



Impacto legal de la pandemia

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado

Sumario

- I.- IMPACTO LEGAL DE LA PANDEMIA
- II.- EL NUEVO ESCENARIO DE LA PANDEMIA
- III.- MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DEL SECTOR PÚBLICO.
- IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR
- V.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES
- VI.- RIESGOS DEL DESARROLLO
- VII.- DIFERENCIA ENTRE REPARACIÓN DEL DAÑO POR EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
- VIII.- CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN
- IX.- REQUISITOS DE VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES
- X.- PÉRDIDAS ECONÓMICAS
- XI.- CONCLUSIONES

I.- IMPACTO LEGAL DE LA PANDEMIA.

La sociedad española ha vivido un período de enorme actividad normativa desde el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno el pasado 13 de marzo,¹ hasta la finalización del estado de alarma y la prórroga de la declaración del estado de alarma² en el que nos encontramos,³ **largo período turbulento** en el que los distintos órganos reguladores del Estado han decretado un **bosque de cientos de normas** para regular medidas de carácter estatal en el ámbito sanitario, económico y social, con independencia de las dictadas en la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas.

La incidencia de las medidas normativas fue determinante en la marcha de la economía, al haber supuesto –entre otras cosas- la **paralización de gran parte de la actividad productiva en aplicación del principio de precaución**, lo que ha producido un escenario de incertidumbre e incógnitas que aún hoy

1 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno de España declaró el Estado de Alarma para la prevención y contención de la pandemia del COVID-19 inició una cascada normativa de excepción, con medidas regulatorias adoptadas por el Gobierno de España y ratificadas por las Cortes justificadas en crisis sanitaria motivada por la pandemia, basadas en la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, excepción y sitio y una cadena en cascada de disposiciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tendentes a regular la situación creada con el Estado de Alarma. Durante la vigencia de dicho estado la sociedad ha vivido un periodo de enorme actividad normativa desde el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno el 13 de marzo de 2020, hasta la finalización del Estado de Alarma, en el que los distintos órganos reguladores del Estado han decretado multitud de normas para regular medidas de carácter estatal en el ámbito sanitario, económico y social, con independencia de las dictadas en la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas.

2 Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

3 Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, y se someterá a las condiciones establecidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y en los decretos que, en su caso, se adopten en uso de la habilitación conferida por la disposición final primera del citado Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

están pendientes de ser resueltas ante el rebrote de la pandemia.

La extrema regulación normativa vivida durante los períodos de estado de alarma ha puesto de manifiesto la **relevancia de la gestión de riesgos jurídicos relacionada con asuntos legales, regulatorios, contractuales, así como de derechos y obligaciones no contractuales**, todo ello como parte integral de la gobernanza y gestión general de la organización en la que los riesgos legales son una pieza clave del proceso global de gestión de riesgos.

El desafío para de gestión de riesgos legales requirió un enfoque capaz de reflejar en cada organización, las diferencias de su contexto externo, incluido el entorno legal extraordinario de pandemia y las características propias de cada organización - sus objetivos y valores - y de cada sector. Los juristas hemos intentado minimizar la complejidad y el costo de los procedimientos legales, tratando de adaptar la actividad al marco regulador desbocado estos meses, gestionando las consecuencias negativas del riesgo legal. Así -por ejemplo-, en éste tiempo fomentamos activamente la evitación y resolución de disputas o litigios e intentamos equilibrar las obligaciones contractuales, los costos, los objetivos comerciales y la reputación de la organización que evidenció su vulnerabilidad ante la opinión pública.

La extrema regulación normativa vivida durante este período ha alterado el marco de infinidad de relaciones jurídicas, poniendo de manifiesto la relevancia de la gestión de riesgos jurídicos relacionada con asuntos legales, regulatorios, contractuales, así como de derechos y obligaciones no contractuales, todo ello como parte integral de la gobernanza y gestión general de las organizaciones, en la que los riesgos legales son una pieza clave de su actividad. Se ha llegado a cuestionar un pilar fundamental básico de la convivencia social, el principio de seguridad jurídica y la limitación de los derechos fundamentales. Se ha llegado a cuestionar un pilar fundamental básico de la convivencia social, el principio de seguridad jurídica y la limitación de los derechos fundamentales.

Las consecuencias de la regulación reactiva suponen una **alteración significativa de las relaciones jurídicas de particulares y organizaciones** sin posibilidad de volver el estado original previo a la declaración del primer estado de alarma.

La oportunidad para la renegociación contractual vino de la mano de la cláusula “rebus sic stantibus” en las obligaciones de tracto sucesivo y en aquellas exigibles en plena declaración de estado de alarma por la pandemia. Nos hemos encontrado ante circunstancias imprevistas para las partes al suscribir el contrato, factores sobrevenidos, que se precipitaron en cadena a partir de la declaración de pandemia del COVID-19. Por todo ello, a la luz de la «teoría de la Imprevisión» y la regla « rebus sic stantibus » siempre que se pueda demostrar que, a causa de la pandemia, el cumplimiento del contrato para una de las partes se ha vuelto desproporcionadamente gravoso o conlleva la asunción de un riesgo imprevisible al momento de la suscripción del contrato, el deber de buena fe en el tráfico jurídico conlleva que cuando, fuera de lo pactado, sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente las pretensiones de las partes, lo que cabe esperar en este contexto es la adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

La crisis ha puesto en valor el establecimiento de los principios de equidad como guía de la gestión del riesgo legal que incluye la gestión de conflictos de intereses, que proporciona una voz imparcial e independiente en las decisiones y respalda la debida diligencia y la equidad para los mejores intereses de la organización.

Nadie desea una sociedad frágil y temerosa por la crisis vivida.

El esfuerzo conjunto de todos los agentes sociales por alcanzar la **seguridad jurídica** es el paso previo para conseguir relaciones fructíferas de paz y justicia en nuestra sociedad.

La finalidad originaria del control regulador sanitario de la pandemia ha desencadenado multitud de consecuencias económicas y sociales no deseadas originando daños colaterales. Han quedado al descubierto los puntos débiles del sistema como redes de seguridad social erosionadas, paro, ruina, modelos laborales precarios, sistemas sanitarios sin recursos y el principio de seguridad jurídica deseable en toda sociedad.

Ahora es tiempo de recuperarse de los estragos producidos por el estado de alarma; también es tiempo de evaluar las actuaciones del poder lideradas por el Sector Público y

reparar los daños y perjuicios sufridos por los que no tuvieron el deber jurídico de soportarlos.

La predictibilidad de un marco legal y económico estable es un factor imprescindible que permitirá el desarrollo eficaz de las relaciones humanas y empresariales, en un futuro en el que se disipen las dudas sobre la incertidumbre de la inseguridad jurídica.

II.- EL NUEVO ESCENARIO DE LA PANDEMIA.

Analizamos seguidamente las posibles consecuencias legales en el ámbito de la responsabilidad de las actuaciones del Sector Público con motivo de la pandemia COVID-19, los principios jurídicos en los que se basa, así como los requisitos que deben concurrir para que puedan plantearse estas reclamaciones en España.

La crisis del COVID-19 en su vertiente estrictamente sanitaria ha dejado víctimas mortales y afectados, sobre las que flota la inevitable pregunta de la posible o no responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público en su caso concreto, cuestión a la que he tenido que contestar en los últimos meses con motivo de múltiples seminarios, entrevistas y consultas de afectados que se debaten en un mar de dudas. La pandemia hasta hoy tiene un saldo de víctimas de 55 millones de contagiados, más de 1,3 millones de fallecidos y más de 38 millones de recuperados. Concretamente en España la Covid-19 ha dejado un rastro letal: más de un millón y medio de infectados y casi 41.000 fallecidos.

Este dramático cuadro nos sitúa en la más grave recesión económica mundial desde 930. En España la crisis originada por la pandemia ha hecho que millones de personas pierdan su empleo o hayan pasado a depender de las ayudas del Gobierno. En octubre, había 3.826.043 personas en el paro en España y 730.000 personas están afectadas por la prórroga de los ERTES hasta el 31 de enero. La OCDE, estimó la mayor caída del PIB en España entre los países del grupo. La tasa de paro real según la última EPA es del 15,33% de la población activa y que según el gobierno cerrará el ejercicio en el 19% de la población activa.

Las restricciones adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria y el incremento de la incertidumbre están impulsando el ahorro en detrimento del consumo, que caerá un 14% en

2020. El turismo está gravemente afectado, según la Organización Mundial del Turismo, entre 100 y 120 millones de empleos directos corren peligro en el sector turístico. El Banco de España prevé que el PIB caiga cerca del 12,6% y duda de las previsiones de ingresos, déficit y deuda. La economía española es la que más se resiente en Europa por la segunda ola, tanto que la actividad económica en nuestro país cayó en octubre y se situó en niveles de mayo, cuando el país estaba prácticamente en su totalidad confinado por el estado de alarma.

El coronavirus nos trastocó la vida de golpe hasta el punto de generar **bucles de responsabilidad** agravada conforme evoluciona la crisis.

La exigencia de **responsabilidad por falta de medidas de prevención de riesgos laborales** durante la pandemia Covid-19, está siendo objeto de reclamaciones judiciales en toda España. En este sentido la adopción de medidas excepcionales no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo al tener como fin la preservación de la salud y la búsqueda de consenso con la representación de los trabajadores, pero no logrado éste correspondía al titular de la actividad tomar las decisiones oportunas en pro de la seguridad y

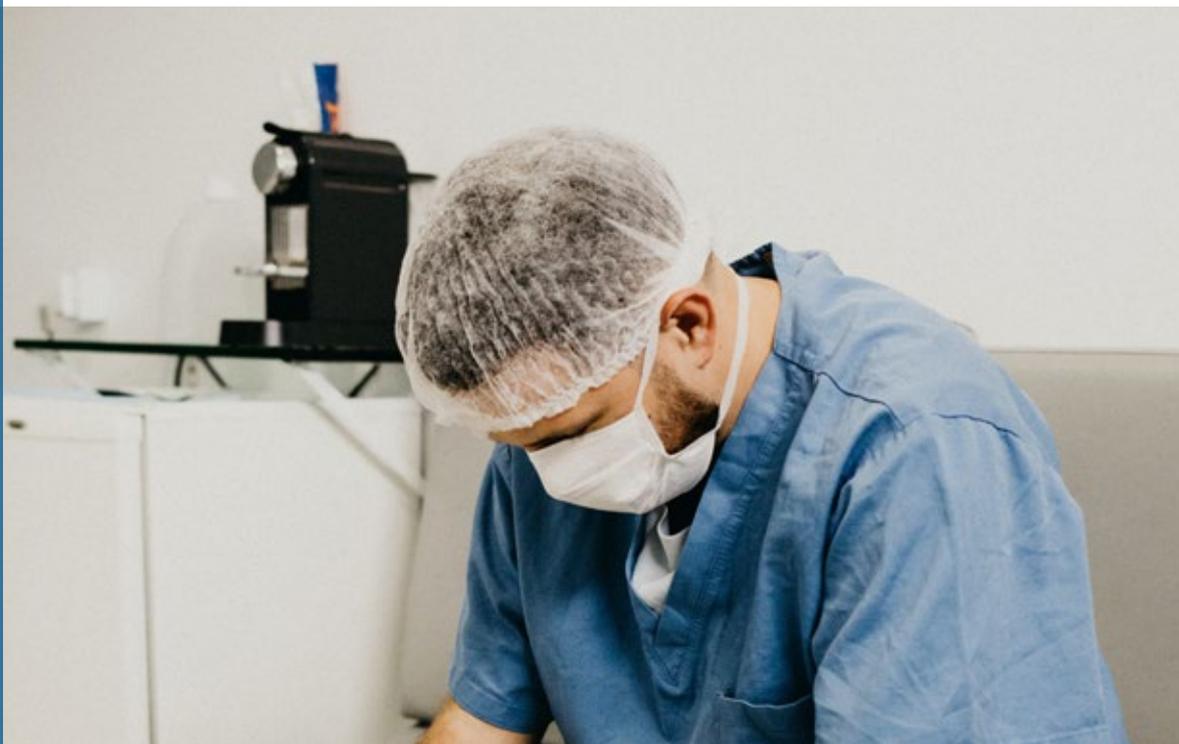
salud.⁴

Muchos meses después del inicio de la pandemia seguimos en una constante adaptación, enfrentando **pérdidas económicas, personales y sociales**, y la falta de certezas en una realidad mutante que parece no tener fin.

La encuesta 40dB publicada el día 15 de noviembre de 2020⁵ indica que **la mitad de los**

4 Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, número 688/2020, 25.

5 Diario EL PAIS, 15 de noviembre de 2020, pág.: 26. "Como consecuencia de la menor entrada de dinero en los hogares, casi 6 de cada 10 encuestados (57%) afirman que han reducido sus gastos en ocio y tiempo libre. Este es el apartado en el que más personas han recortado el presupuesto. El siguiente, mencionado por uno de cada cuatro encuestados (25,5%), es el de productos de primera necesidad. Un 15,4% de personas ha dejado de poner la calefacción o el aire acondicionado cuando lo han necesitado —en el caso de los jóvenes de 18 a 24 este porcentaje sube hasta el 26%—, mientras que un 8,8% ha recortado en salud: afirman que han dejado de comprar alguna medicina, han abandonado algún tratamiento médico o han aplazado o anulado visitas al dentista o al oculista, especialidades que en España no cubre la sanidad pública. Los mayores de 65 años son los que están aguantando mejor la crisis económica, a juzgar por sus respuestas. Más de la mitad (51,8%) seleccionó la categoría "ninguno de los anteriores" cuando se le pedía identificar en qué había recortado. En la población general el porcentaje es del 33,6%, lo que, según el análisis de 40dB, "señala en la dirección de que los mayores, pese a ser el sector más vulnerable en términos sanitarios por la pandemia,



españoles ha perdido ingresos por el virus y el 26% ha perdido su trabajo de forma temporal o definitiva. Desde el punto de vista jurídico resulta relevante el dato que indica que el 11,9% de los encuestados se han retrasado en el pago de recibos, el 8,8% han dejado de seguir un tratamiento médico y el 6,8% ha dejado de pagar el alquiler o la hipoteca.

La misma encuesta nos indica que un 61,4% de la población se siente desanimada y pesimista, el 56,6% asegura que aumentarán las desigualdades entre generaciones y un 80% que dicha desigualdad se producirá en el ámbito económico.

La encuesta muestra también cómo la pandemia ha trastocado el ámbito laboral. El teletrabajo ha ganado posiciones, hasta el punto de que uno de cada tres ciudadanos con empleo (33,7%) dice que ha pasado de trabajar presencialmente a hacerlo de forma remota, bien parcialmente o todos los días.⁶

A la población le cuesta desconectar de los problemas, aparecen trastornos de sueño y falta de concentración. Y en los casos en los que la actividad laboral lo permite, el teletrabajo dista mucho de ser la forma óptima de rendimiento posible. Con el paso de los meses se viven situaciones de crisis de pánico, depresión e impotencia por el desaliento y el cansancio. Los especialistas en salud mental alertan sobre la importancia de no desdeñar los síntomas y desde la ONU se advierte que la pandemia ha plantado las semillas de una enorme crisis de salud mental, el aislamiento físico, el miedo, la pérdida económica y hasta la desinformación han extendido el malestar psicológico en la población, se han aumentado los índices de suicidio, hay mayor maltrato de hijos a sus padres. En definitiva un horizonte de sufrimiento, impotencia, resentimiento y muchas efectos adversos a los que hay que enfrentarse

son los que menos afectados se ven por las consecuencias económicas de la misma”.

6 Según la encuesta 40dB citada un 40% de personas con empleo trabaja en remoto. “En este apartado se aprecian diferencias entre las personas que residen en zonas rurales (el estudio las considera así cuando se trata de municipios de menos de 10.000 habitantes) y las que lo hacen en zonas urbanas. Un 46,6% de los encuestados afirma que sus empleos no son compatibles con el teletrabajo, pero cuando se segmenta por el tamaño de su municipio se comprueba que en el medio rural este porcentaje sube hasta el 60,2%, mientras en las áreas urbanas es del 43,1%. La Comunidad de Madrid destaca como la región más propicia para el teletrabajo, según la encuesta, ya que un 47,8% de sus residentes aseguran que han pasado de trabajar presencialmente a hacerlo en remoto.”

con escasa información y transparencia.

Ante esta situación un planteamiento de declaración genérica o universal de responsabilidad de todo el Sector Público, no parece que tenga ningún recorrido jurídico por los motivos que exponemos a continuación. Por el contrario, parece claro que cada posible reclamación deberá analizarse minuciosamente desde el punto de vista de las especiales circunstancias concretas concurrentes en cada caso y si los requisitos de la responsabilidad de la Administración se ajustan como para que la responsabilidad pueda ser declarada por un órgano jurisdiccional.

III.- MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DEL SECTOR PÚBLICO.

La configuración del régimen español de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público contenido en el artículo 106, 2 de la Constitución Española y el artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se caracteriza desde hace más de medio siglo, como un sistema de responsabilidad civil directa, impersonal y por funcionamiento normal o anormal del Sector Público, bastando la concurrencia de los requisitos de la acción u omisión del servicio público, el daño sufrido por el perjudicado que sea evaluable económicamente y la relación de causalidad (material o legal) entre el hecho generador de responsabilidad y el daño causado. Cuando coincidan esos requisitos la Administración imputada solamente quedará exonerada de responsabilidad si acredita que en la cadena de los elementos de la responsabilidad existió la fuerza mayor y un riesgo del desarrollo asimilable -desde el año 1999- a la fuerza mayor.

Reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado los requisitos de la fuerza mayor -a la que se refiere la causa de exoneración de responsabilidad-, determinando que la misma debe ser un acontecimiento de procedencia externa imprevisible, inevitable e irresistible, ajeno a la Administración presunta responsable y que suponga un obstáculo de tal naturaleza que impida el cumplimiento de la obligación de evitar el daño por la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas.⁷

7 V. la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal núm. 1321/2006, de 18 de diciembre : [...] la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S 24 de diciembre de 1999), debiendo concurrir en dicho aconte-

Para que la Administración pueda conseguir la exoneración de su responsabilidad debe acreditar, mediante la prueba correspondiente, la concurrencia de los requisitos mencionados ya que la acreditación de fuerza mayor corresponde a quien la alega.

Cabe preguntarse si la pandemia COVID-19 es un supuesto o no imprevisible.

Para VELA TORRES, una vez analizados varios antecedentes de acceso público, “en consecuencia, a la vista de tales documentos, informes y previsiones legislativas, parece que puede concluirse que la pandemia no era imprevisible para las compañías de seguros”.⁸ Los documentos a los que se refiere son del el Grupo Consultivo de Actuarios Europeos que publicó un documento titulado “**Reflexiones actuariales sobre el riesgo de pandemia y sus consecuencias**”,⁹ la publicación del Lloyd’s titulada “Pandemia. Impactos potenciales en el seguro” (“**Pandemic. Potential insurance impacts**”),¹⁰ el documento del grupo asegurador AXA, “Informe de Riesgos Futuros” (“**Future**

cimiento —hecho determinante— la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega (SS 19 de mayo de 1960, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio y 24 de diciembre de 1999 y 2 de marzo de 2001), sin que pueda confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento (S 22 de febrero de 2005); y asimismo debe haber una total ausencia de culpa (SS 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 18 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004), porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito (S 2 de enero de 2006). La “fuerza mayor” ha de consistir en una fuerza superior a todo control y previsión (S 20 de julio de 2000), y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico (S 4 de julio de 1983, reiterada en las de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 20 de julio de 2000 y 15 de febrero de 2006). La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos —S 16 ele febrero de 1988—; diligencia razonable —S 5 de diciembre de 1992—; adecuada —S 5 de febrero de 1991 y 2 de enero de 2006—; precisa —S 31 de marzo de 1995—; debida —SS 28 de marzo de 1994 y 31 de mayo de 1997—; necesaria —S 8 de noviembre de 1999—), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal».

8 VELA TORRES, PEDRO JOSÉ, “Los contratos de seguro ante la epidemia del COVID-19.” XX Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro” Edit. SEPIN noviembre 2020.

9 https://actuary.eu/documents/pandemics_web.pdf.

10 <http://www.lloyds.com/-/media/56717bbl7cb243a4b8863cf322b48bec.ashx>.

Risks Report”)¹¹ y el Informe de conclusiones del Foro Económico Mundial del año 2008.¹²

La amenaza de la pandemia fue advertida en el mes de septiembre de 2019 en el informe de Naciones Unidas y el Banco Mundial titulado “**Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias**”. El informe afirma que la enfermedad se encuentra a sus anchas en el desorden y aprovecha la situación: los brotes han ido en aumento en las últimas décadas y el espectro de una emergencia sanitaria mundial se vislumbra peligrosamente en el horizonte. “Si es cierto el dicho de que «el pasado es el prólogo del futuro», nos enfrentamos a la amenaza muy real de una pandemia fulminante, sumamente mortífera, provocada por un patógeno respiratorio que podría matar de 50 a 80 millones de personas y liquidar casi el 5% de la economía mundial. Una pandemia mundial de esa escala sería una catástrofe y desencadenaría caos, inestabilidad e inseguridad generalizadas.”

¹³ El Informe es concluyente cuando anticipaba meses antes de la crisis: “El mundo corre grave peligro de padecer epidemias o pandemias de alcance regional o mundial y de consecuencias devastadoras, no solo en términos de pérdida de vidas humanas sino de desestabilización económica y caos social.” ¹⁴

¿La gestión sanitaria del coronavirus ha sido adecuada? “Rotundamente, no – afirma JIMÉNEZ MORIANO. El 10 de enero de 2020 la OMS publicó un amplio conjunto de orientaciones técnicas con recomendaciones para todos los países sobre el modo de detectar casos, realizar pruebas de laboratorio y gestionar los posibles casos. Las orientaciones

11 https://www-axa-com.cdn.axa-contento-118412.eu/www-axa-com%2F744a1c88-b1a7-4103-a831-a84f72578a0f_1910-15+future+risks+report+final.pdf

12 http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2008.pdf. “This is the only medical risk featured in the top 10 ranking this year. At the global level, there is no clear consensus on the main concerns related to pandemics and infectious diseases. Experts highlight three different main areas: new strains of infectious diseases—for example, Ebola and Zika—antimicrobial resistance and “super bugs,” and changing patterns of infectious diseases caused by the impact of climate change and global travel. Interestingly, Experts living in Africa provide significantly different answers from the rest of the sample.

They are mostly worried of new strains of infectious diseases”

13 Pág. 6 del Informe. Disponible en versión en español en: https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf

14 Ob. Cit. Pág.: 11 y ss.

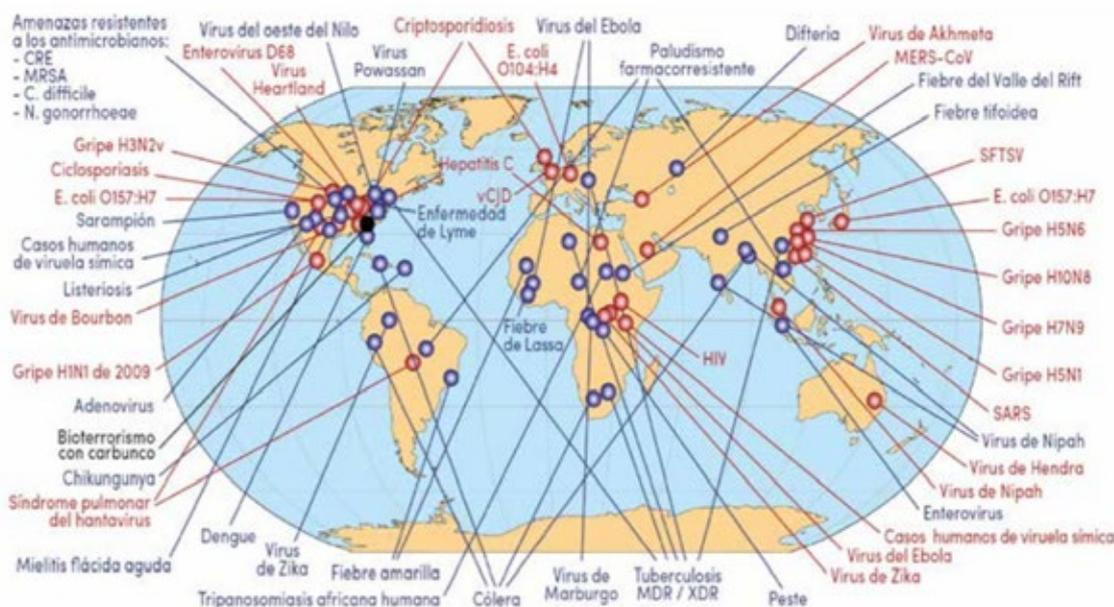


Gráfico con ejemplos de enfermedades emergentes y reemergentes a nivel mundial.

Fuente: Naciones Unidas y el Banco Mundial titulado "Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias". Septiembre 2019

se basaban en los conocimientos sobre el virus que existían en ese momento. Por otra parte, tomando como base la experiencia con el SARS y el MERS, así como las vías de transmisión conocidas de los virus respiratorios, se publicaron orientaciones sobre la prevención y el control de infecciones destinadas a proteger a los profesionales sanitarios, en las que se recomendaba adoptar precauciones contra la transmisión por gotículas y por contacto al atender a los pacientes, así como precauciones contra la transmisión aérea en las intervenciones asociadas a la generación de aerosoles. Estas recomendaciones cayeron en saco roto, pues ni el Gobierno central ni las comunidades autónomas tomaron ninguna precaución. El servicio público ha funcionado así pues de manera deficiente." Existe una obligación genérica por parte de la Administración Pública española de minimizar el impacto de esta crisis mediante la adopción de las medidas sanitarias adecuadas. "No obstante -prosigue JIMÉNEZ MORIANO-, no solo incurrió en una clara omisión de su deber de evitar la propagación del coronavirus, sino que con su actuación permitió que el mismo se expandiera, con la más que posible multiplicación del número de personas contagiadas. La experiencia demuestra que hay riesgos imprevisibles y otros que, siendo previsibles, son inevitables porque superan las fuerzas humanas. En cambio, hay riesgos que, con una actitud diligente, pueden preverse a partir de la información disponible. Algunos de

esos riesgos previsibles se pueden eliminar o, al menos, mitigar si se adoptan las decisiones adecuadas a tiempo".¹⁵

El principio de la responsabilidad se basa en que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.¹⁶

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

¹⁵ JIMÉNEZ MORIANO, Oscar. "El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus" Edit. Wolters Kluwer España, S.A. 2020.

¹⁶ Artículos 106 de la Constitución Española y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

A propósito de la consideración de COVID-19 como accidente de trabajo, el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo reconoce como accidente de trabajo de las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído COVID-19 durante cualquiera de las fases de la pandemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios.

De acuerdo con el artículo 9 de la citada norma se considerarán como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

1. Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por



el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Disposición transitoria tercera del mencionado Real Decreto establece los efectos de la calificación como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

La asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el artículo 9 durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma, se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación.

No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9 la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional.

¿Caben reclamaciones de responsabilidad civil patronal por contagios por Covid-19? La respuesta es positiva, sin embargo el problema es la concurrencia de los requisitos que tanto la Ley como la Jurisprudencia exigen para que prospere la acción de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, en primer lugar la producción de un daño, seguidamente la negligencia, dolo o morosidad en la conducta de quien lo causó por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la normativa de prevención de riesgos laborales y la relación de causalidad entre la conducta

del agente y del daño causado que ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad del causante. El problema se agrava para el empleador en los supuestos de responsabilidad por riesgo civil, en los que se produzca un mero **riesgo sin resultado lesivo**, ya que –como declaró la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de junio de 2020 (Sala de lo Social)- queda abierta la posibilidad de demandar en la jurisdicción social a la empresa por poner en una situación de riesgo a los trabajadores, aun cuando no se haya producido un resultado dañoso.¹⁷

Resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, número 1271/2020 de 8 Oct. 2020, Rec. 91/2020, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad el Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 RD 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y declara que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios, desestimando el recurso en todo lo demás.¹⁸

IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso

¹⁷ En realidad se trata de un daño moral que se presume, por vulneración de los derechos fundamentales al amparo de lo establecido en el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que establece: “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

¹⁸ Sentencia disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/850233684>

contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Y si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

La responsabilidad del Estado legislador por la COVID-19 puede invocarse respecto de

los daños y perjuicios sufridos por empresas, trabajadores o contribuyentes, o litigantes que hayan visto su actividad paralizada o recortada, o no restablecida y que pueden considerar que el daño sufrido ha sido antijurídico y que no tienen el deber de soportar. “Como quiera que no son impugnables por los ciudadanos las normas con rango de ley, la LRJSP ha optado como compensación por exigir únicamente la alegación de inconstitucionalidad al dirigirse contra el acto de aplicación de la disposición con rango de ley. Sin que sea preciso que el órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad o deba acudir al recurso de amparo. Estas exigencias tornan sumamente complicado el poder conseguir una indemnización por este cauce. Máxime cuando el Tribunal Constitucional aplica a veces la «doctrina prospectiva», es decir, priva de efectos retroactivos a sus propias sentencias, lo cual ha hecho en ocasiones para evitar al Estado desembolsos cuantiosos.”¹⁹

V.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES.

Cuando de la gestión dimanante de

¹⁹ JIMÉNEZ MORIANO, Ob. Cit. Apartado 1, in fine.

C O R O N A

fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

En lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere, este régimen legal dio respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de acuerdo con las valoraciones predominantes en el mercado, estableciendo además la posibilidad de que hasta un determinado límite pueda hacerse efectiva en el plazo de treinta días, siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad

entre la lesión y el funcionamiento normal o anormal del servicio público sean inequívocos.

Existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, y se fundamenta en la existencia de una lesión --en bienes o derechos-- para

A
V
I
R
U
S

el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Con la transferencia de las competencias en Sanidad a las Comunidades, la gestión desigual de la crisis sanitaria ha puesto a prueba a prueba el Estado autonómico 40 años después de su creación. Precisamente ese es el talón de Aquiles de las Administraciones Autonómicas, el cúmulo incesante de normas con medidas y restricciones para luchar contra el avance del coronavirus en cada Comunidad, ya que una de las características de la oleada de otoño de la pandemia es que las autonomías aplican limitaciones a la movilidad y la vida social para detener la COVID-19, medidas cuestionables en algunos casos y que los Tribunales han llegado a declarar su improcedencia, hasta que el decreto de la segunda oleada de estado alarma otorgó a las comunidades autónomas los instrumentos jurídicos necesarios para tomar medidas frente a la pandemia sin depender del aval de los tribunales.

Se ha suscitado el problema de la naturaleza jurídica de las medidas sanitarias que se han adoptado por el Gobierno y por las Comunidades Autónomas desde el cese del primer estado de alarma, con el fin de intentar determinar si se trata de meros actos administrativos o de auténticas disposiciones generales, cuestión que influye, entre otras cuestiones, en la necesidad o no de someterlas a ratificación judicial previa. La cuestión controvertida queda salvada en parte por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma, regulando el toque de queda y los confinamientos perimetrales.²⁰

Al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2020/2790(RSP)), señala que se han adoptado medidas que han restringido la libertad de

circulación, la libertad de reunión y asociación o la libertad de expresión, o se ha recurrido a medidas represivas de forma desproporcionada para hacer cumplir las restricciones, viéndose, incluso, afectados los sistemas judiciales. El Parlamento Europeo recuerda que el funcionamiento de las democracias y los mecanismos de control y compensación a los que están sujetas se ven afectados cuando una situación de emergencia sanitaria altera el reparto de poderes, como permitir al ejecutivo adquirir nuevas competencias que suelen estar reservadas para el poder legislativo y las autoridades locales, al tiempo que se imponen restricciones al papel de los Parlamentos, el poder judicial, la sociedad civil y los medios de comunicación, así como a las actividades y la participación de los ciudadanos. Señala además que las medidas de emergencia deben ser no discriminatorias y que los Gobiernos no deben aprovecharse de la legislación de emergencia para imponer restricciones a los derechos fundamentales, debiendo tomar otras decisiones para reducir el posible efecto negativo de tales medidas en la vida de las personas.²¹

VI.- RIESGOS DEL DESARROLLO.

El patógeno coronavirus SARS-COV Covid-19 era desconocido hasta entrado el año 2019. De hecho son múltiples los testimonios científicos que hacen referencia al enorme grado de desconocimiento del mismo. **No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.**

La equiparación de facto realizada a raíz de la Ley 4/1999 de los riesgos del desarrollo

20 V. al respecto ENRÍQUEZ MALAVÉ, GUILLERMO. "Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al COVID-19: ¿Actos administrativos o disposiciones judiciales? Algunas consideraciones a propósito de la ratificación judicial de las mismas y del nuevo estado de alarma." Diario La Ley, Nº 9740, Sección Tribuna, 20 de Noviembre de 2020, Wolters Kluwer. "Es oportuno recordar que la defensa de la Constitución y del Estado de Derecho no se realiza solamente con declaraciones grandilocuentes, sino que supone el respeto y la aplicación efectiva de todos los preceptos del Ordenamiento."

21 V. al respecto RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME y DOBARRO GÓMEZ, CRISTÓBAL. "La simplificación administrativa tras el Covid-19: exigencia de una buena administración" Actualidad Administrativa, Nº 11, Sección Actualidad, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 12684/2020. "La actual crisis económica derivada de la pandemia del COVID19 ha puesto en evidencia la falta de eficacia de las políticas públicas en diversos sectores, como son el financiero, regulatorio, la contratación pública o la actividad de fomento de la Administración. En este contexto, en el que se hace preciso que todos los recursos públicos y privados se pongan al servicio de la recuperación social y económica, es necesario poner todos los medios para que la misma sea lo más rápida posible. Nuestros procedimientos administrativos se han revelado como obsoletos, y ponen de manifiesto la necesidad de afrontar una decidida reforma de diversa normativa a la luz del derecho a la buena administración."

como causa de exoneración de responsabilidad de las Administraciones Públicas puede ser un argumento de defensa de las Administraciones de cara a su defensa.

Son riesgos de desarrollo los causados por un defecto en un producto, servicio o proceso de toma de decisiones, que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto, la prestación del servicio o el proceso de que se trate. Cuando se produce un daño derivado de riesgos de desarrollo, algunos ordenamientos jurídicos imputan la responsabilidad correspondiente al causante del daño en cuestión, pero otros le conceden una excepción que le permite exonerarse de tal responsabilidad, como es el caso del artículo 34 de la Ley 40/2015 citada. “El estado de la técnica es el estado del desarrollo de los más avanzados procedimientos, instalaciones o formas de producción, que permite demostrar la aptitud práctica de una medida para alcanzar con seguridad aquella concreta finalidad prevista por el legislador, ya sea limitar emisiones, prevenir un riesgo, evitar un peligro o, en nuestro caso, apreciar la existencia del defecto.”²²

De acuerdo con el artículo 174 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea “debe permitirse que cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Siguiendo este argumento, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que «no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente» - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010. Al respecto la carga de la

prueba en las reclamaciones por deficiencias en la prestación de asistencia sanitaria. Finalmente y desde el punto de vista de la carga de la prueba, atendiendo al art. 217 LEC, hay que señalar que le corresponde a la administración conforme al art. 217.7 LEC la acreditación de la corrección de la prestación sanitaria, siendo que es el demandante quien debe destruir la acreditación que haga la administración.²³

VII.- DIFERENCIA ENTRE REPARACIÓN DEL DAÑO POR EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Tanto el régimen jurídico de la expropiación forzosa como el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública del Estado quedó consolidado en España a partir de los años cincuenta del siglo pasado. Configurada por primera vez en el art. 121 LEF²⁴ y contenida en la LRJAE, en los arts. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, adquirió relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 CE como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático --art. 1 CE-- y se desarrolla en los arts. 139 y ss. LRJAP y en el RD 429/1993 de 26 Mar. (Regl. de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial actualmente derogado)²⁵, hasta llegar al texto legalmente vigente contenido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

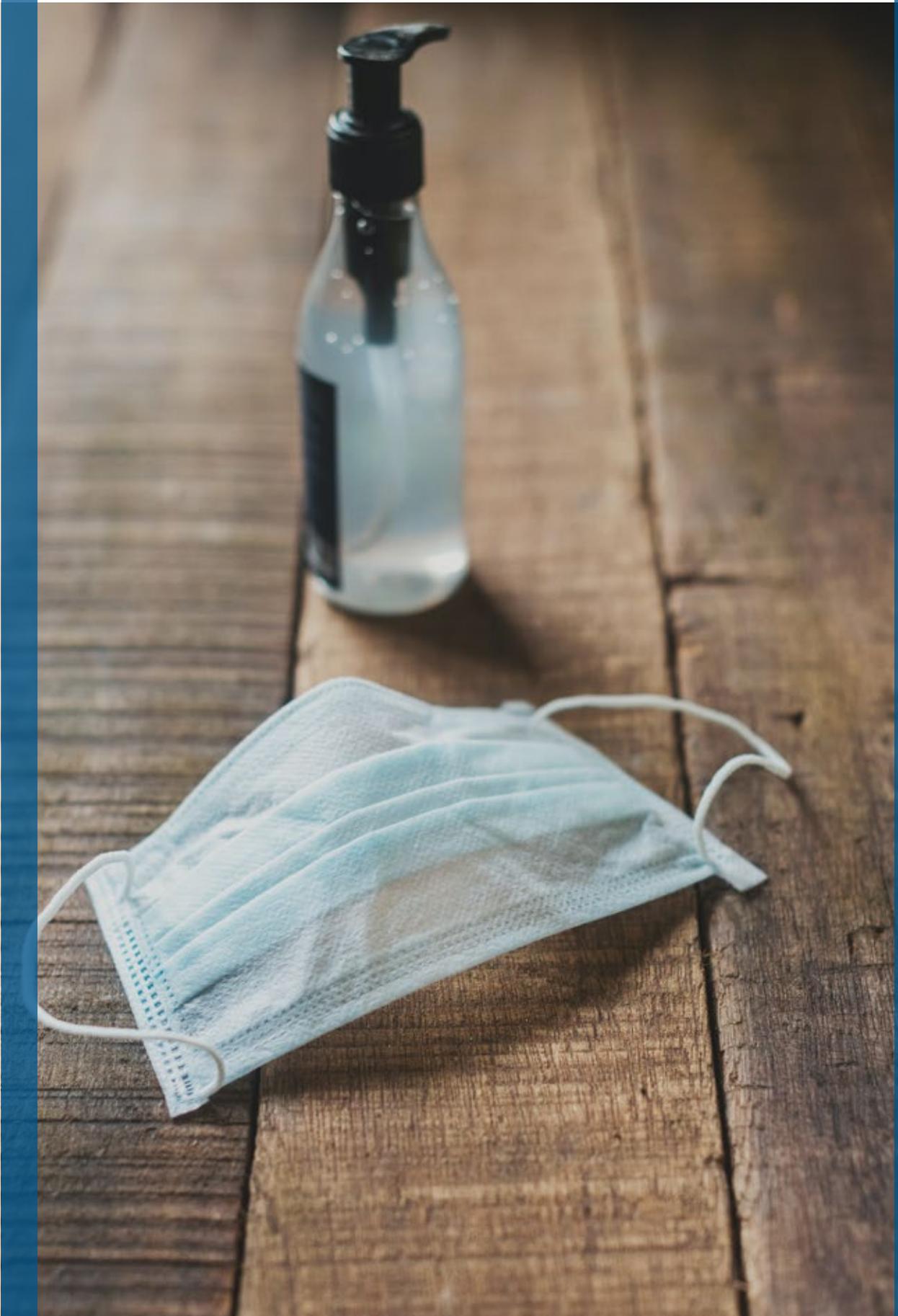
Frente a las prerrogativas de la Administración hay que situar, en la actualidad, como garantías de los ciudadanos, por una parte, el principio de legalidad de la actividad administrativa y, por otra, el principio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

23 V. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N.º 1 de Toledo, número 136/2020 de 23 Jul. 2020, Proc. 405/2018.

24 Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. V. también el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

25 Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

22 Reglamento alemán de aplicación de la Ley Federal de Inmisiones (“Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes” —BlmSchV—).



Este segundo principio aparece consagrado en el art. 106.2 CE, norma que también obliga al Estado a regular el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18). Y así, queda hoy la materia expresamente regulada, como decíamos, en los arts. 32 y ss. De la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el art. 106.2 CE, en cuanto establece que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», conlleva un derecho de los llamados de configuración legal, es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la CE, sino que exige la interposición de una ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la CE, sino en los términos concretos en que figure en la ley ordinaria que lo regule.

Queda así superada cualquier posición doctrinal que pudiera iniciarse a partir de los arts. 1902 y 1903 CC, con todo lo que ello implica, incluso respecto de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para entender de estas reclamaciones.²⁶

26 LEGUINA VILLA, J., La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio, en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, dirigido por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 1993, págs. 402-403; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho administrativo, II, Ed. Civitas, Madrid, 1998 (5.ª edición), pág. 388; BLASCO ESTEVE, A., La responsabilidad de la Administración, en Comentario sistemático a la LRJAP y del Procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 noviembre, Ed. Carperi, Madrid, 1993, pág. 441; NAVARRO MUNUERA, A. E., La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo. Comentario a la Ley 30/1992, coordinador TORNO MÁS, J., Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 539; CARRASCO PRADAS, D. A., La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Los planteamientos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, en Comentarios a la entrada en vigor de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, obra colectiva, Madrid, 1993, pág. 129; MARTÍN REBOLLO, L., La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica, en DA, núm. 237-238, enero-junio, 1994, págs. 85 a 96; GONZÁLEZ PÉREZ, J., en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 1390 y ss.; y en Orden jurisdiccional

Pero también queda superado cualquier criterio doctrinal que pudiera expresarse a partir de la posición del Consejo de Estado francés, que fundamentó la responsabilidad patrimonial en la falta de servicio -carencia o defectuoso funcionamiento de los servicios-, e incluso en la idea del principio de riesgo.

En la expropiación forzosa la actuación de la Administración va dirigida a causar una disminución del patrimonio en otro sujeto, por motivo de interés general, mientras que en la responsabilidad patrimonial dicho efecto no se produce de forma intencionada. Así como en en la expropiación, la compensación al perjudicado se efectúa a través del justiprecio, en la responsabilidad patrimonial la reparación del daño y perjuicio se realiza mediante la indemnización u otras medidas reparadoras.

Finalmente también existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada Sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, y se fundamenta en la existencia de una lesión --en bienes o derechos-- para el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia

competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado, en REDA, enero-marzo, 1996, págs. 93 a 105; CATALÁN SENDER, J., Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, en AC, núm. 48, diciembre-1997, enero-1998, pág. 1208; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999, en Actualidad Administrativa, septiembre 1999, núm. 32, págs. 903 y ss.

del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.

VIII.- CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN.

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

IX.- REQUISITOS DE VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES.

Advertimos que -con los antecedentes conocidos hasta la fecha- **no se espera una declaración universal de responsabilidad de la Administración de forma genérica.** Si alguien entiende que ha sufrido un daño específico que considera que no tiene la obligación de soportar, deberá revisar minuciosamente si en su caso concreto concurren o no los requisitos de la responsabilidad y, en particular, si no se trata de un supuesto de fuerza mayor imprevisible, inevitable, ajeno a la actuación

de la Administración y que no se pudo evitar ni con el empleo de la mayor diligencia posible. No olvidemos que la responsabilidad de la Administración se basa no solo en el ámbito de competencia y atribuciones de la misma, sino también en el criterio objetivo de la lesión, entendida como un daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Existe una cuestión que planea sobre los afectados. **¿Hubo retraso en las medidas adoptadas por el Estado para evitar la propagación de la infección?** Hay quien afirma que la actuación del Estado fue extemporánea y que el retraso sería la causa directa del daño sufrido, es decir, que de haberse adelantado la declaración del Estado de Alarma se habría evitado el contagio.

Independientemente de esta cuestión general es muy posible que existan conjuntos de actuaciones de las Administraciones que en las que coincidan perfiles análogos en los perjudicados, pero cada caso es distinto y requerirá su tratamiento particular. Por ejemplo, la actividad programada de servicios públicos y privados de salud se ha suspendido casi totalmente, a excepción de oncología, lo que ha producido pérdidas de oportunidad, retrasos y listas de espera, pudiendo haber generado daños a los pacientes. O bien los problemas que se han producido con ocasión de la inexistencia de medios médicos y sanitarios de protección para evitar el contagio del virus, así como la ausencia de medios de test para diagnosticar la presencia del patógeno. Dentro del ámbito hospitalario hay que destacar la limitación de altas voluntarias, lo cual es una restricción del derecho a la libertad del paciente; y, al contrario, la aceleración de altas para liberar camas, con posible impacto en pacientes re infectados que no estaban totalmente recuperados. También se ha planteado la problemática de la sedación en terminales y los límites del testamento vital. Y el delicado dilema ético-jurídico de la decisión de ingreso en UCI siguiendo criterios de edad o concurrencia de patologías previas o la actuación de los Servicios Públicos de Salud en las residencias de mayores. Finalmente los problemas relacionados con la contaminación del personal médico y sanitario que han desarrollado su labor de forma heroica y en muchos casos sin los equipos de protección adecuados para desarrollar su labor, un colectivo más de cuarenta mil infectados por el coronavirus en el ejercicio de su actividad profesional, todo ello con posible incumplimiento de las obligaciones en materia

de prevención de riesgos laborales por parte de los Servicios de Salud.

Vivimos en los últimos meses situaciones excepcionales de alarma que se están prolongando en el tiempo de forma continuada, escenarios en el ámbito sanitario en los que la previsibilidad del riesgo exigible a las Administraciones Públicas es cada día más cierta, lo cual plantea un problema de eficacia de las mismas, ya que los 17 sistemas sanitarios precisan un mecanismo que los unifique para evitar las carencias evidenciadas por la crisis. Determinar la existencia de una posible responsabilidad no será fácil, en un lado de la balanza de la justicia pesarán los cientos de miles de muertos que evitó el Estado de Alarma, la fuerza mayor o los riesgos del desarrollo y en el otro lado habrá que ponderar el caso concreto de cada perjudicado pues, aún a pesar de la excepcionalidad del Estado de Alarma, lo único que hace viable el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público es su estudio particular de forma individual, sopesando todas las circunstancias fácticas concurrentes en cada perjudicado para determinar si reúnen o no los requisitos para su viabilidad.

Respecto de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

X.- PÉRDIDAS ECONÓMICAS.

Las previsiones económicas apuntan a que España perderá algo más del 10% del PIB en 2020 y que tardará 3 años en volver al punto de partida antes de la pandemia. Se han perdido 200.000 empresas, ha caído el 33,6% de la producción industrial (nivel de 1976), el paro aumentó 3,8 millones, un 25% más, y los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTES) alcanzaron a 3,4 millones de trabajadores, lo que supone un mercado laboral intervenido, de los cuales un 30 % se prevé que puedan terminar en paro. Un 25% de trabajadores autónomos no volverán a su actividad. La recaudación impuestos disminuyó

en un 13% del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), el 69 % en el impuesto de sociedades (IE) y un 29 % en el impuesto de valor añadido (IVA).

Semejante impacto económico nació de la crisis sanitaria y su tratamiento legal por el confinamiento forzado de la población mientras que duró el Estado de Alarma, ya que las medidas adoptadas en la crisis produjeron la parada de la actividad económica y consiguiente falta de productividad, lucro cesante y pérdida de oportunidad. En suma, el Sector Público obligó al cierre temporal de las empresas en unos casos, estableciendo determinadas limitaciones para la actividad en otros, todo lo cual ha tenido consecuencias económicas negativas en sus resultados de las empresas y autónomos (comercio, restauración, alojamiento, congresos, eventos, espectáculos, etc.), que se ven afectadas por las restricciones a la movilidad de los ciudadanos (transporte, servicios, turismo y otros).

Cabe preguntarse si los perjuicios económicos experimentados en las organizaciones afectadas por las medidas del Estado de Alarma están o no dentro de las previsiones indemnizatorias del artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrolladas por el artículo 32 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

La contestación positiva a esta cuestión debería cumplir los siguientes **requisitos**:

a) Perjuicios consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos: **nexo de causalidad eficiente** en las medidas adoptadas por el servicio público de prevención y contención de la epidemia que la Ley General de Sanidad encomienda al Gobierno y la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio le faculta para adoptar).

b) **Particulares sin obligación legal de soportar sus consecuencias**, pues como ya indicamos sólo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley y lo cierto es que ninguna Ley obliga a soportar el cierre o suspensión de actividades económicas lícitas y autorizadas: obligación de abstención pero no de soportar consecuencias económicas derivadas.

c) **Perjuicio evaluable económicamente**, consistente en el daño emergente, el lucro

cesante y la pérdida de oportunidad.

d) **Acción en la que no concurra la fuerza mayor** (imprevisible, inevitable, ajena al presunto responsable y de tal fuerza que su evitación sea un obstáculo invencible), **ni el riesgo del desarrollo**. Este será probablemente el caballo de batalla de las acciones que se planteen en los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

e) No haber rebasado el año un año desde que cesó el perjuicio, ya que existe que la acción de responsabilidad prescribe en un año.²⁷

XI.- CONCLUSIONES.

La experiencia del último año nos ha demostrado que el mundo no está preparado para una pandemia causada por un patógeno respiratorio virulento que se propague con rapidez.

Los trágicos niveles de mortalidad, no solo han causado pánico, desigualdad, pobreza y brecha social, sino que han desestabilizado la seguridad nacional, con graves consecuencias para la economía y el comercio mundiales.

27 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 30 Sep. 2020, Rec. 2187/2019. "El Tribunal Supremo (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero de 2016 (recurso 4056/2014) y 5 de diciembre de 2014 (recurso 1308/2012), ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos:

1. hecho imputable a la Administración,
2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y
4. que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.
5. que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa."

La confianza en las instituciones se está erosionando.

El cansancio y la quiebra de la confianza pública amenaza su capacidad de respuesta para actuar de forma eficaz.

La respuesta reactiva y no proactiva en el plano legal, es fruto de la ausencia de una gestión de riesgos programada para abordar con solvencia un fenómeno como la pandemia. El escenario de inseguridad jurídica se agrava con motivo de la saturación de trabajo pendiente de los órganos jurisdiccionales, a lo que ahora habrá que unir infinidad de reclamaciones de responsabilidad que den lugar a la revisión de las actuaciones de las autoridades, el Sector Público y las empresas ante un fenómeno que estará en constante evolución hasta que pueda superarse la crisis que padecemos.

Pese a todo ello la resiliencia cada vez es más necesaria, nos enseña los recursos psicológicos necesarios para afrontar la incertidumbre y salir fortalecidos de las circunstancias difíciles que estamos viviendo. Estamos convencidos de que superaremos los desafíos de la crisis con la colaboración de todos y aplicando la equidad en la superación de los conflictos que puedan formularse en la aplicación del Derecho.

En el horizonte está la superación de la crisis que vivimos. Si caminamos unos pasos parece que el horizonte se aleja los mismos pasos, incluso más, porque la pandemia es pertinaz, entontes puede cundir el cansancio y el desánimo. ¿Para qué sirve poner todo el empeño? Para eso sirve, para no dejar de caminar.

