, por sí misma, no juega un papel determinante en la imputación de la responsabilidad al sujeto agente. Así ocurre, nos parece, en dos sobresalientes teorías que recientemente se han propuesto a los efectos de imputar daños a la Administración, las de MIR PUIGPELAT y BELADIEZ ROJO, por más que estos autores digan que la «existencia de una relación de causalidad, es... un requisito necesario... para que un daño pueda ser imputado al sujeto que lo ha causado»¹¹. Ambos autores proponen adoptar, *mutatis mutandi*, la llamada teoría de la imputación objetiva, ampliamente aceptada entre los civilistas y los penalistas alemanes, así como entre los penalistas españoles. Lo decisivo ya no es haber causado un daño, sino haber creado cierto riesgo de que éste se produjera.

Según BELADIEZ ROJO, la Administración debe reparar un daño cuando éste es la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por aquélla. Para que un riesgo merezca dicha consideración deben concurrir varios requisitos: primero, que se trate de un «riesgo general», no de uno que

¹⁰ SALVADOR CODERCH, «Causalidad...», pgs. 1 y 3.

¹¹ BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pg. 96. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Civitas, Madrid, 2000, pg. 229, núm. 333 y pgs. 241 y ss., comparte esta tesis, pero advierte que la misma «encuentra una importante excepción en la omisión».

«sólo pueden padecer excepcionalmente determinadas personas o bienes»; segundo, que se trate de un «riesgo inherente al servicio», es decir, cuya realización determina necesariamente la causación del daño; tercero, que no se trate de un «riesgo socialmente admitido, es decir, un riesgo «cuya realización es necesaria para conseguir un fin lícito» y que no conlleva un sacrificio espacial para el ciudadano ni es consecuencia de una actividad antijurídica de la Administración. La autora considera que, en tales circunstancias, el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar el daño¹².

MIR PUIGPELAT estima que hay que distinguir entre la imputación de primer nivel y la de segundo nivel. Allí se trata de imputar una conducta a un sujeto. Se trata con ello de solucionar el problema planteado por la inexistencia de las personas jurídicas –y, por lo tanto, de la Administración– en el mundo de los hechos. Una conducta es imputable a la Administración cuando es realizada por un individuo integrado en su organización y en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, o cuando se lleva a cabo bajo el poder de dirección de la Administración. La imputación de segundo nivel se refiere a la atribución de un daño a la conducta administrativa. Aquí el autor coincide sustancialmente con el punto de partida de BELADIEZ ROJO: «la Administración sólo deberá responder cuando, existiendo relación de causalidad entre su funcionamiento y el resultado, haya creado un riesgo jurídicamente relevante que además se realice en dicho resultado lesivo». Sin embargo, difiere en cuanto a los criterios que determinan cuándo un riesgo es jurídicamente relevante. Para ello, según el autor, es necesario que el «funcionamiento del servicio merezca una valoración negativa», lo que ocurrirá bien cuando el servicio haya funcionado anormalmente, vulnerando las normas que lo disciplinan, bien cuando lo haya hecho de manera normal, aunque «fallida», creando además un riesgo no consentido que parezca *ex ante* adecuado para producir un resultado lesivo¹³.

No es éste el momento de analizar con detenimiento estas dos tesis, sus indiscutibles méritos, la plausibilidad de los resultados a que conducen, así como todas las críticas que cabe hacerles. Pero sí conviene que apuntemos una importante objeción que se les puede dirigir: los autores no explican el fundamento jurídico de los criterios que utilizan. ¿Por qué el riesgo jurídicamente relevante ha de ser general? ¿Por qué ha de tratarse de un riesgo no consentido ni socialmente permitido? ¿Por qué el riesgo generador de la responsabilidad ha de ser *ex ante* adecuado para producir un resultado lesivo? ¿Por qué ese riesgo ha de haber nacido de un funcionamiento anormal o cuando menos «fallido» del servicio? Los autores no aclaran suficientemente cómo se deducen esos requisitos de nuestro ordenamiento jurídico. ¿Por qué utilizar esos criterios y no otros?

¹² BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad ...*, pgs. 96 y ss.

¹³ MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, pgs. 224 y ss.

2. La antijuridicidad del daño

El daño indemnizable ha de constituir una lesión, un daño antijurídico. En palabras del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

Éste, nos parece, es el precepto clave de la legislación vigente en la materia. Clave, en primer término, porque permite limitar los absurdos resultados a los que conduciría hacer responder a la Administración de absolutamente todos los daños a cuya causación haya contribuido el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al margen de los supuestos de fuerza mayor¹⁴.

Y, aunque suene paradójico, se trata de un precepto clave por su indeterminación, por su vaguedad, en la medida en que abre a los Tribunales anchísimos márgenes de apreciación para precisar qué daños deben ser soportados jurídicamente por los particulares y, por consiguiente, no son indemnizables. Sobre todo cuando se interpreta —como parece lo más razonable— que el deber de soportar cada concreto perjuicio no necesita haber sido expresamente establecido en una norma legal, sino que puede deducirse de lo dispuesto de manera implícita por el ordenamiento jurídico¹⁵.

Así, pese a la afirmación corriente de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas es objetiva¹⁶, el artículo 141.1 citado admite una interpretación según la cual existe, en determinados supuestos, un deber de soportar los daños causados por los agentes de la Administración siempre que éstos se hubiesen empleado con la diligencia debida. Es decir, este precepto puede ser interpretado en el sentido de que, al menos en algunos ámbitos, dicha responsabilidad requiere una actuación administrativa negligente. Ésta es la interpretación que ha sostenido *de facto* la jurisprudencia dominante, por más que habitualmente proclame de manera retórica lo contrario. Un examen atento de la praxis judicial revela que si

¹⁴ Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. II, pg. 378, «el concepto de lesión se convierte... en el auténtico centro de gravedad del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde el punto de vista técnico-jurídico para evitar el riesgo... de que el sistema legal pueda ser interpretado y aplicado como lo ha sido en ocasiones últimamente... como una fórmula inespecífica que pudiese amparar cualquier pretensión indemnizatoria por absurda que fuese».

¹⁵ En este sentido, BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, pgs. 93 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. II, pgs. 379 y 380.

¹⁶ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. II, pgs. 375 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pgs. 388 y ss. Así lo entienden incluso autores como MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pgs. 37 y ss., que se muestran muy críticos con dicho [supuesto] carácter objetivo. Otros, como BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, pgs. 29 y ss., llegan a sostener que ese carácter objetivo ha sido consagrado por el art. 106.2 CE. En contra de esta última tesis resultan muy convincentes los argumentos de MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pgs. 215 y ss.

en muchos casos se reconoce el derecho a la indemnización es porque el funcionamiento del servicio no ha sido correcto, y cuando se demuestra lo contrario, no hay lugar a ella¹⁷.

3. La finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial

La finalidad de las normas jurídicas siempre ha de tenerse muy en cuenta a la hora de interpretarlas (art. 3.1 CC), sobre todo si, como aquí ocurre, adolecen de una gran indeterminación, dejando al intérprete grandes espacios para maniobrar.

Según una opinión muy extendida, la función de las normas que reglamentan la responsabilidad civil es compensatoria o resarcitoria: tratan de compensar del daño a la víctima, resarcirle de sus consecuencias¹⁸. Pero esta tesis no acaba de convencer, en primer lugar, porque la aplicación de tales normas no siempre conlleva la indemnización de la víctima. Éstas dicen que en determinados supuestos hay que reparar, pero también establecen que en otros no resulta obligado. Y, la verdad, es un sinsentido mantener que en estos últimos casos dichas normas no cumplen su función¹⁹. En segundo término, conviene no perder de vista que al indemnizar a la víctima de un daño surge un nuevo daño y una nueva víctima. «Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes»²⁰. En consecuencia, para ser más exactos, habría que decir que la función de aquellas normas no es

¹⁷ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2002, t. II, pg. 317. En este sentido, vid. también CUETO PÉREZ, «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», *RAP*, 152, 2000, pg. 275; DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Elcano, 2000, pgs. 162 y ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in omittendo"», *Poder Judicial*, 2, 1986, pg. 123; LEGUINA VILLA, «La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *RAP*, 92, 1980, pgs. 33 y 34; REBOLLO PUIG, «Sobre la reforma...», pgs. 224 y 225. En el campo de la asistencia sanitaria, por poner un ejemplo significativo, nuestros Tribunales suelen declarar que el particular tiene el deber jurídico de soportar los daños ocasionados sólo si la correspondiente intervención fue realizada conforme a la *lex artis* y el paciente prestó antes su consentimiento después de haber sido informado adecuadamente de los riesgos que aquella implicaba, es decir, sólo si el servicio público sanitario funcionó de modo correcto. Vid., al respecto, CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pgs. 353 y ss.; GUERRERO ZAPLANA, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pgs. 120 y ss.

¹⁸ Vid., por todos, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 60.

¹⁹ Vid. KÖTZ, *Deliktsrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1996, m. 37 y ss.

²⁰ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pg. 42.

tanto la de reparar daños como la de imponer el coste de los mismos a determinadas personas. El problema es cuándo y por qué debe producirse, o no, la traslación de los costes. Esta teoría no ofrece respuestas.

Se ha dicho que la responsabilidad patrimonial cumple también una función de demarcación entre los ámbitos de actuación libre y aquellos donde a la conducta, libre o no, se vincula la obligación de indemnizar los daños eventualmente producidos²¹. Pero algo similar puede predicarse de prácticamente todas las normas jurídicas. Todas ellas permiten a sus destinatarios calcular las consecuencias de sus comportamientos.

SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU han defendido con singular brillantez que la responsabilidad patrimonial cumple, sobre todo, una función preventiva: «se trata, con ella, de evitar o, mejor dicho, de minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos»²².

A nuestro juicio, convendría distinguir entre la función –o eficacia– y la finalidad de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial. Éstas cumplen tres *funciones* o, dicho de otra manera, producen tres efectos estrechamente relacionados: determinan quién y en qué medida ha de soportar el coste de los accidentes; permiten a los sujetos calcular las consecuencias patrimoniales de sus conductas; y, en tercer lugar, influyen en el sentido de las mismas, ya que los agentes racionales tratan de maximizar la utilidad esperada de sus actuaciones, evitando aquéllas por las que deban responder, a menos que el beneficio obtenido por realizarlas supere al coste esperado de las eventuales indemnizaciones. ¿Y cuál debería ser su *finalidad*? Pues, en nuestra opinión, la misma que la de cualquier norma jurídica: contribuir a maximizar el beneficio social. ¿Y cómo pueden lograr este objetivo? Pues aprovechando su potente efecto disuasorio o preventivo. La amenaza de la responsabilidad ha de administrarse adecuadamente para mover a los agentes a realizar aquellos comportamientos más valiosos para el interés público. «La finalidad de la regulación de la responsabilidad extracontractual por daños debe ser y de hecho es la creación de reglas que incentiven conductas en las que se maximice la utilidad de la actividad generadora del daño y se minimicen los costes que pueden derivarse del riesgo de que se produzcan accidentes»²³.

Habría que prever los efectos –costes y beneficios– que se deriven de imputar el daño a una u otra persona, y escoger aquella solución que probablemente mueva a todos los sujetos implicados a comportarse de la manera más provechosa para el interés público. Ello explica que el coste de un accidente deba

²¹ Vid. Salvador CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar: La libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, 1997, pgs. 103 y ss.

²² SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir...*, pg. 110, tesis que desarrollan en pgs. 113 y ss. En ese sentido, vid., también, GÓMEZ/PASTOR, «El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, 43-2, 1990, pgs. 499 y ss. y 535.

²³ DESDENTADO DAROCA, «Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho», *REDA*, 108, 2000, pgs. 546 y 547.

ser soportado, por regla general, por quienes pudieron haberlo evitado a un menor coste²⁴. Ello explica que dicho coste deba ser asumido, por regla general, por la persona o las personas que, por acción u omisión, hayan creado un riesgo intolerable de que ocurriera, entendiéndose por tal aquel riesgo que podían haber evitado o reducido adoptando medidas preventivas cuya utilidad marginal esperada superaba a su coste marginal. Esas personas tendrán entonces un importante incentivo para actuar de un modo socialmente óptimo.

IV. RESPONSABILIDAD POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ILEGALES

1. La regla general: responsabilidad de la Administración

Las medidas cautelares, adoptadas para luchar contra determinados peligros, crean a su vez nuevos peligros. Cuando la Administración clausura una instalación porque sospecha que las inmisiones que produce están deteriorando gravemente la salud de los vecinos, genera al mismo tiempo el riesgo de causar enormes pérdidas al correspondiente empresario como consecuencia de haberle prohibido una actividad cuyo carácter inocuo puede quedar luego demostrado. Cuando la Administración suspende la ejecución del cierre de una empresa para evitar los perjuicios irreparables que se le ocasionarían al empresario y a sus trabajadores si más tarde se acreditase la ilegalidad de aquél, se corre el riesgo de que la salud de los vecinos resulte seria e irreversiblemente dañada si con el tiempo se confirman las sospechas que motivaron el cierre.

Lo obligado en estas situaciones es tomar una decisión que no suponga sacrificios ni riesgos inútiles, innecesarios o excesivos —en suma, desproporcionados— para ninguno de los intereses legítimos implicados. Es decir, habrá que escoger la alternativa de la que se espera mayor utilidad o, dicho con otras palabras, minimizar el conjunto de los riesgos que la decisión conlleva. Éste es el significado que hay que dar a la unánime doctrina según la cual estas medidas cautelares deben respetar el principio de proporcionalidad²⁵. No otro es el objetivo al que tienden —o deberían tender— las normas reguladoras de las medidas cautelares²⁶.

²⁴ Vid. SALVADOR CODERCH, «Causalidad...», pg. 14.

²⁵ Vid., entre otros, CORCUERA TORRES, *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*, CEF-Marcial Pons, Madrid, 1998; MARTÍ DEL MORAL, «Medidas cautelares de carácter no sancionador en materia de medio ambiente (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de septiembre de 1999)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42, 2001, pgs. 189 y 190; MESEGUER YÉBRA, «Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativo», *La Ley*, 1999, t. 3, pg. 2014; PONS CÁNOVAS, *Las medidas...*, pgs. 171 y ss.; REBOLLO PUIG, «Medidas...», pgs. 669 y ss.

²⁶ El RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, por ejemplo, dispone que «los órganos administrativos competentes... adoptarán las medidas... necesarias para garantizar la salud o seguridad de los consumidores» (art. 8.1), «con-

También las reglas «formales» que deben observarse cuando se dicta una medida cautelar vienen informadas por el mismo criterio de proporcionalidad. El procedimiento administrativo busca garantizar la legalidad y el acierto de la resolución, esto es, maximizar su utilidad esperada, minimizar el riesgo de una decisión equivocada. Supuesto que el legislador actúa racionalmente, hay que pensar que los trámites preceptivos del procedimiento de elaboración de una medida cautelar son *útiles, necesarios y no excesivos* para reducir el riesgo de una equivocación. Lo que, desde otro punto de vista, significa que su omisión genera, en principio, un riesgo de equivocarse intolerable, por cuanto podía ser evitado tomando una precaución –realizar el trámite– de la cual se esperan más ventajas que desventajas.

En fin, la infracción de las normas jurídicas que regulan las medidas cautelares incrementa injustificablemente el riesgo de daños, por lo que, de acuerdo con el criterio antes expuesto, es razonable que la Administración infractora responda por los mismos si finalmente se producen, pues de esta manera se incentiva la realización de la que en este caso era la conducta que llevaba a un resultado socialmente óptimo: la prescrita por la norma incumplida. Esta conclusión viene corroborada por una abundante jurisprudencia²⁷. Sirvan algunos ejemplos.

En un caso en el que un Ayuntamiento había cerrado una carnicería debido a la supuesta tuberculosis pulmonar de una de las vendedoras, la STS de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 5587) aprecia «cierta anormalidad en la adopción de una medida tan importante como un cierre cautelar sin haber agotado previamente los cauces informativos que hubieran podido motivar una resolución más ajustada a derecho, pues hubiera bastado dar audiencia a los interesados, recabar el informe del veterinario y comprobar el fundamento del diagnóstico de la doctora B., que fue lo que motivó toda la actuación administrativa, para no haber adoptado aquella medida de cierre». En efecto, la Administración municipal había estimado «con cierta ligereza que el informe de un doctor, basado exclusivamente en el llamado «test BAAR», era suficiente como para afirmar que existía la mencionada enfermedad cuando posteriormente se ha acreditado en autos que no siempre es definitivo dicho test». Y el propio veterinario del Ayuntamiento reconoció que

gruentes con los motivos que las originen, *proporcionadas* con los riesgos que afronten y, de entre las que reúnan esos requisitos, *las menos restrictivas* de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados» (art. 8.2).

²⁷ Además de las resoluciones citadas en el texto, vid. la STS de 31 octubre 2001 (RJ 2001, 9911), la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1993 (RJCA 1993, 9), la STSJ de Andalucía de 16 julio de 1997 (RJCA 1997, 1602), las SSTSJ de Madrid de 19 septiembre de 1995 (RJCA 1995, 958) y 17 de octubre de 1998 (RJCA 1998, 3690), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1524), la SSTSJ de Castilla y León de 25 de febrero de 2000 (RJCA 2000, 252), 13 de marzo de 2003 (JUR 2003, 187709) y 15 de abril de 2003 (JUR 2003, 238973), así como la SAN 16 de febrero de 2000 (JUR 2000, 115478).

dicha enfermedad «no era suficiente como para justificar la exclusión de dicha señora de la venta de productos cárnicos».

La STSJ de Galicia de 12 noviembre de 2001 (RJCA 2002, 222) juzga un caso en que, tras haberse analizado unas muestras de chorizo gallego y detectado una salmonella, se habían suspendido cautelarmente las actividades de la actora. Después de dos análisis posteriores que dieron resultado negativo y el sobreseimiento del procedimiento sancionador incoado en su día, la recurrente exigió responsabilidad por los daños que la medida cautelar le había causado. El Tribunal los declaró antijurídicos, por razón de la excesiva tardanza en levantar la medida cautelar. «Esa dilación temporal, a todas luces excesiva teniendo en cuenta el sacrificio que suponía de derechos e intereses del particular, sacrificio sólo legítimo y de obligado padecimiento en el marco de una actuación racional y diligente por la Administración, quiebra esa confianza legítima... que vendría a formularse como la disposición, voluntaria y libremente asumida al integrarse el particular en el ámbito de ese ordenamiento sectorial, a soportar todas las medidas necesarias para garantizar los bienes públicos sectorialmente afectados, pero sólo las necesarias y con la intensidad material y temporal estrictamente imprescindible... La falta de diligencia de la Administración en adoptar cualquier medida, incluida el levantamiento de la suspensión cautelar de la actividad al resultar negativo el análisis contradictorio siendo ese resultado negativo confirmado por el análisis contradictorio, ha de encuadrarse en la quiebra del buen hacer administrativo al que ya se ha hecho referencia en varias ocasiones, quiebra que alcanza también a la falta de celeridad en la práctica del análisis dirimente»²⁸. Nótese que aquí nos encontramos ante una medida cautelar quizás originariamente ajustada a Derecho que con el transcurso del tiempo se revela desproporcionada y, por lo tanto, inválida.

La STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 1999 (RJCA 1999, 3583) condena a la Administración a reparar los daños causados por el cierre cautelar de un restaurante que supuestamente generaba ruidos excesivos. El cierre se declara ilegal por incorrecciones en la medición de los ruidos y por desproporcionado, ya que la finalidad perseguida se hubiese logrado simplemente «con el precinto del aparato de música o con la orden de inmediata colocación de un limitador... amén de que... se acordó sin sujeción a plazo, de forma indefinida, haciendo más gravosa la medida cautelar que la propia sanción» que en su caso hubiese correspondido imponer.

2. La suerte de los campeones. El problema de las medidas cautelares ilegales cuyo contenido anticipa el de una decisión ajustada a Derecho

La cuestión es si la Administración debe responder de los daños causados

²⁸ Respecto de medidas cautelares desproporcionadas por perdurar más allá de lo debido, vid., también, la STSJ del País Vasco de 26 de abril de 2000 (RJCA 2000, 1744) y las SSTSJ Andalucía de 18 de enero de 1999 (RJCA 1999, 1094) y 2 de julio de 2001 (RJCA 2001, 1489).

por una medida cautelar ilegal -v. gr., aquejada de vicios de procedimiento- si posteriormente se comprueba que su contenido encuentra la cobertura que le proporciona el de una decisión válida. Imaginemos que se interviene cautelarmente una partida de plasma sanguíneo congelado para someterlo a una prueba de detección del virus del SIDA, prueba que precisa la descongelación del plasma, lo que hace que éste pierda los factores de coagulación y, con ellos, su efectividad clínico-terapéutica y, por lo tanto, buena parte de su valor comercial. Pongamos que la medida cautelar se adopta sin haber oído a los interesados y sin indicios racionales de que el plasma pueda estar contaminado. Pongamos que la prueba, con todo, acaba arrojando un resultado positivo.

La STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7421) apunta que en estos casos la Administración no responde. A pesar de haber anulado el cierre provisional de una cafetería acordado, en el marco de un procedimiento sancionador, sin audiencia previa al interesado y sin la debida motivación, el Tribunal no estima la pretensión de indemnizar, «porque la cuestión de si existen o no daños y perjuicios indemnizables como consecuencia del cierre... dependen esencialmente de la anulación o confirmación de la resolución final del expediente, que acordó como sanción el cierre en cuestión por determinado período, ya que si dicha sanción resulta conforme al ordenamiento, a su cumplimiento habrá de imputarse el tiempo en que el local ha permanecido clausurado como efecto de la medida cautelar; lo que conduce a que en el presente proceso, en que se desconoce la solución definitiva del recurso promovido contra la sanción de cierre, y en el que sólo se debate la validez de la medida cautelar, no sea posible ni pertinente formular declaración sobre indemnización y perjuicios, debiendo desestimarse la pretensión hecha valer al efecto, que debe quedar diferida al recurso entablado contra el acuerdo que puso fin al procedimiento sancionador». Es decir, habrá que esperar a la resolución del procedimiento principal para ver si efectivamente se han producido o no daños resarcibles²⁹.

La solución nos parece razonable siempre que el daño ocasionado por la medida cautelar venga cubierto total y perfectamente por -o, como dice algún autor, «pueda ser compensado» con³⁰- el contenido de la posterior decisión ajustada a Derecho. En tales casos, resulta un contrasentido afirmar la antijuridicidad del perjuicio cuando éste viene impuesto por una resolución válida. Los acontecimientos posteriores a la adopción de la medida revelan que los daños causados por ella contaban con un título justificativo. Es absurdo indemnizar al propietario de un producto destruido cautelarmente desde el mismo momento en que se descubre que éste padecía un

²⁹ En el mismo sentido, respecto de un supuesto muy semejante, se pronuncia la STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2000 (JUR 2000, 164335).

³⁰ Según PONS CÀNOVAS, *Las medidas...*, pg. 250, «en el caso de que a pesar de la anulación de la medida haya recaído resolución sancionadora ajustada a Derecho, para determinar si se ha producido una lesión indemnizable habría que atenerse a si la sanción puede compensarse o no con la medida sopórtada, llegando a conclusión afirmativa en este segundo supuesto».

defecto que le hacía, además de perder todo su valor, representar un grave peligro para la salud pública.

Las decisiones cautelares se toman en situaciones de incertidumbre, donde la información acerca de lo que ha ocurrido u ocurrirá en el futuro es incompleta, donde no se conocen los resultados de las posibles alternativas de acción. En tales circunstancias, puede afirmarse que a la vista de la información disponible en el momento de decidir, la infracción de las normas que regulan estas medidas incrementa inaceptablemente el riesgo de que se produzca un daño. Ahora bien, la información puede mejorar con el transcurso del tiempo, y la incertidumbre desvanecerse, de manera que *a posteriori* resulte razonable concluir que la actuación administrativa merece un juicio positivo porque no incrementó el riesgo de daños, o lo redujo, o incluso impidió que se produjeran males mayores.

A esta solución se le puede criticar que no incentiva la conducta diligente de la Administración, que termina obteniendo por su actuación irregular el inmerecido premio de la irresponsabilidad. Como sabe todo buen aficionado al fútbol, la «suerte de los campeones», cuando les hace ganar a pesar de haber jugado peor que sus contrincantes, no alienta precisamente el buen juego. Sin embargo, la solución contraria produce efectos todavía peores, pues incentiva conductas más dañinas o riesgosas. Supuesto que los empresarios actúan maximizando la utilidad esperada de sus acciones, hemos de pensar que los que se dediquen a comerciar con plasma invertirán en medidas de seguridad hasta el punto en que el coste marginal de las mismas se iguale a su utilidad marginal, es decir, hasta el punto en que el último céntimo invertido reduzca también en un céntimo el coste esperado de los accidentes que su actividad puede ocasionar y por los cuales debe responder. Pues bien, si el empresario sabe que no ha de asumir el coste de ciertos riesgos que su actividad genera, porque los soporta la Administración, no invertirá en medidas preventivas encaminadas a evitarlos, por graves que éstos sean. El empresario aprovechará la ayuda estatal para quedarse por debajo del nivel de precaución socialmente óptimo.

V. RESPONSABILIDAD POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES AJUSTADAS A DERECHO

Aquí resulta decisiva la circunstancia de que el riesgo intolerable al cual se enfrentan las medidas cautelares haya sido creado o no por el sujeto que sufre los daños. Al decir que éste ha creado el riesgo queremos significar que podía y debía haber tomado precauciones proporcionadas para reducirlo o evitarlo. Al decir que no lo ha creado queremos significar que resultaba excesivo obligarle a tomar medidas de seguridad con ese fin, pues había otros individuos que podían llevar a cabo dicha labor preventiva más eficientemente.

1. Medidas adoptadas contra riesgos generados por el sujeto perjudicado

De acuerdo con la abrumadora mayoría de la jurisprudencia, en estos casos la Administración no responde³¹. El argumento aducido ocasionalmente es que no existe un nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño³². Así, por ejemplo, en un caso en que se había acordado cautelarmente no admitir en cierta competición a un club de fútbol, la STSJ de Madrid de 14 de noviembre 2001 (JUR 2002, 122451) desestima la pretensión de indemnización aduciendo falta de nexo causal: «difícil se hace precisar dicho nexo cuando los argumentos fácticos de la providencia que acuerda la medida cautelar no son atacados. Debe tener en cuenta el recurrente que se le dio plazo para ponerse al día en sus deudas, plazo del que hizo caso omiso, y a lo largo del procedimiento no ha introducido elemento alguno que justifique que en dichas fechas no concurrían las circunstancias tantas veces aludidas en el procedimiento. Por tanto, faltando dicho elemento queda fuera de lugar cualquier indemnización solicitada». A nuestro juicio, la argumentación es criticable, porque es evidente que aquella medida causó perjuicios al actor. La relación causal existía. Otra cosa es que el actor tuviera el deber jurídico de soportarlos.

De hecho, éste es el argumento más socorrido para justificar la no responsabilidad de la Administración en tales supuestos³³. La STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 1999 (RJCA 1999, 1501), por ejemplo, conoce de un caso en que se había clausurado e intervenido cautelarmente un cebadero de terneros después de que en unas muestras tomadas por los servicios de inspección se detectara la presencia de clenbuterol y clenpenterol. El Tribunal niega la antijuridicidad de los daños derivados de la actuación administrativa, pues ésta había sido «no sólo correcta, sino además diligente, dada la rapidez en practicar todas las pruebas y acordar las cautelas que la gravedad de los hechos imponían, teniendo el recurrente el deber legal de someterse a dichos controles y de soportar las consecuencias dañosas que aquéllos entrañaban, determinadas por un hecho que no puede ser ignorado consistente en que dichas pruebas analíticas realizadas revelaron la presencia de sustancias tóxicas prohibidas en las reses». Y añade que «los presuntos daños morales... tendrían tan sólo su causa en un hecho objetivo y que sólo cabe imputar a la conducta intencional del ganadero, esto es, el haberse detectado inicialmente la presencia de sustancias tóxicas en las reses de su explotación destinadas al consumo humano».

Esta jurisprudencia es muy razonable. La finalidad de las normas regulado-

³¹ Además de las resoluciones citadas en el texto, vid. las SSTs de 30 de enero de 2001 (RJ 2001, 2455), 1 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10200) y 10 octubre 2003 (RJ 2003, 8917) y la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 4976).

³² Vid. la STS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 8246).

³³ Además de las resoluciones que se citan en el texto, vid. la STS de 8 noviembre 1996 (RJ 1996, 7903), la STSJ de Asturias de 21 de febrero (JUR 2002, 103105) y la SAN de 25 de octubre de 2002 (RJCA 2002, 1297).

ras de la responsabilidad patrimonial es crear los incentivos adecuados para que los individuos realicen aquellas conductas más valiosas para el interés público. El objetivo es que quienes llevan a cabo actividades riesgosas fijen su nivel de actividad (X) y de medidas preventivas (Y) en un punto socialmente óptimo, equilibrado (X_1, Y_1), en el que el beneficio social marginal derivado de aumentar cualquiera de las dos variables se iguale con su coste social marginal. Supuesto que los hombres tratan de sacar el máximo provecho posible de sus acciones, el Derecho deberá, por consiguiente, alinear el interés personal de las personas con el de la sociedad, hacer coincidir aquel punto socialmente óptimo con el punto en el que los individuos optimizan la utilidad personal esperada de sus comportamientos. Para ello es importante que se internalicen los beneficios y costes sociales de las actividades, es decir, que éstos recaigan en última instancia sobre los sujetos que las realizan.

Si la actividad que una persona decide libremente llevar a cabo genera un riesgo socialmente intolerable, porque su coste probable para la sociedad es superior a los beneficios esperados que a la misma reporta, el ordenamiento jurídico exigirá su paralización mientras persista el riesgo. ¿Y quién debe soportar el coste de la suspensión? Pues, según lo expuesto, dicho individuo, porque entonces lo que le cuesta este suceso coincide con lo que le cuesta a la sociedad que su conducta genere un riesgo prohibido, de modo que aquél tiene un potente incentivo para adoptar medidas encaminadas a evitar semejantes riesgos. Porque si este sujeto sabe que los costes de la paralización de su actividad los va a soportar otro, entonces no invertirá un solo céntimo en prevenir el surgimiento de tales peligros; se comportará de una manera demasiado arriesgada.

El hecho de que la paralización o la medida cautelar procedente haya sido ordenada por la Administración no cambia un ápice las cosas. Si ésta actúa correctamente, no hace sino constatar la existencia de un riesgo jurídicamente inaceptable, declarar lo que el Derecho exige. Y, entonces, ninguna razón justifica que el coste del cumplimiento de esa exigencia se traslade a la Administración —a los contribuyentes—, con los efectos indeseables señalados en el párrafo anterior que ello conlleva. Es más, dicha traslación tendrá seguramente dos consecuencias perniciosas adicionales. La primera es que si la Administración sabe que ha de responder de los perjuicios ocasionados por sus actuaciones lícitas encaminadas a proteger a los ciudadanos frente a los riesgos creados por la actividad de algunos de ellos, tenderá a endurecer las condiciones bajo las cuales se permite la misma, invirtiendo para ello recursos en investigar, antes de autorizarla, dichos riesgos, lo cual encarecerá el procedimiento de autorización, lo que empujará a quienes deseen realizar esa actividad a reducir las inversiones dirigidas a investigar sus riesgos para destinarlas a la obtención de una licencia. El resultado será poco eficiente, pues el sujeto que realiza libremente una actividad es normalmente el que mejor y a menor precio puede conocer sus peligros³⁴. En

³⁴ PIÑEIRO SALGUERO/RUBÍ PUIG, «El síndrome Ardystil. Comentario a la STS, 3ª, 29.11.2001», *InDret*, 4/2002, pg. 5.

segundo lugar, aquella traslación producirá un efecto desalentador sobre la Administración a la hora de tomar las medidas cautelares debidas en el caso de que una actividad ya autorizada suponga un riesgo prohibido. Es decir, la responsabilidad de la Administración favorecerá la tolerancia de conductas excesivamente peligrosas.

Cuando una persona decide libremente ejercer una actividad, debe asumir sus beneficios y sus riesgos. Y debe contar con la posibilidad de tener que suspenderla cuando genere un peligro intolerable, con independencia de la Administración pueda «recordárselo». Así lo ha señalado, por ejemplo, el Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 11 de abril de 2001³⁵, relativo a la retirada de las autorizaciones de medicamentos que contenían anfepramona: «en un sector [como el farmacéutico] que a menudo requiere inversiones considerables y en el que las autoridades competentes pueden verse obligadas a intervenir rápidamente cuando aparecen riesgos para la salud pública, por razones que las empresas afectadas no siempre pueden prever, corresponde a estas últimas protegerse frente a las consecuencias de dicha intervención mediante una política apropiada, so pena de que sean ellas mismas quienes carguen con los perjuicios derivados de dicha intervención»; habida cuenta de que la Comisión ya había llamado la atención sobre los efectos nocivos de estos medicamentos, «la posibilidad de que se adoptase una decisión de retirada o de suspensión de las autorizaciones de comercialización de las que [la empresa afectada] era titular formaba parte de los riesgos que ésta debía normalmente asumir desde que un Estado miembro solicitó la intervención del Comité de Especialidades Farmacéuticas al considerar que la protección de la salud pública exigía la suspensión o la modificación de los términos de las autorizaciones de comercialización».

Esta tesis no queda desacreditada por el hecho de que el legislador, en determinados supuestos, otorgue a los perjudicados el derecho a obtener una compensación económica aun cuando éstos hubiesen creado el riesgo contra el cual se dirigían las medidas cautelares. La Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, por ejemplo, establece que «el sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente, en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente» (art. 21.1)³⁶. Hay que notar, sin embargo, que tales compensaciones no son fruto de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, sino que constituyen premios, subvenciones, incentivos otorgados a los ganaderos principalmente para que colaboren con las autoridades en la detección, control y erradicación de las enfermedades de los animales³⁷. De ahí que aquella Ley disponga que «para

³⁵ Comisión/Laboratoires pharmaceutiques Trenker, C-459/00 P(R), §§ 106 y 107.

³⁶ Vid., también, el art. 21 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal.

³⁷ En este sentido, vid. REBOLLO PUIG, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, MUÑOZ MACHADO y otros, Civitas, Madrid, 1999, pgs. 261 y ss. En cambio, según QUINTANA LÓPEZ, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pgs. 151

tener derecho a la indemnización, deberá haberse cumplido por el propietario de los animales o medios de producción la normativa de sanidad animal aplicable en cada caso» (art. 21.3).

2. Medidas adoptadas contra riesgos creados por un sujeto distinto del perjudicado

Según ha observado REBOLLO PUIG³⁸, cabría aplicar analógicamente a estos supuestos lo establecido en el benemérito Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955: «la intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturben» (art. 3.1); «excepcionalmente, y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización» (art. 3.2).

Ciertamente, no es buena solución que la víctima soporte en estos casos los daños sufridos, pues ello le empujaría a tomar medidas preventivas ineficientes. Y los sujetos que hubiesen creado el correspondiente riesgo no tendrían incentivo alguno para prevenirlo, a pesar de que son ellos los que pueden hacerlo a mejor precio. Pero, por las mismas razones, tampoco conviene que sea la Administración la que asuma el coste de los daños. La mejor solución es que respondan en última instancia quienes crearon el riesgo correspondiente o, dicho con otras palabras, los que pudieron reducirlo o evitarlo a un coste menor. La cuestión que ahora nos planteamos es si ha de reconocerse al perjudicado la posibilidad de exigir responsabilidad sólo a esas personas o si, además, ha de otorgársele el derecho de obtener una indemnización de la Administración para que ésta repita eventualmente contra aquéllas.

En este punto, hay un factor que nos parece decisivo: la circunstancia de que la actuación administrativa, ajustada a Derecho, hubiese reducido o aumentado el riesgo de que el perjudicado sufriera un mal mayor. Si lo primero, cabe afirmar incluso que la Administración, lejos de perjudicar al ciudadano, le ha beneficiado. Si lo segundo, por el contrario, puede hablarse justamente de un daño materialmente expropiatorio: la Administración toma una decisión que ocasiona perjuicios a un ciudadano o aumenta la probabilidad de que éste los sufra, imponiéndole un sacrificio especial en aras del interés público, a fin de evitar males o riesgos mayores a la generalidad de los ciudadanos. Es claro que aquí la Administración debe indemnizar. Para ilustrar lo dicho puede servir de ejemplo el caso de los daños ocasionados por los servicios de extinción de incendios.

Si la Administración causa daños en un bien de propiedad privada con ocasión de la extinción de un incendio que afecta a otras propiedades, debe

y ss., se trata de un «episodio más de la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público» (p. 155).

³⁸ REBOLLO PUIG, «Medidas...», pg. 703, núm. 77.

indemnizarlos, aunque haya actuado correctamente. Así ocurre, por ejemplo, cuando causa diversos desperfectos en un vehículo para poder sofocar el fuego que estaba destruyendo otros coches³⁹. En semejantes casos «concurren todos los elementos precisos para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del servicio, puesto que, aun tratándose de un funcionamiento normal, en la medida en que actuó según requieren las circunstancias y *en beneficio de la comunidad*, no tiene el particular que sufrió el daño el deber jurídico de soportarlo»⁴⁰.

En cambio, cuando el ciudadano se beneficia de la actuación de los bomberos no es sólo ya que carezca del derecho a obtener de la Administración una indemnización por los daños que su funcionamiento normal haya podido ocasionar, sino que a menudo ocurre que las correspondientes ordenanzas fiscales le obligan al pago de una tasa por los servicios prestados.

3. Medidas adoptadas contra peligros que a posteriori se revelan aparentes o inciertos

Más interesante y problemático es el caso en que la Administración, a la vista de la información disponible, toma justificadamente una medida cautelar para combatir un peligro que luego, cuando mejora la información, se desvanece. Se trata de actuaciones legales, pero fallidas, que hubieran resultado ilícitas si en el momento de su realización la Administración hubiese conocido o podido conocer determinados elementos de juicio luego descubiertos. Pongamos por ejemplo que un actor, ensayando en un parque público con un compañero de reparto, se abalanza sobre él con un cuchillo gritando que lo va a matar justo en el momento en el que un policía advierte la escena y, convencido de la existencia de un peligro mortal, dispara al (aparente) agresor causándole lesiones.

Los Tribunales españoles han tenido varias oportunidades de pronunciarse sobre estos supuestos de «peligro aparente» (*Anscheinsgefahr*, según la expresión usual en la doctrina alemana⁴¹). La STS de 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6800) enjuicia un caso en que la Administración había clausurado cautelarmente una fábrica refinadora de mantecas «con base en las deficiencias de índole sanitaria detectadas en la instalación y funcionamiento de la empresa inspeccionada, así como la acreditada falta de aptitud de las mercancías usadas en la elaboración de los productos, teniendo en cuenta el riesgo para la salud de las personas que consumieran los artículos elaborados en la referida industria». Posteriormente, y tras conocer que los resultados analíticos de las muestras recogidas de los productos fabricados por esta industria indicaban su aptitud para el consumo, la Administración permitió

³⁹ STSJ de Canarias de 6 de junio de 2003 (JUR 2004, 30840).

⁴⁰ STSJ del País Vasco de 27 de mayo de 1999 (RJCA 1999, 2253). La cursiva es nuestra.

⁴¹ Vid., entre otros, GÖTZ, *Allgemeines Polize- und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001, marginales 161 y ss.; GUSY, *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, marginal 121; KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Beck, München, 2000, marginal 95.

la reapertura de las instalaciones. El Tribunal considera que el daño ocasionado por el cierre no era antijurídico, pues «el acta de inspección motivó en la autoridad administrativa una razonable opinión de que los productos elaborados en la industria inspeccionada no eran aptos para el consumo humano, por contener grasas de índole industrial... Ello determinó la medida cautelar de clausura de la fábrica, que estaba fundada en una razón suficiente, el riesgo para la salud de los consumidores de los productos, y que no fue objeto de recurso jurisdiccional... En el presente supuesto... existían elementos de juicio bastantes para acordar el cierre cautelar, ante el temor, fundado en el acta de inspección..., de que los productos de la industria inspeccionada no fueran aptos para el consumo humano. La Administración actuó con la diligencia debida... existió un fundamento razonable para la adopción de la medida cautelar de cierre, procediendo la Administración con la diligencia debida al levantamiento de esta medida... En consecuencia, el acuerdo de cierre no ha producido a [la actora] un daño antijurídico, que no tenga obligación de soportar».

La STSJ de Navarra de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 18715) enjuicia una medida cautelar del Gobierno navarro encaminada a garantizar el suministro centralizado de medicamentos frente a la amenaza que suponía un acuerdo del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra por el que se resolvía dejar de financiar el precio de las recetas del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y proceder a cobrar las recetas a los usuarios. Para impugnar la medida, el Colegio aducía, entre otros motivos, que el acuerdo sólo había sido observado por el 25,9% de las farmacias convocadas. Pero el Tribunal considera que el hecho de que «la incidencia en el seguimiento del amenazante acuerdo del Colegio fuera escasa (eso es muy relativo, pues con un 25,9% el número de afectados es altísimo) según el parecer de la actora *es algo que viene a "toro pasado"*. No se sabía, ni por adivinanza, cuál podía ser esa incidencia; si hubiéramos esperado a ver los efectos, ya no tendría razón de ser este acuerdo preventivo» [la cursiva es nuestra].

De un supuesto que podríamos llamar de peligro parcialmente aparente trata la STS de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2709). La Administración había ordenado la retirada inmediata y la destrucción de las especialidades farmacéuticas elaboradas con plasma no sometido a la prueba de detección del SIDA, así como de las existencias de plasma no testado. La Audiencia Nacional declaró el derecho de una de las empresas afectadas a recibir una indemnización «por los perjuicios causados solamente respecto de las partidas de plasma que pudieron recuperarse, por dar resultado negativo en la detección de anticuerpos, si bien únicamente para la obtención de albúmina y plasmaglobulina, pues al ser descongelado para testarlo, en tal proceso, perdió los factores de coagulación, lo que evidentemente produjo una disminución de su valor comercial, considerando respecto del plasma irrecuperable por haber dado resultado positivo a la presencia de los anticuerpos citados, que no resultaban indemnizables las partidas en las que concurriese tal defecto, al tratarse de un plasma nocivo por estar contaminado y no ser susceptible de comercialización, pues con independencia de la exi-

gencia del testado y de las medidas administrativas de control no podía utilizar el plasma con anticuerpos del SIDA y si no podía venderse no puede pretender que la Administración indemnice con el valor de venta de laboratorio al tratarse de un producto no comercializable».

El Tribunal Supremo, sin embargo, estimó en casación que la empresa estaba obligada a soportar todos los daños, pues la Administración no había hecho sino «recordarle» cuáles eran sus obligaciones: «El laboratorio reclamante, y en general *todos los dedicados a la producción de especialidades farmacológicas relacionados con la protección de la salud*, por razón de la peculiar actividad que desarrollan *vienen obligados a realizar una labor de seguimiento de los productos que elaboran y comercializan*, labor de seguimiento que se proyecta en dos vertientes: la primera, para determinar si se produce la adecuada correlación entre la prescripción para la que se usan y el efecto saludable y curativo preconizado y la segunda, para verificar la existencia o inexistencia de interacción con otros productos farmacológicos y terapéuticos y la ausencia de efectos perversos no deseados y que sólo la estadística clínico-farmacológica puede poner de relieve, por cuya razón el laboratorio reclamante y con él todos aquellos que comercializan el plasma y sus derivados, debieron ser conscientes por la recepción ordinaria de comunicaciones facultativas y a la par por las líneas de investigación que se venían abriendo respecto del síndrome del SIDA que una vía de contagio y propagación de tal enfermedad era la hemática y por ello se *debieron adoptar medidas preventivas o correctoras, aún sin intervención administrativa*, por la dinámica comercial inherente a un factor de riesgo que progresivamente se iba poniendo de manifiesto y en razón de ello, *verificar si el producto comercializable reunía las características propias de un producto sanitario*, de ahí que si los laboratorios farmacéuticos tienen el deber de controlar los productos o especialidades farmacéuticas, conforme a los estudios epidemiológicos y el resultado que aquéllos están produciendo en los enfermos no parece caber duda que respecto de las partidas en las que cabía el riesgo de contaminación *tenían el deber de comprobar, previamente a su comercialización, y a la vista del resultado de los estudios sobre el factor de riesgo potencial que se venía poniendo de manifiesto, la ausencia de contaminación en los productos ya elaborados y la ausencia de riesgo para la salud en su comercialización, de donde se sigue que respecto de dichas partidas sí tienen el deber jurídico de soportar el daño que tal verificación les puede haber producido y ello con independencia de las normas innovadoras o del control tuitivo de la Administración y, por ende, tal daño ha de anudarse al riesgo comercial o industrial derivado de su propia y peculiar actividad que está engarzada en la protección de la salud, no revistiendo el perjuicio sufrido por la pérdida de las cualidades específicas del plasma el concepto de "lesión" patrimonial exigible para que opere la responsabilidad patrimonial postulada*» [la cursiva es nuestra].

En un caso prácticamente idéntico, la STS de 4 de julio de 1998 (RJ 1998, 6821) añade que «tal daño ha de anudarse al riesgo comercial o industrial derivado de su propia y peculiar actividad engarzada con la protección de la salud, no revistiendo el perjuicio sufrido por la destrucción del plasma contaminado o por la pérdida de sus cualidades específicas el concepto de

“lesión” patrimonial». «La obligación de reparar... el daño o perjuicio, causado por el normal y correcto funcionamiento de aquél, no existe cuando, como hemos declarado, *tienen las referidas empresas farmacéuticas el deber de soportarlo como consecuencia del riesgo industrial o comercial derivado de su actividad encaminada primordialmente al cuidado de la salud de los destinatarios de los productos que elaboran, lo que también les proporciona ventajas o beneficios, y, por consiguiente, les obliga a afrontar las pérdidas, según el conocido principio recogido en el brocardo latino “cuius est commodum eius est periculum”* [la cursiva es nuestra].

La STS de 12 de abril de 1999 (RJ 1999, 2811) enjuicia varias actuaciones y sanciones administrativas, anulando algunas de ellas. En uno de sus pronunciamientos, declara ilícito el decomiso de ciertas mercancías debido a que no concurría el requisito exigido legalmente de que las mismas entrañasen riesgo para los consumidores. Lo interesante del caso es que, según el Tribunal Supremo, «ello no supone, sin embargo, que no estuviera inicialmente justificada la intervención de [aquéllas], que tenía su amparo normativo en el artículo..., al disponer que procede en los supuestos en que sea previsible el decomiso de la mercancía como sanción accesoria, sin perjuicio de lo que definitivamente proceda en la resolución que se dicte sobre el decomiso definitivo, esto es, aunque la comprobación posterior de la inanidad del producto, desde el punto de vista del riesgo para la salud, haga que deba dejarse sin efecto la intervención en su día ordenada». La licitud de la medida hace que los daños ocasionados no merezcan la calificación de antijurídicos.

Nótese que la apariencia puede venir referida no sólo al peligro contra el cual se dirige la actuación cautelar, sino también al sujeto que crea dicho peligro, en cuyo caso puede hablarse de un perturbador aparente (*Anscheinsstänrer*). Sería el caso de la persona que en el momento de adoptarse la medida cautelar parecía estar perturbando el orden público pero cuya «inocencia» queda acreditada luego, cuando mejora la información y se constata que el perturbador era en realidad otro individuo.

Puede suceder, asimismo, que la Administración adopte una medida cautelar para proteger un bien jurídico frente a un peligro cuya apariencia o realidad luego no puede determinarse concluyentemente debido a la persistencia de una elevada incertidumbre al respecto. Sirva como ejemplo el asunto del síndrome *Ardystil*, sobre el que se pronunció la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 181). Tras la aparición de un brote epidémico en el área de salud de Alcoy y la realización de diversos análisis clínicos, el Gobierno valenciano ordenó suspender las actividades en diversas empresas del sector de la aerografía textil, en consideración a la existencia de riesgos actuales, inminentes y extraordinarios para la salud de los trabajadores. Conviene recordar que «en el momento de adoptar el acuerdo, cincuenta y nueve personas habían sido declaradas en casos confirmados de enfermedad pulmonar intersticial por exposición a tóxicos de ambiente laboral, y cinco de ellas habían fallecido a causa de esta enfermedad». Tanto el Tribu-

nal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana como el Supremo estimaron la pretensión de una de las empresas afectadas de que se declarara la responsabilidad de la Administración autonómica por los perjuicios que la paralización le causó. El razonamiento es bien simple: «hasta la fecha y pese a las investigaciones llevadas a cabo, no se ha podido determinar con exactitud el agente o agentes causantes de las graves alteraciones en la salud de los trabajadores. De ello se deduce que la Administración, en virtud de las potestades que le atribuyen el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de Sanidad, suspende la actividad, pero en modo alguno acredita que el daño provenga de la actividad que desarrolla la empresa recurrida que, por otra parte... ha cumplido con todas las exigencias administrativas... 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, máxime cuando la Administración, según sus propias manifestaciones, no ha podido acreditar la causa o causas de las graves alteraciones de la salud de los trabajadores».

En nuestra opinión, el criterio que ha de seguirse para resolver todos estos casos no difiere del propuesto en los apartados anteriores. La Administración no ha de responder de los daños ocasionados por las medidas ajustadas a Derecho que adopte para combatir una situación de peligro que luego se revela «aparente» o «incierta», siempre que tal situación de riesgo, tal «apariencia», haya sido creada por el sujeto que sufre los daños, quien, en consecuencia, tiene el deber jurídico de soportarlos⁴².

La solución judicial del caso *Ardystil* nos parece, por ello, muy desafortunada. Como sostienen PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG en relación con este asunto, «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». Las «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». El razonamiento del Tribunal Supremo «carga a la Administración con los costes de los riesgos de las iniciativas empresariales». Esta solución conlleva efectos del todo indeseables: de un lado, «convertir a la Administración

⁴² Este constituye un criterio general consolidado en la jurisprudencia y doctrina alemanas. Vid. las Sentencias del *Bundesgerichtshof* de 12 de marzo de 1992 (DVBl, 1992, pgs. 1158 y ss.; comentada por GÖTZ, pgs. 1160 y ss.), 11 de julio de 1996 (NJW, 1996, pgs. 3151 y ss.) y 22 de enero de 1998 (JZ, 1998, pgs. 515 y ss.); la Sentencia del *Verwaltungsgerichtshof* de Baden-Württemberg de 15 de mayo de 1990 (DÖV, 1991, pgs. 165 y ss.); KOKOTT, «Die dogmatische Einordnung der Begriffe "Storer" und "Anscheinständer" in einer zunehmend technisierten Gesellschaft», DVBl, 1992, pgs. 750 y ss.; MARTENSEN, «Materielle Polizeipflicht und polizeiliche Verpflichtbarkeit des Bürgers in Anscheins- und Verdachtslagen», DVBl, 1996, pg. 291; SCHENKE/RUTHIG, «Rechtscheinhaftung im Polizei- und Ordnungsrecht?», *VerwArch*, 87, 1996, pgs. 335 y ss.; SEIBERT, «Altlasten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung», DVBl, 1992, pg. 669. Otra cosa es cómo se aplica dicho criterio en cada caso concreto.

en aseguradora de la buena ventura de una actividad económica que autorizó... aumenta los costes de los procedimientos de licencia y desincentiva las inversiones en investigación de los riesgos que pudieran realizar las empresas... [de otro lado] 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)⁴³.

El hecho de que algunos de los riesgos socialmente intolerables que produce una actividad empresarial se revelen luego aparentes o inciertos no justifica trasladar sus costes a todos los contribuyentes. Éste es un dato irrelevante a dichos efectos. Ya hemos visto que si la Administración actúa correctamente, no hace sino declarar lo establecido por el ordenamiento jurídico, decir lo que el Derecho le impone al titular de la actividad, lo que en cualquier caso éste debe hacer, con independencia de quién se lo diga. El problema de los peligros aparentes es que sólo se descubre lo que se escondía tras la apariencia *a posteriori*, pero no cuando se presentan y hay que decidir. En ese primer momento no se puede conocer si son «reales» o aparentes. Entonces, son tan reales como los que más. Imaginemos que, estadísticamente, nueve de cada diez sospechas que justifican la suspensión de un vuelo por la colocación de un artefacto explosivo resultan *a posteriori* infundadas. A nadie se le ocurre decir que en esos nueve de cada diez casos los costes de la suspensión deben ser sufragados por las autoridades policiales que la ordenaron lícitamente. Esa traslación produciría en gran medida—digamos, a *grosso modo*, en un 90%— los mismos efectos indeseables arriba descritos. Las compañías de aviación reducirían significativamente las medidas de seguridad dirigidas a evitar la colocación de bombas en sus aeronaves, y no tendrían interés alguno en suspender de *motu proprio* los vuelos de aeronaves sospechosas; les saldría mucho más barato poner en conocimiento de las autoridades cualquier sospecha que tuvieran al respecto. La Administración, por su parte, tendría un aliciente nada desdeñable para tolerar riesgos socialmente inaceptables. No causa extrañeza que un importante sector de la doctrina alemana haya criticado la categoría del «peligro aparente» por resultar jurídicamente superflua y equívoca⁴⁴.

En el mismo sentido habría que resolver el caso planteado antes de los actores que ensayando en un parque público generan la apariencia de un peligro mortal. El actor que sufre los daños está obligado a soportarlos, al haber creado un riesgo intolerable de que terceras personas creyeran estar viendo un intento de homicidio y trataran de abortarlo utilizando expediti-

⁴³ PIÑEIRO SALGUERO/RUBÍ PUIG, «El síndrome...», pgs. 3 y ss.

⁴⁴ DI FABIO, «Gefahr, Vorsorge, Risiko», *Jura*, 1996, pg. 569; GÖTZ, *Allgemeines...*, marginal 165; GUSY, *Polizeirecht*, marginal 121.

vamente la fuerza. Son los actores quienes pueden prevenir más eficientemente ese riesgo, tomando las precauciones pertinentes, como por ejemplo ensayar en un espacio habilitado a tal efecto o advertir con un cartel que se trata de una representación.

4. Medidas adoptadas en procedimientos sancionadores que no se resuelven con una sanción válida

Aquí conviene distinguir según se trate de procedimientos disciplinarios, donde el supuesto infractor es una persona integrada en la organización administrativa, o de procedimientos sancionadores dirigidos contra otros sujetos.

A) *Medidas adoptadas en procedimientos disciplinarios*

En el primer caso, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado reconoce expresamente al afectado por una suspensión provisional de funciones que luego no se declara firme el derecho a recibir una compensación por los daños sufridos: «el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de efectos de la suspensión» (art. 49.3). Esta disposición resulta, asimismo, aplicable analógicamente a supuestos que guardan una evidente identidad de razón, como ocurre cuando la medida cautelar adoptada no consiste en la suspensión de funciones sino en un traslado⁴⁵ o en el cese de una comisión de servicios⁴⁶. Resulta, sin embargo, muy interesante que la compensación contemplada por dicho precepto no comprenda los daños morales que al funcionario se le hayan podido causar⁴⁷.

En un mundo ideal absolutamente transparente donde no existieran lo que los economistas llaman costes de transacción, la Administración y sus trabajadores pudieran pactar con absoluta libertad sus retribuciones y éstos fueran neutrales al riesgo e ilimitadamente solventes, daría igual quien asumiera el coste de estos daños. De pagarlos la Administración, se reduciría proporcionalmente la retribución que estaría dispuesta a ofrecer a sus empleados. En caso contrario, éstos exigirían un aumento retributivo. Pero como en la realidad no existe ese mercado perfecto, la cuestión tiene relevancia. Y es muy plausible que la Administración responda —objetivamente— de los daños patrimoniales causados a sus funcionarios por estas medidas cautelares, aun cuando hubieren sido adoptadas con escrupuloso respeto del ordenamiento jurídico. La razón fundamental es que la Administración, por su capacidad económica y las potestades de que dispone en relación con las personas integradas en su organización, está mejor situada que éstas para soportar tales daños y reducir el riesgo de que se produzcan; puede

⁴⁵ Vid. la STSJ del País Vasco de 26 de abril de 2000 (RJCA 2000, 1744).

⁴⁶ Vid. la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2000 (JUR 2000, 91883).

⁴⁷ SAN de 26 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 26413).

prevenirlos a un menor coste⁴⁸. Por esa misma razón, algunas disposiciones establecen expresamente que «cuando un funcionario hubiera sufrido daños materiales en acto u ocasión del servicio» podrá ser resarcido de ellos por la Administración⁴⁹.

B) *Medidas adoptadas en procedimientos sancionadores dirigidos contra personas no integradas en la organización administrativa*

a) Una jurisprudencia contradictoria

Aquí se plantean más dudas. Hay alguna disposición reglamentaria que resuelve expresamente el problema. El artículo 59.1 del Reglamento de Residuos Tóxicos y Peligrosos⁵⁰ establece que. «para garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales, la Administración competente podrá imponer cautelarmente el precintado de la maquinaria, del lugar o de parte de las instalaciones, utensilios o envases con los que presuntamente se hubiere cometido la infracción, así como su depósito en lugar adecuado. Cuando no existiera otro medio de preservar aquellos objetivos, podrá procederse a la destrucción, sin perjuicio de la indemnización que proceda, si la resolución final del procedimiento fuera absoluta».

En el mismo sentido se pronuncian algunas resoluciones judiciales. La STS de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7746) conoce de un asunto en el que se había cerrado provisionalmente un *pub* en el marco de un procedimiento que terminó con una sanción posteriormente anulada por haber prescrito. El Tribunal condena a la Administración a pesar de que el «cierre [había] sido adoptado como medida cautelar al amparo de la normativa vigente, ya que las medidas cautelares no tienen carácter autónomo respecto de la resolución que definitivamente se adopte en el expediente administrativo, sino que tienen un carácter accesorio en función de aquella resolución definitiva, con independencia de las causas determinantes de la medida cautelar adoptada y de la legitimidad de ésta en sí misma considerada, de tal modo que anulada la resolución definitiva recaída en el expediente administrativo aquélla pierde también su justificación y la Administración debe responder de los perjuicios causados»⁵¹.

Pero también encontramos resoluciones que mantienen la postura contraria. En el caso contemplado por la STS de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6950), la Administración había ordenado cautelarmente la destrucción de una partida de añojos no aptos para el consumo como consecuencia

⁴⁸ Cfr. SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE/RUIZ GARCÍA/RUBÍ PUIG/PÍÑEIRO SALGUERO, «Respondeat Superior I», *Indret*, 2/2002, esp. pgs. 8 y ss.

⁴⁹ Vid., por ejemplo, el art. 179 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, aprobado por el Decreto 2038/1975, de 17 de julio, y la STSJ de La Rioja de 7 de junio de 1999 (RJCA 1999, 1891).

⁵⁰ Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio.

⁵¹ Vid., también, la STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 221).

de supuestas manipulaciones ilegales, si bien luego no pudo probar que la actora hubiese cometido la infracción correspondiente. El Tribunal desestima la pretensión de responsabilidad aduciendo la licitud de la medida cautelar: «de las actuaciones practicadas e informes técnicos recaídos se desprende, sin lugar a ninguna duda razonable, la vehemente presunción de que la partida de añojos sacrificada había sido objeto de manipulaciones en su alimentación para aumentar su peso, por parte de la entidad recurrente, con manifiesta infracción de las disposiciones sanitarias y de prevención de fraudes a los consumidores, pues así se deduce inequívocamente del comprobado peso de las glándulas tiroideas, que excede con mucho del máximo autorizado de 70 gramos y rebasa el doble de este peso en la mayoría de los casos examinados, pese a que los análisis dieran un resultado negativo que no ha permitido detectar el tipo de droga utilizado; «esta presunción no ha sido desvirtuada por ninguna prueba aportada de contrario y, si bien es cierto que no ha sido estimada suficiente para imponer la sanción reglamentaria correspondiente, no lo es menos que acredita cumplidamente la interrupción del nexo causal, puesto que demuestra que la decisión administrativa estuvo basada en el hecho objetivo de que los animales sacrificados estaban dañados y no eran aptos para el consumo como consecuencia directa de la acción intencionada de la propia entidad reclamante, o en último extremo de la intervención de un tercer agente, que no ha sido demostrada, por lo que, en todo caso, ha de considerarse exonerada a la Administración de la pretensión indemnizatoria deducida».

La STS de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4317) enjuicia un interesante caso. La Administración había ordenado el precinto de un local y la cesación de las actividades de juego ilegales que en él se realizaban, imponiendo luego una sanción que fue anulada por «prescripción», ya que el procedimiento sancionador estuvo paralizado durante más de dos meses. El Tribunal aprecia, sin embargo, que la Administración no debía responder, porque las medidas cautelares adoptadas se dictaron «con la finalidad de evitar la continuación de la ilegal actividad de juego allí practicada». «La actividad de organización, gestión y práctica de juegos de azar se realizaba sin la autorización» requerida. Y «es evidente... que [la afectada] tenía el deber jurídico de soportar las medidas cautelares adoptadas por el órgano competente... sobre el precinto del local y la cesación de todas las actividades del juego, hasta la pertinente resolución».

La SAN de 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 26841) se pronuncia sobre un asunto en el que, con ocasión de ciertos actos de sabotaje cometidos en el Aeropuerto de Pamplona, se había retirado cautelarmente al actor su habilitación como vigilante jurado. Además de ser condenado como autor de un delito de incendio, el actor se vio sujeto a dos sucesivos procedimientos sancionadores. En el primero no se llegó a imponer sanción alguna por haber caducado el procedimiento, mientras que el segundo finalizó con una sanción que luego, en vía de recurso administrativo, fue anulada por caducidad. La Audiencia Nacional, con todo, no aprecia la responsabilidad de la Administración, porque «la suspensión cautelar tenía un justificado funda-

mento cual era la imputación de unos gravísimos hechos delictivos, que fueron objeto de condena por los Tribunales. Partiendo de tales datos se observa que la medida cautelar, inicialmente adoptada el 23 de julio de 1996 y levantada el 26 de junio de 1997 [mucho antes de que el 9 de junio de 1998 se declarara caducado el primer procedimiento sancionador] *era proporcionada y adecuada a la gravedad de los hechos*, lo que determina que en modo alguno ello pueda generar responsabilidad de la Administración. Es más, las resoluciones administrativas adoptadas ni siquiera fueron objeto de anulación o revocación por razones de fondo sino por retrasos debidos a los recursos interpuestos por la actora. Incluso la revocación de la sanción impuesta obedecía a motivos de caducidad y no a la adopción de una medida de fondo injustificada. *Las dilaciones de la Administración, por tanto, no han perjudicado sino, al contrario, beneficiado al hoy demandante*, puesto que con la declaración de caducidad de los procedimientos sancionadores contra el recurrente se ha visto liberado de una imputación de responsabilidad administrativa derivada de la acción delictiva que cometió» [las cursivas son nuestras].

b) Posición que se adopta

Nos parece que aquí debe cobrar relevancia la distinción entre las medidas cautelares en sentido estricto, que pretenden enervar el peligro de la ineficacia de la resolución que pueda poner fin al procedimiento sancionador, y aquellas que persiguen proteger el interés público frente a otros riesgos.

En este último caso, y siempre que el riesgo haya sido creado por el sujeto que sufre los efectos dañosos de la medida ajustada a Derecho, no debe responder la Administración, por las razones antes expuestas. De lo contrario, el perjudicado no tendría alicientes económicos para prevenir el surgimiento de riesgos socialmente inaceptables. Y la Administración encontraría un apreciable incentivo para omitir las obligadas medidas de protección del interés público.

El particular sólo tendría alicientes para invertir en medidas preventivas si la creación de cualquier peligro intolerable estuviera tipificada siempre como infracción administrativa o penal. Pero es obvio que esta circunstancia no se da en la realidad, entre otras razones, porque semejante intervención del *ius puniendi* estatal es radicalmente incompatible con su carácter de *última ratio*. Ni se conmina ni conviene conminar con sanciones el simple hecho de crear cualesquiera peligros de ese tipo, especialmente en una «sociedad del riesgo» como es la nuestra. Por ello, y en contra lo sostenido por el Tribunal Supremo en alguna Sentencia, la adopción de estas medidas cautelares sí puede estar justificada con independencia de que se sancione o no al ciudadano que ha creado con su actuación el riesgo prohibido contra el cual se dirigían. Imaginemos que ese riesgo nace de una gravísima negligencia de un ciudadano que no es constitutiva de infracción por faltar la tipificación legal requerida. Es de sentido común que la absolución no justifica que los contribuyentes carguen con el coste de su imprudencia.

Un tratamiento distinto merecen, a nuestro juicio, los daños ocasionados por medidas cautelares que persiguen asegurar la efectividad de la resolución que ponga fin al procedimiento. Imaginemos un embargo trabado a fin de garantizar el pago de una eventual multa, o el depósito cautelar de bienes que probablemente resulten decomisados como consecuencia de la imposición de una sanción a accesoria. ¿Quién debe asumir el coste de estas medidas? ¿Quién puede prevenir más eficientemente los daños que de ellas se deriven?

Es sabido que la responsabilidad objetiva induce a los responsables a disminuir el volumen de la actividad por la que así se responde, sin influir en el nivel de precauciones que tomarán al realizarla⁵². La responsabilidad objetiva de la Administración, por consiguiente, le llevará a minorar su actividad cautelar. Así disminuye el riesgo de que personas inocentes, si bien aparentemente culpables en un primer momento, sufran daños por una infracción que no han cometido, pero también aumenta el riesgo de que los infractores no reciban el castigo legalmente previsto e impuesto, lo cual merma la eficacia preventiva del Derecho sancionador.

La pregunta es si el perjudicado puede hacer algo para enervar en alguna medida estos dos riesgos y, en caso afirmativo, si puede hacerlo más eficientemente que la Administración. Una solución sería abstenerse de llevar a cabo conductas –lícitas o ilícitas– que le hagan a uno ser sospechoso de haber cometido infracciones administrativas. Sin embargo, ello tendría un coste social desmedido, pues casi cualquier comportamiento, en circunstancias que escapen al control del interesado, puede levantar semejantes sospechas. El simple hecho de estar en el lugar equivocado en el momento equivocado puede ser suficiente.

El interesado tiene una manera mucho más eficiente de evitar aquellos riesgos de equivocación: suministrar a la Administración todas las informaciones de que disponga o pueda razonablemente disponer relativas a la supuesta infracción, incluidas las que indiquen su culpabilidad. Y habida cuenta de que, por regla general, le cuesta obtenerlas mucho menos que a la Administración, resulta razonable que el Derecho incentive de alguna manera dicha colaboración.

Ésta es una de las dos causas explicativas plausibles que le encontramos al artículo 294.1 LOPJ, que dice que «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan irrogado perjuicios», indemnización que también debe reconocerse, según reiterada jurisprudencia, en el supuesto de que se acredite la no participación del inculpado en los hechos⁵³. Es decir, al margen de los supuestos de funcionamiento anor-

⁵² Vid. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, trad. SUÁREZ, FCE, México, 1998, pgs. 168 y ss.

⁵³ Vid. la STC 98/1992, de 22 de junio (F. 2).

mal de la Administración de justicia y de error judicial, el Estado responde patrimonialmente cuando se acredita positivamente ora la inexistencia de los hechos imputados (inexistencia objetiva) ora que el inculpado no participó en ellos (inexistencia subjetiva), debiendo soportar el ciudadano el coste de la prisión provisional cuando dichas circunstancias no han quedado ni demostradas ni falsadas. Esta regulación empujará al inculpado a buscar pruebas que demuestren positivamente su inocencia, contrarrestando el déficit de incentivos que en este sentido entrañan sus derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo. Si respondiese la Administración en todos los casos de prisión provisional seguida de absolución, el inculpado no tendría demasiados alicientes para buscar esas pruebas, puesto que para quedar absuelto y, por lo tanto, liberado de soportar el coste de la prisión provisional le bastaría con que no se demostrase positivamente, con un muy alto grado de verosimilitud, su participación en los hechos.

La otra explicación es que resulta razonable estimar que, por regla general, la probabilidad de que el ciudadano absuelto por no haberse acreditado su participación en los hechos ni su falta de participación sea culpable es más alta que la de que sea inocente. De un lado, porque hemos de suponer que el Ministerio Fiscal no esconderá pruebas que acrediten positivamente la inocencia del acusado, mientras que es muy verosímil que éste, que es quien mejor conoce los hechos, no revele las que demuestran su culpabilidad. De otro lado, por el juego de la presunción de inocencia, que exige para condenar a una persona probabilidades mucho más altas que para absolverla. Esto puede ilustrarse con el sistema de votación establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Jurado. Para declarar probados los hechos que perjudican al acusado hacen falta los votos de siete de los nueve jurados, mientras que cuando le favorecen sólo se precisan cinco⁵⁴. Es decir, si el acusado queda absuelto por no haberse probado ni su participación en los hechos delictivos ni la falta de ella es porque cinco o seis, pero en cualquier caso la mayoría, de los nueve la consideraron suficientemente acreditada. Dicho de otra manera, la probabilidad de que esa persona haya delinquido puede cifrarse ora en 55,55% (5/9) ora en 66,66% (6/9). Ese grado de verosimilitud puede no bastar para dictar una condena penal, en virtud del artículo 24.2 CE, pero sí para que el acusado cargue con el coste económico de las medidas cautelares lícitamente adoptadas en el seno del proceso.

Dada la identidad de razón que en este punto existe entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, ya que también aquí rigen los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo⁵⁵, opinamos que el artículo 294.1 LOPJ ha de aplicarse analógicamente a este último supuesto⁵⁶. Esta solución ha sido postulada por algunos autores adu-

⁵⁴ Vid. los arts. 59 y ss. de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

⁵⁵ Vid., entre otras muchas, las SSTC 76/1990, de 26 de abril (F. 10); 9/2003, de 20 de enero (F. 3), y 54/2003, de 24 de marzo (F. 3).

⁵⁶ REBOLLO PUIG, «Medidas...», pg. 703, núm. 77, considera razonable la solución del art. 294.1 LOPJ, si bien la estima «difícilmente trasladable a la Administración», porque

ciendo que en los casos de absolución por inexistencia objetiva u objetiva de los hechos hay «una razón lo suficientemente radical como para presumir que el juicio de probabilidad formalizado por la autoridad administrativa en materia cautelar fue absolutamente infundado»⁵⁷. Se viene a entender, pues, que dicho artículo contempla un caso de funcionamiento anormal del servicio⁵⁸.

El argumento no nos parece muy atinado. Para empezar, la afirmación de que el juicio de probabilidad realizado por la Administración fue «infundado» resulta equívoca. La circunstancia de que el inculpado haya sido absuelto por inexistencia objetiva o subjetiva de los hechos no significa que la actuación administrativa fuese negligente o anormal. Cabe que la Administración hubiese actuado irreprochablemente, tomando la decisión más acertada a la vista de la información entonces disponible, de los indicios racionales que apuntaban a la culpabilidad del interesado y a la imposibilidad de ejecutar la probable sanción. Así las cosas, no puede hablarse de una medida cautelar carente de fundamento⁵⁹. El artículo 294.1 LOPJ no contempla necesariamente un supuesto de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia⁶⁰. Y, desde luego, la aplicación analógica de este precepto sólo cobra relevancia cuando la Administración actúa de manera correcta, si bien durante el procedimiento mejora la información disponible y se aprecia que el peligro contra el cual adoptó la medida cautelar era «aparente». Porque si la Administración obra incorrectamente, ya sabemos que debe responder.

Algún autor considera que si el procedimiento no termina con una sanción, la regla general de la no responsabilidad de la Administración debe ser excepcionada en el caso de que la infracción haya prescrito, pues el interesado no está obligado a soportar los perjuicios derivados de la inactividad administrativa⁶¹. El razonamiento parece partir implícitamente de la premisa de que la Administración actuó de manera negligente al dejar que corriera el correspondiente plazo. Pero esta premisa es muy discutible, porque la prescripción no implica inexorablemente negligencia administrativa. Cabe que la infracción prescriba a pesar de que las autoridades se hayan

«la responsabilidad de la Justicia sólo se produce por error judicial o funcionamiento anormal».

⁵⁷ PONS CÀNOVAS, *Las medidas...*, pg. 246.

⁵⁸ En este sentido, vid., por todos, SALAS DARROCHA, «La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 19/2003, *in toto*.

⁵⁹ Como afirman GARBERÍ LLOBREGAT/BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, t. I, si la medida cautelar se adoptara concurriendo el requisito del *fumus boni iuris*, pero «en la decisión de fondo no llega a imponerse una sanción al administrado, no por ello habrá resultado infundada o ilícita la previa resolución cautelar».

⁶⁰ En este sentido, vid. DELGADO DEL RINCÓN, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, CEPC, Madrid, 2002, pgs. 497 y ss. y la bibliografía allí citada.

⁶¹ PONS CÀNOVAS, *Las medidas...*, pg. 246.

empleado con todo el cuidado exigible en la persecución de los infractores, aunque sin éxito, por ejemplo, debido a que durante largo tiempo resultó imposible identificarlos. Repárese en que «el fundamento de la prescripción... no radica en la subjetiva intención o voluntad del órgano administrativo de abdicar o renunciar, siquiera implícitamente, al ejercicio de su derecho a sancionar, sino en la objetiva inactividad del mismo en el transcurso del tiempo»⁶².

Cuando se demuestre positivamente que el ciudadano cometió una infracción que ha prescrito a pesar de la diligente actuación administrativa, lo que hay que preguntarse es quién podría haber evitado el daño ocasionado por la medida cautelar a un menor coste. Si el ciudadano, reduciendo su actividad infractora, o la Administración, moderando sus impulsos sancionadores. Aunque tenemos nuestras dudas, nos aventuramos a decir que la primera solución es más beneficiosa socialmente, por lo que el ciudadano debería soportar los daños⁶³.

El supuesto es diferente cuando la Administración incumple su obligación de resolver y notificar la resolución adoptada y, como consecuencia de ello, el procedimiento sancionador caduca. Si por causa imputable a la Administración no se llega a una resolución sobre el fondo, a determinar la inocencia o la culpabilidad del interesado, deviniendo inútiles los esfuerzos invertidos en el procedimiento y las molestias por él ocasionadas, es muy plausible desalentar esa costosa negligencia administrativa.

5. Medidas adoptadas para asegurar la eficacia de una resolución no sancionadora que luego se anula o no se acaba dictando

El problema se plantea, por ejemplo, en relación con las medidas previstas por el artículo 81 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), que dispone que la Administración, para asegurar el cobro de la deuda tributaria, «cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado», puede disponer: «la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Administración tributaria»; «el embargo preventivo de bienes y derechos»; «la prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos»; «la retención de un porcentaje de los pagos que las empresas que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondientes a su actividad principal realicen a los contratistas o subcontratistas, en garantía de las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las

⁶² STS de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 553).

⁶³ Ésta es la solución que sugiere REBOLLO PUIG, «Medidas...», pg. 703, al afirmar que «en algunos casos no se habrá producido una lesión en sentido estricto: por ejemplo, en un procedimiento sancionador, ante una resolución absoluta por prescripción de la infracción».

obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación», y «cualquier otra [medida] legalmente prevista».

La cuestión es quién asume el coste de estas medidas si luego se anula o no se dicta el acto administrativo cuya eficacia trataban de asegurar. El artículo 33 LGT establece que «la Administración tributaria reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme» (art. 33.1); «con el reembolso de los costes de las garantías, la Administración tributaria abonará el interés legal vigente a lo largo del período en el que se devengue sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés legal se devengará desde la fecha debidamente acreditada en que se hubiese incurrido en dichos costes hasta la fecha en que se ordene el pago» (art. 33.2).

Nótese, sin embargo, que este precepto contempla un supuesto que no es exactamente el que estamos considerando. Ni siquiera encaja del todo en su tenor literal el supuesto descrito en el artículo 85.1.c) LGT, que dice que las medidas cautelares han de ser levantadas cuando se acuerde su sustitución por «otra garantía» que se estime suficiente o cuando el contribuyente presente aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución que «garantice el cobro de la cuantía de la medida cautelar». Con todo, cabe aplicarlo analógicamente, habida cuenta de la manifiesta identidad de razón. La *ratio* que inspira el artículo 33 LGT es que el coste económico de las medidas adoptadas para garantizar el cobro de la deuda tributaria, cuando luego ésta se revela inexistente, no deben ser asumidas por el contribuyente, sino por la Administración. Ninguna razón vemos para que ese coste recaiga sobre la Administración o sobre el contribuyente en función del tipo de garantía que asegura el cobro. Lo coherente con el artículo 33 LGT, por consiguiente, es que aquélla responda, cuando menos hasta el límite de lo que le hubiera costado al contribuyente aportar las garantías mencionadas en el artículo 85.1.c) LGT, ya que él es quien más eficientemente puede prevenir la producción de daños superiores, constituyendo tales garantías; él puede valorar mejor que nadie la conveniencia de constituir las o no.

La regla general que se extrae es que el ciudadano no tiene la obligación de soportar los daños ocasionados por una medida cautelar dictada para asegurar la eficacia de la resolución que eventualmente se dicte en un procedimiento no sancionador cuando luego ésta resulta anulada o no se acaba dictando. La regla es plausible, en la medida en que la Administración es quien mejor puede prevenir tales daños, refrenando su ímpetu cautelar.

Si el interesado soportara los daños, tendería a no realizar actividades que pudieran ocasionarlos, es decir, aquellas que pudieran levantar sospechas, inicialmente sólidas y *a posteriori* infundadas, de tener una deuda con Hacienda y no querer o no poder pagarla. El problema es que hay infinidad de comportamientos que pueden resultar sospechosos, y que abstenerse de

realizarlos sólo para prevenir aquellos daños tendría un coste desmesurado. Otra posibilidad sería utilizar una regla equivalente a la del artículo 294.1 LOPJ para mover al interesado a colaborar con la Administración, suministrándole a ésta la información que permita precisar, desde el primer momento, la deuda. Empero, no parece que la aplicación de una regla semejante constituya un incentivo eficaz para que el contribuyente obre en este sentido. Téngase en cuenta que aquí, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos sancionadores, no rigen los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo, por lo que el contribuyente ya tiene suficientes incentivos para aportar las pruebas que acrediten positivamente los hechos que le favorecen; ya corre con la carga de probar los hechos impeditivos, excluyentes o extintivos de la deuda tributaria⁶⁴. Y, por otro lado, es claro que por más que se le imponga el coste derivado de las medidas cautelares, el interesado, si actúa con un mínimo de astucia, jamás revelará aquellos elementos probatorios que le perjudiquen, que demuestren positivamente la existencia de la deuda, a menos que otras normas distintas de las que regulan la responsabilidad patrimonial –v. gr., sancionadoras– le obliguen a ello. Dicha imposición, en suma, carece prácticamente de eficacia preventiva.

Trasladar el coste a la Administración, en cambio, sí que producirá apreciables efectos preventivos, pues ésta tenderá a reducir su actividad cautelar, disminuyendo el número de ocasiones en que adopta costosas medidas encaminadas a garantizar el cobro de una deuda que luego se demuestra inexistente.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Si la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha de cumplir eficazmente su finalidad, convendría configurarla e interpretarla teniendo en cuenta datos empíricos, más o menos fiables, acerca de los efectos que las diversas soluciones tengan sobre las conductas de los actores implicados⁶⁵.

⁶⁴ Vid. los arts. 105 y ss. LGT, así como LÓPEZ MOLINO, *Régimen jurídico de la prueba en la aplicación de los tributos*, Aranzadi, Elcano, 1998, pgs. 297 y ss.; PITA GRANDAL, *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pgs. 89 y ss. Respecto de los procedimientos administrativos en general, con matices de los que aquí no puede darse cuenta, vid. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 194 y ss.

⁶⁵ Como señala MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pgs. 299 y 300, «construir un sistema adecuado de responsabilidad administrativa requiere muchísima información. Información detallada relativa a las medidas de seguridad existentes real y potencialmente y a su eficacia y coste (qué medidas de precaución adoptan y pueden adoptar las Administraciones públicas, las víctimas potenciales y hasta terceros, cuál es su eficacia y cuánto cuestan), a las capacidades económicas de la Administración, a la incidencia de un régimen u otro de responsabilidad administrativa en la calidad y cantidad de los servicios públicos».

Lamentablemente, nosotros no disponemos de esos datos, ni del tiempo ni de los medios para obtenerlos. Confesamos sin rubor que hemos interpretado la legislación vigente a la vista de las hipótesis al respecto que consideramos intuitivamente más verosímiles, y que nuestras estimaciones merecen en líneas generales escaso crédito. Pero nos tememos que los magistrados de lo Contencioso-Administrativo, pese a todo, no se hallan en este punto en una posición mucho mejor⁶⁶.

Cabe pensar que el legislador, auxiliado por la Administración, es el que más eficiente y democráticamente puede obtener y valorar la información requerida. Ésta es una de las razones por las cuales debería esforzarse en precisar los supuestos en los cuales responden las Administraciones públicas⁶⁷. Muy probablemente, las resoluciones judiciales que se pronunciasen al respecto ganarían en acierto y legitimidad democrática, y proporcionarían a los ciudadanos mayor seguridad e igualdad. Una solución plausible sería que las disposiciones legales sectoriales que regulan con cierto detalle los actos cautelares que cabe dictar en determinados ámbitos concreten también en qué casos y medida ha de responder la Administración por los daños eventualmente causados. Algunas ya lo hacen.

101-A) Concepto y características

m. de la responsabilidad de las acciones generales al suponerse un deber de diligencia en las mismas en otras ramas del Derecho.

⁶⁶ Vid. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pgs. 298 y ss.

⁶⁷ Sobre la obligación constitucional del legislador de establecer una regulación más detallada que la vigente, vid. BLANQUER, «La soberanía...», *in toto*.