

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

**Responsabilidad
patrimonial y COVID-19
en los distintos sectores
de actividad**

Fecha de edición: 3 de junio de 2021

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

NOTA.– Esta obra es fruto de las reflexiones personales de los autores sobre la normativa analizada. Los comentarios y conclusiones que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni los autores aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
clientes@lefebvre.es
www.eff.es
Precio: 33,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18647-07-9
Depósito legal: M-18835-2021
Impreso en España por Printing'94
Paseo de la Castellana, 93, 2º – 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Relación de autores

(todos ellos Letrados de Gobierno de CCAA)

Directores:

de la Cruz López, Pablo
Letrado del Gobierno de Cantabria (exc.)

Moll Fernández-Figares, Luis S.
Letrado de la Comunidad de Madrid

Autores:

Alonso Prada, Víctor Ernesto
Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Álvarez Herranz, Beatriz
Letrada de la Comunidad de Madrid

Benedito Cadómiga, José Luis
Letrado de la Xunta de Galicia

Chaves Mora, Alicia
Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Cilveti Gubia, María Belén
Asesora Jurídica-Letrada de la Comunidad Foral de Navarra

de la Cruz López, Pablo
Letrado del Gobierno de Cantabria (exc.)

Divasson Medivil, Jesús
Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón

Domínguez Simón, Alfonso
Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Fuertes Carballeira, Manuel
Letrado de la Xunta de Galicia

Gallardo Pemas, Elena
Letrada de la Comunidad de Madrid

García Blanco, Jesús María
Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León

García Cruz, María del Pilar
Abogada de la Generalitat de Cataluña

Gómez Díaz-Romo, Antonia
Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

González García, María Concepción
Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Guedea Martín, Manuel Antonio
Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón

Hemáez Salguero, Elena
Letrada de la Comunidad de Madrid

Hernández Villalón, Yolanda
Letrada de la Comunidad de Madrid

- Iglesias Rey, Patricia
Letrada de la Xunta de Galicia
- López de Ayala Casado, María Elena
Letrada de la Comunidad de Madrid
- López Donaire, Belén
Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
- Lorenzo Martín, Beatriz
Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León
- Mancilla i Muntada, Francesc
Abogado de la Generalitat de Cataluña
- Manent Alonso, Luis
Abogado de la Generalitat Valenciana
- Martínez Aguirre, María Esther
Letrada de la Comunidad Autónoma de La Rioja
- Moll Fernández-Figares, Luis S.
Letrado de la Comunidad de Madrid
- Muñoz Ezquerro, Fernando
Letrado de la Comunidad de Madrid
- Navalpotro Ballesteros, Tomás
Letrado de la Comunidad de Madrid
- Ortillés Buitrón, Jorge
Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón
- Pflueger Tejero, Eduardo
Letrado de la Comunidad de Madrid
- Santed Alonso, Ana Isabel
Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón
- Sanz Baos, Paloma
Letrada de la Comunidad de Madrid
- Sebastián Labayen, Ildelfonso
Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra
- Serrano Blanco, Ignacio
Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja
- Soler Santos, Enrique
Letrado de la Comunidad de Madrid (exc.)
Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Letrado de la Junta de Andalucía
- Susín Jiménez, Ignacio
Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón
- Tajuelo Castilla, Alicia
Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
- Tomás Marín, Joaquín Eduardo
Abogado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares
- Urios Aparisi, Xavier
Abogado de la Generalitat de Cataluña
- Zamora Zaragoza, Francisco Javier
Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

Plan general

	nº marginal
Capítulo 1. Introducción a la responsabilidad patrimonial de la Administración en tiempos de pandemia	100
<i>(Jesús García Blanco y Beatriz Martín Lorenzo)</i>	
1. Régimen general.....	110
2. Estado de alarma: impacto en la responsabilidad de las Administraciones públicas	160
3. Principales cuestiones	200
4. Responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración	270
5. El aseguramiento de la actividad administrativa en supuestos de excepcionalidad	300
6. Ideas Clave	350
Capítulo 2. Administración sanitaria	550
<i>(Jesús Divasson Medivil, Jorge Ortillés Buitrón y María Esther Martínez Aguirre)</i>	
A. Régimen general	560
B. Estado de alarma: impacto en la responsabilidad de las administraciones públicas	640
C. Supuestos prácticos.....	810
D. Responsabilidad patrimonial y COVID-19 en el ámbito de la sanidad	1050
E. Órganos	1180
F. Ideas Clave	1195
Capítulo 3. Función pública	1300
<i>(Belén Cilveti Gubia, Pilar García Cruz e Idefonso Sebastián Labayen)</i>	
A. Ámbito de aplicación	1310
B. Requisitos	1425
C. Otros cauces para la reparación	1655
D. Competencia jurisdiccional para conocer de las pretensiones de responsabilidad de los funcionarios públicos	1685
E. Ideas Clave	1840

	nº marginal
Capítulo 4. Administración de Justicia	2050
<i>(Alicia Chaves Mora, Concha González García y Tomás Navalpotro Balles- teros)</i>	
A. Marco normativo	2060
B. Causas que excluyen el funcionamiento anormal de la adminis- tración de justicia. Fuerza mayor.....	2080
C. Error judicial.....	2085
D. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia	2200
E. Dilaciones indebidas y el COVID-19	2310
F. Ideas Clave	2380
Capítulo 5. Servicios sociales	2800
<i>(Luis Manent Alonso, Francisco Javier Zamora Zaragoza, Alicia Tajuelo Castilla)</i>	
A. Responsabilidad patrimonial	2805
B. Otras figuras afines.....	3130
C. Ideas Clave	3250
Capítulo 6. Educación	3550
<i>(Ignacio Serrano Blanco, Enrique Soler Santos, Víctor E. Alonso Prada)</i>	
A. Elementos subjetivos.....	3565
B. Elementos objetivos.....	3755
C. Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.....	3880
D. Ideas Clave	4050
Capítulo 7. Transportes	4300
<i>(Paloma Sanz Baos, Elena López de Ayala Casado y Elena Gallardo Per- nas)</i>	
1. Medidas contra el COVID-19 y su afectación al transporte .. .	4310
2. Medidas estatales contra el COVID-19 sobre el transporte no vinculadas a un estado de alarma	4340
3. Medidas contra el COVID-19 sobre el transporte relacionadas con los estados de alarma.....	4350
4. Medidas de apoyo a los operadores del transporte para superar la crisis generada por el COVID-19.....	4410
5. Ideas Clave	4530

	nº marginal
Capítulo 8. Comercio	5050
<i>(Alfonso Domínguez Simón, Ignacio Susín Jiménez y Fernando Muñoz Ezquerro)</i>	
1. Ámbito Subjetivo. Delimitación del ámbito comercial afectado	5065
2. Responsabilidad patrimonial en el ámbito comercial. Cuestiones generales	5080
3. Referencia al régimen de ayudas al sector del comercio minorista	5105
4. Aspectos concretos de la responsabilidad patrimonial en el sector del comercio	5125
5. Ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por COVID-19 en el ámbito del Comercio. Presupuestos formales y materiales	5185
6. Administración y los consumidores	5320
7. Ideas Clave	5375
Capítulo 9. Hostelería	5800
<i>(Belén López Donaire, Joaquín Eduardo Tomás Marín y Manuel Antonio Guedea Martín)</i>	
1. Introducción	5805
2. Análisis del carácter indemnizable del cierre de los establecimientos del sector hostelero	5820
3. Examen de los requisitos	5875
4. Procedimiento de reclamación administrativa	5920
5. Ayudas y responsabilidad patrimonial de la Administración en la hostelería	5980
6. Ideas Clave	6290
Capítulo 10. Concesiones y contratación pública	6550
<i>(Elena Hernández Salguero, Ana Isabel Santed Alonso y Beatriz Álvarez Herranz)</i>	
A. Introducción: ¿Estamos en presencia de verdaderos supuestos de responsabilidad patrimonial?	6560
B. Concesiones de obras y concesiones de servicios	6675
C. Concesiones demaniales	6765
D. Contratos de servicios, suministros y obras	6775
E. Ideas Clave	6910

	nº marginal
Capítulo 11. Turismo	7300
<i>(Xavier Urios Aparisi, Francesc Mancilla i Muntada y Antonia Gómez Díaz-Romo)</i>	
1. Introducción	7310
2. Delimitación de la materia y medidas adoptadas	7320
3. Elementos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la administración	7395
4. Análisis de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y el control de la discrecionalidad administrativa ..	7415
5. Ideas Clave	7630
Capítulo 12. Tributación	8050
<i>(Yolanda Hernández Villalón, Eduardo Pflueger Tejero y Luis Moll Fernández-Fígares)</i>	
1. Introducción y situación jurídica general en la materia	8060
2. Impacto organizativo en la gestión de solicitudes sobre responsabilidad patrimonial: encomiendas de gestión a la Subsecretaría de Hacienda	8205
3. Particularidades de la operativa de la responsabilidad patrimonial en los derechos de importación y exportación de mercancías ..	8220
4. Posibles efectos de la falta de previsión de la suspensión del plazo de los intereses de demora durante el estado de alarma ..	8250
5. Resolución de consultas vinculantes de la DGT de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), en relación con la normativa aprobada con ocasión del COVID-19 y la posible responsabilidad	8265
6. Ideas Clave	8285
Capítulo 13. Cultura	8800
<i>(Patricia Iglesias Rey, Manuel Fuertes Carballeira y José Luis Benedito Cadómiga)</i>	
1. Introducción	8810
2. Ayudas al sector de la industria cultural	8820
3. Sector de los espectáculos, celebración de eventos y festejos populares	8890
4. Ámbito del deporte	8975
5. Ideas Clave	8990
	Página
Tabla Alfabética	317

Abreviaturas

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AEMPS	Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios
AN	Audiencia Nacional
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCAA	Comunidades Autónomas
CEst	Consejo de Estado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CISNS	Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud
Const	Constitución española
CP	Código Penal
D	Decreto
DGT	Dirección General de Tributos
Dict	Dictamen
Dir	Directiva
disp.adic.	Disposición Adicional
disp.final	Disposición Final
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EBEP	Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (RDLeg 5/2015)
EPI	Equipos de Protección Individuales
ESPII	Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional
ET	Estatuto de los trabajadores
ICEX	Instituto Español de Comercio Exterior
ICO	Instituto de Crédito Oficial
IMERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
IVMDH	Impuesto de Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos
JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
JM	Juzgado de lo Mercantil
L	Ley
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
LBRL	Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (L 7/1985)
LCS	Ley del Contrato de Seguro (L 50/1980)
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público (L 9/2017)
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa (L 16-12-1954)
LGDCU	Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (RDLeg 1/2007)
LGP	Ley General Presupuestaria (L 47/2003)
LGS	Ley General de Sanidad (14/1986)

LGSS	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LGT	Ley General Tributaria (L 58/2003)
LHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (RDLeg 2/2004)
LIRPF	Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (L 35/2006)
LISD	Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (L 29/1987)
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (L 29/1998)
LO	Ley Orgánica
LOEAES	Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (L 4/1981)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979)
LPAC	Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo (L 39/2015)
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L 31/1995)
LRJAE	Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (D 26-7-1957)
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (L 40/2015)
MUFACE	Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMT	Organización Mundial de Turismo
PAS	Personal de Administración y Servicios
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
RGRV	Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa (RD 520/2005)
Rgto	Reglamento
RISD	Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (RD 1629/1991)
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TCo	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tratado FUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

Prólogo

(Pablo de la Cruz López)

I. Sobre los autores

Las palabras que preceden el trabajo que se contiene en esta obra, persiguen únicamente que el lector pueda contextualizarla y conocer un poco más por qué tiene un valor singular. La crisis acaecida en España con ocasión de la pandemia provocada por el COVID-19 nos obligó a todos a reconsiderar, de algún modo, nuestro sitio en la sociedad. Saber qué se esperaba de nosotros y cómo podríamos poner las capacidades al servicio de una comunidad profundamente golpeada. Unos simplemente tuvieron que quedarse en casa, recluirse solos o con su familia, y evitar ser una vía de transmisión del virus. Otros, los sanitarios, las fuerzas armadas y de seguridad, se enfrentaron en primera línea y mostraron que, como casi siempre, el mejor activo de una organización son sus personas. También quienes atendían comercios esenciales, quienes transportaban los productos. Así un largo etcétera. Como señala el Papa Francisco en *Patris Corde*, citando su *Meditación en tiempos de pandemia*¹, son las personas comunes, atendiendo con responsabilidad sus obligaciones cotidianas, quienes nos han sostenido en este momento crítico:

«Es la vida del Espíritu capaz de rescatar, valorar y mostrar cómo nuestras vidas están tejidas y sostenidas por personas comunes –corrientemente olvidadas– que no aparecen en portadas de diarios y de revistas, ni en las grandes pasarelas del último show pero, sin lugar a dudas, están escribiendo hoy los acontecimientos decisivos de nuestra historia: médicos, enfermeros y enfermeras, encargados de reponer los productos en los supermercados, limpiadoras, cuidadoras, transportistas, fuerzas de seguridad, voluntarios, sacerdotes, religiosas y tantos pero tantos otros que comprendieron que nadie se salva solo. Frente al sufrimiento, donde se mide el verdadero desarrollo de nuestros pueblos, descubrimos y experimentamos la oración sacerdotal de Jesús: «Que todos sean uno» (Jn 17,21)»

En el contexto descrito, los poderes públicos tuvieron que seguir ejerciendo las funciones encomendadas por el ordenamiento vigente –si acaso un tanto singularizado por el régimen jurídico establecido con ocasión de la declaración del estado de alarma–. Los hombres y mujeres que prestan servicios en las mismas, en condiciones complejas, trataron de dar lo mejor de sí. Ni que decir tiene que los policías, sanitarios, militares, maestros y un largo etcétera cumplieron con su vocación de servicio público en muchas ocasiones muy por encima de sus obligaciones.

En este punto creo que es justo destacar una labor menos conocida, pero que es esencial en la actuación de las Administraciones Públicas: dotar de legalidad y seguridad jurídica a la acción de los poderes públicos. En este contexto los Letrados de Gobierno de CCAA –con las distintas denominaciones que determinan

¹ <http://www.vatican.va/content/francesco/es/events/event.dir.html/content/vaticanevents/es/2020/3/27/uniti-in-preghiera.html>

los Cuerpos y Escalas– han desarrollado un papel esencial. Digo esto porque, a mi juicio, nos encontramos ante un hito histórico especialmente trascendental en el que las Administraciones de las CCAA llegan en un estado de madurez adecuado en el ejercicio de sus competencias para afrontar el enorme reto que se les plantea.

No podemos olvidar que el desarrollo del estado autonómico, nacido de la Constitución de 1978, provocó no pocas dudas sobre su implementación material y los límites u horizontes que debía presentar. Superadas estas disquisiciones, nos encontramos en la actualidad con un escenario donde el gran peso de las actividades paradigmáticas atribuidas a la Administración y que impactan de una manera clara y directa sobre los ciudadanos –actividad de policía, de fomento y de servicio público– recaen sobre el ámbito competencial autonómico. Ello no quiere decir, en mi modesta opinión, que estemos ante una falsa dicotomía entre Estado y CCAA, como si se trataran de elementos contrapuestos. Como ya señala el Tribunal Constitucional en su TCo 64/1982, solo puede hablarse de términos opuestos respecto los mismos en el reparto competencial o en los conflictos de esta naturaleza, pero «en una concepción amplia, el Estado, como organización total o como unidad organizada o unidad real de organización, incluye necesariamente a las Comunidades Autónomas, cuyos órganos, por tanto, son poderes públicos e indirectamente órganos del Estado».

Dibujado un escenario en el que existe un evidente protagonismo de las CCAA como Administración de referencia para muchos de sus ciudadanos, procede ahora incidir en la necesidad de dotar a las mismas de un aparato funcional adecuado para tan alta responsabilidad. Siguiendo el modelo implantado en la Administración del Estado durante el siglo XIX, los Gobiernos autonómicos van siendo conscientes de la necesidad apremiante que tienen para dotarse de un personal cualificado en el ámbito del asesoramiento jurídico con la singularidad de que asuman, además, la representación y defensa en ante los juzgados y tribunales. Es decir, añadir funcionarios públicos de lo que se dio en llamar cuerpos especiales que, sin perjuicio de las funciones de los cuerpos de técnicos generales, pudieran aportar una visión puramente jurídica desde una perspectiva integral (pública y privada), con el valor añadido de incorporar a su función consultiva, el acervo propio de su exclusiva función contenciosa.

Con carácter general, con alguna mínima excepción, las CCAA han sido conscientes que la única forma razonable de proveer este tipo de plazas es mediante el sistema de oposición libre, superando pruebas orales y escritas, teóricas y prácticas con temarios que abarcan la práctica totalidad del ordenamiento jurídico. La consecuencia no ha podido ser mejor. Opositores de todos los puntos de España han visto en estos procesos selectivos una oportunidad profesional en un ámbito con un apasionante recorrido que, en sus primeros estadios, no resultaba conocido entre el panorama de oposiciones, propiciando, además, que no exista una especial vinculación entre el territorio de origen del aspirante y el lugar de obtención de la plaza, eliminando de este modo cualquier tentación endogámica.

Hoy en día, por tanto, es posible reconocer a los Letrados de Gobierno de CCAA como una profesión singular en el ámbito jurídico que se caracteriza por (i) estar integrada por funcionarios de carrera; (ii) acceso mediante oposición libre; (iii) superación de ejercicios orales y escritos, teóricos y prácticos; (iv) asunción de funciones consultivas y contenciosas –estas últimas en todos los órdenes jurisdiccionales– respecto del Gobierno y la Administración de la Comunidad

Autónoma; e (v) independencia de criterio. Ni que decir tiene que se trata de unas notas generales que podrían ser singularizadas en algunos aspectos por cuestiones propias de la especial forma de organización de las distintas CCAA, pero no cabe duda de que suponen, en esencia, los rasgos distintivos que deberían hacer reconocible al profesional y sus funciones. Su consolidación supondría un enorme impulso a la legalidad en la actuación de los poderes públicos.

2. El Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas

Para la consecución de la difusión, consolidación y *estandarización*, si se permite la expresión, de la profesión, supuso un revulsivo absolutamente determinante la fundación del Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas. Nacido en el año 2012, dio lugar a la efectiva federación de las diversas asociaciones territoriales existentes y de las creadas *ad hoc*, con el fin de dar lugar a un único ente representativo de los intereses profesionales de cara a homogeneizar los procesos selectivos y las funciones desempeñadas.

Desde entonces, el Consejo se ha erigido como un interlocutor de referencia con las instituciones, el sector empresarial y la sociedad civil con el objetivo de que sus integrantes sean reconocidos como actores relevantes en el ámbito jurídico y normalizar las relaciones profesionales con otros colectivos equivalentes.

Es aquí donde el Consejo asume, además de su intrínseca función representativa de los intereses profesionales, una característica que ha sido seña de identidad durante toda su existencia, que no es otra que la de ser una pieza singular de la sociedad civil española, al acoger en su seno a hombres y mujeres que, compartiendo el ejercicio de una misma tarea, tienen una sujeción administrativa a entes territoriales distintos. De este modo, superando las barreras que en muchas ocasiones produce la burocracia, logran canalizar a través de una auténtica *universitas personarum*, un sincero deseo de colaboración, cooperación y ayuda mutua. A mi juicio, el Consejo constituye un ejemplo patente del lugar al que está llamado a ocupar la sociedad civil como catalizador de la superación de absurdas tensiones territoriales y aportando valor a la comunidad. En esta línea se contextualiza la actividad académica de nuestra profesión, canalizada a través de la Corporación Académica de Ciencia y Derecho, y llamada a ser un elemento transversal con el resto de profesiones jurídicas y ramas del conocimiento.

3. Gestión de la pandemia

Mucho se ha escrito sobre el origen y gestión de la pandemia derivada del COVID-19. Simplemente diremos que está suponiendo un acontecimiento sin precedentes, que nos obliga a vivir en una situación de excepcionalidad cuasi permanente y que nos ha acostumbrado a una cotidianidad mutilada. Desde los primeros estadios fueron muchas las cuestiones que se fueron suscitando respecto de las medidas adoptadas por los poderes públicos para la gestión de la crisis sanitaria.

En primer lugar, surgen las primeras dudas respecto del instrumento jurídico empleado por el Gobierno de la Nación para enfrentar la crisis, el RD 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. En este estadio, afloran

preguntas acerca de la idoneidad de la alarma como marco excepcional para abordar el control de la pandemia, habida cuenta que su aplicación implicaba una restricción muy relevante de la capacidad deambulatoria de las personas, cercenando su libertad de circulación. Surge el debate en torno a si las medidas contenidas en el Real Decreto suponen una mera restricción –intensa, sin duda– a la circulación o permanencia de las personas en lugares determinados; o su alcance ocultaba una auténtica suspensión, determinando una pérdida de vigencia del derecho bajo la apariencia de intensas limitaciones.

Otro de los aspectos que merecieron la atención doctrinal fue el referido a si la L 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*; y LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública suponían, sin necesidad de acudir a la declaración del estado de alarma, una habilitación adecuada para adoptar medidas excepcionales restrictivas de derechos fundamentales. La respuesta es compleja, pero baste apuntar que la segregación de determinados aspectos de la L 14/1986 en la LO 3/1986 parecen dar cuenta que el legislador, al regular mediante ley orgánica medidas individuales y generales para el control de la salud pública, pudo querer amparar este tipo de medidas sin necesidad de recurrir a los supuestos de excepcionalidad. Dicho esto, el problema es que los artículos 2 y 3 de la LO solo prevén una cobertura formal de estas medidas restrictivas sin que se contemplen procedimientos, instrumentos y, en general, las mínimas herramientas materiales que permitan llevar a efecto las medidas necesarias.

En cualquier caso, sea o no admisible la restricción de derechos fundamentales por la vía de la Ley Orgánica, lo cierto es que no puede hablarse de que se traten un modelo equivalente al del Real Decreto. Este, a diferencia de la legislación ordinaria, permite un abordaje integral de la crisis al contemplar una única autoridad estatal y fijar un sistema de fuentes excepcional, dado que el Real Decreto es un acto con fuerza de ley que puede suspender o exceptuar la eficacia de las leyes. Si las medidas se hubiesen articulado a través de la legislación ordinaria, exigirían una sumisión a los principios de legalidad y jerarquía que el estado de alarma permite soslayar al constituir una suerte de *statu quo* singular.

Una vez vencido el plazo de vigencia del primer estado de alarma y sus sucesivas prórrogas, las Administraciones públicas recuperan, de algún modo, el ejercicio de las competencias que les son inherentes y que se encontraban alteradas por virtud del Real Decreto. Ello puso sobre la mesa la compleja tarea, para las CCAA, de afrontar la crisis sanitaria aún persistente con instrumentos ordinarios de la legislación sanitaria. La necesidad de seguir imponiendo restricción a derechos fundamentales, principalmente de la libertad de circulación de los individuos, propició una serie de pronunciamientos judiciales, con ocasión de la solicitud de autorización o ratificación, que fueron perfilando el alcance de la capacidad de las Administraciones para adoptar este tipo de medidas, así como la necesidad y amplitud de su motivación. Con carácter general puede afirmarse que los órganos jurisdiccionales han venido considerando que las medidas restrictivas se encontraban razonablemente motivadas y se ejercitaban con arreglo al principio de proporcionalidad, si bien no han faltado casos puntuales donde la opinión del tribunal ha resultado crítica con el planteamiento del gobierno de la CCAA, siempre en los márgenes de lo limitado que supone el juicio de cognición encomendado, circunscrito únicamente a la limitación o restricción de derechos fundamentales.

Resulta relevante, a estos efectos, el conocido TSJ Madrid auto 8-10-20, por el que el Letrado de la Comunidad de Madrid interesa la ratificación, al amparo de la LJCA art.10.8, de la O Madrid 1273/2020, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la OM 30-9-20, por las que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública. Simplificando el complejo hilo argumental que expresa la Sala, la resolución resuelve denegar las medidas contenidas en la Orden debido a que el único título legal habilitante invocado por la Orden comunicada del Ministro, la L 16/2003 art.65, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, no autoriza la restricción de derechos fundamentales y libertades públicas. Baste señalar que la notificación de este Auto propició la aprobación de un Real Decreto de Estado de Alarma, singularizado para el territorio de la Comunidad de Madrid.

Han sido muchos los interrogantes que han despertado la curiosidad de los juristas en el difícil camino seguido por los poderes públicos para implementar medidas para favorecer la contención de la pandemia. Sin duda han llamado la atención cuestiones relativas a los aforos en lugares de acceso público en los que, en ocasiones, parecía favorecerse aquellos relacionados con el ocio, en detrimento de otros estrechamente vinculados al ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de culto o el ejercicio de derechos políticos por representantes elegidos en asambleas.

Tampoco ha pasado desapercibido el hecho de la dependencia orgánica y funcional de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que son los que, en definitiva, velan por la aplicación de las medidas restrictivas y monopolizan el eventual uso de la fuerza para compeler a los ciudadanos en el cumplimiento de las mismas. En el caso de las CCAA autónomas de Cataluña y País Vasco, y foral de Navarra, al disponer de cuerpos propios de seguridad, no existe distorsión alguna en la cadena de mando, pues se establece una dependencia directa entre la autoridad de la que emana la orden y quien vela por su ejecución inmediata. Cuestión distinta se plantea en el marco del resto de CCAA donde una inadecuada coordinación entre el Ministerio del Interior y los órganos de gobierno autonómicos puede desvirtuar de algún modo la *auctoritas* de estos últimos, por no ser capaces de llevar hasta sus últimas consecuencias las medidas proyectadas.

4. EL RD 926/2020 y el futuro próximo

El último hito relevante, al cierre de esta obra, es el RD 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, acordado por, según la exposición de motivos, resultar «preciso ofrecer una respuesta inmediata, ajustada y proporcional, en un marco de cogobernanza, que permita afrontar la gravedad de la situación con las máximas garantías constitucionales durante un periodo que necesariamente deberá ser superior al plazo de quince días establecido para la vigencia de este real decreto, por lo que resultará imprescindible prorrogar esta norma por un periodo estimado de seis meses. El real decreto establece, para estos supuestos de prórroga, que el Ministro de Sanidad comparecerá quincenalmente ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas; información que en sus ámbitos territoriales respectivos deberían proporcionar las autoridades compe-

tentes delegadas a las correspondientes asambleas autonómicas, en los términos y condiciones que estas tengan determinados».

Llama la atención, en esta norma excepcional, la alusión al concepto de cogobernanza, al que podríamos referirnos como un concepto jurídico indeterminado, impropio de una norma de esta naturaleza, así como la predicción de que la prórroga deberá alcanzar el período de los seis meses, introduciendo de este modo un condicionante a la decisión del poder legislativo, además de fijar un plazo difícilmente conciliable con una situación de excepcionalidad.

Entre los aspectos relevantes, destaca la convivencia de una autoridad competente, el Gobierno de la Nación, con las autoridades competentes delegadas, los Presidentes de la CCAA o ciudades con Estatuto de Autonomía, en quienes *de facto* recae, como órgano unipersonal, el peso de la gestión de la crisis al amparo del estado de alarma. Se produce, de este modo, una suerte de paradoja, al establecerse como ámbito territorial de aplicación del Real Decreto todo el territorio nacional, pero fragmentándose el ejercicio de la autoridad en los órganos de las CCAA, si bien por delegación del Gobierno. Ello permite, en consecuencia, la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales sin la necesidad de acudir a la ratificación o autorización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. Grave trastorno para la hacienda pública

Una vez superadas todas las vicisitudes que puedan plantearse en el marco de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los particulares, tanto en sede administrativa como contenciosa, se abre un panorama que supera los propios rasgos definidores del instituto objeto de estudio. En efecto, después de una, sin duda, dura pugna que se producirá, sobre todo en el marco de la jurisdicción, y que arrojará, con toda probabilidad, pronunciamientos contradictorios que serán sucesivamente confirmados o revocados en las distintas instancias, le toca el turno a la ejecución de las resoluciones judiciales.

A primera vista, se trata de un hito que parece lejano en el tiempo, pues supone el último paso procesal en el que el administrado puede obtener la cantidad líquida a la que ha sido condenada a satisfacer la Administración en un supuesto de estimación de las pretensiones. Lejos de eso, quizá debamos tener esta fase del *iter* procesal muy presente, pues en su seno puede dilucidarse, en gran medida, las posibilidades de cumplimiento efectivo, así como los términos en los que la Administración vaya a atender los requerimientos de las resoluciones judiciales. No debe olvidarse que son pocas las herramientas con las que cuentan los jueces y tribunales para proceder a la ejecución forzosa por la Administración, reduciéndose, principalmente, a la imposición de interés adicional y multas coercitivas.

Además de lo anterior, como es conocido, la regulación de la ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se regula en la LJCA Cap. IV del Título IV. En su art. 106, párrafo cuarto se indica que «si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquella». Es decir, si ya es de por sí la ejecu-

ción en esta sede singular en comparación con la jurisdicción civil, pues el órgano jurisdiccional se mantiene en un segundo plano y la ejecución depende en exclusiva de los órganos administrativos competentes en materia presupuestaria y de gasto, se arbitra una suerte de posibilidad de articular la ejecución en términos distintos a los previstos en la resolución que es objeto de la misma. No se trata, por tanto, de una dispensa en la ejecución, sino de llevarla a efecto del modo en que le resulte menos gravoso.

Habida cuenta que las sentencias de condena dineraria no son susceptibles de inejecución, resulta preciso establecer algunas pautas para proceder a su satisfacción²:

(i) La Administración debe plantear un incidente procesal en el plazo de dos meses, ex LJCA art.105.2.

En este incidente, la Administración debería acreditar el grave trastorno que la ejecución supone para su Hacienda, aludiendo a la imposibilidad de emplear recursos de Tesorería u operaciones de endeudamiento, en el caso de dificultades presupuestarias; o informar sobre los créditos exigibles pendientes de pago y la razón por la que deben ser considerados preferentes al de la ejecución, en el caso de falta de liquidez.

(ii) Posibilidad de intervención de un perito que verifique la situación financiera y proponga fórmulas de ejecución que se adecúen a la situación de la Administración deudora.

(iii) Posible atención a figuras de la legislación concursal que, si bien no son aplicables a la Administración, sí pueden ofrecer pautas que faciliten el cumplimiento.

6. Cierre

Terminamos como empezamos. Se intuye un escenario que presenta más incertidumbres que certezas. La concurrencia de dos Administraciones –General del Estado y de las CCAA– como principales agentes de la actividad susceptible de generar responsabilidad supone un elemento que añade especial complejidad a las reclamaciones, puesto que el deslinde de los ámbitos de cada uno, cuando además existen competencias ejercidas por delegación, puede suponer una dificultad adicional al establecer la relación jurídico procesal.

En todo caso, lo cierto es que no parece que valgan fórmulas genéricas, del estilo *pleito-masa*, para intentar obtener un resarcimiento si el daño es imputable a la Administración. La casuística cobra un papel especialmente singularizado, pues la concurrencia de los requisitos para la obtención de esta tutela no puede reputarse por la mera pertenencia a un determinado sector de actividad afectado por las medidas restrictivas, sino que es su situación individualizada la que puede arrojar un supuesto de estimación. En definitiva, al margen de las cuestiones jurídicas que deben concurrir, la acreditación de los daños a través de los medios de prueba admitidos en Derecho, arrojan un escenario absolutamente heterogéneo en el que es difícil que existan situaciones idénticas.

De lo que no cabe duda, es que asistiremos expectantes a la sucesiva resolución de los procedimientos en sus distintas fases, que pueden ir generando soluciones

² PARICIO RALLO, E. Publicación digital 1/2012. Fundación Democracia y Gobierno Local. Págs. 25-28.

de diversa naturaleza a la vista de la Administración autora del acto, así como de los distintos órganos jurisdiccionales que revisen esta actividad administrativa. Ello nos llevará, irremediabilmente, a esperar el criterio del Tribunal Supremo en el ejercicio de su función nomofiláctica.

* * *

Capítulo 1. Introducción a la responsabilidad patrimonial de la Administración en tiempos de pandemia

(Jesús M^o García Blanco y Beatriz Martín Lorenzo)

1. Régimen general.....	110	100
2. Estado de alarma: impacto en la responsabilidad de las Administraciones públicas.....	160	
3. Principales cuestiones.....	200	
4. Responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración.....	270	
5. El aseguramiento de la actividad administrativa en supuestos de excepcionalidad.....	300	
6. Ideas Clave.....	350	

I. Régimen general

a. Concepto.....	115	110
b. Ámbito objetivo.....	130	
c. Ámbito subjetivo.....	150	

a. Concepto

Las estructuras del primer mundo tal y como las conocíamos resultaron dinamitadas por una pandemia a nivel mundial hasta ahora desconocida. Hasta ese momento existía una cierta confianza, más o menos consciente, por parte de la ciudadanía sobre **protección de derechos** y estándares mínimos de los servicios públicos –servicios sanitarios, sociales...–, pilares básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho. **115**

Las costuras de las instituciones públicas han sido tensadas hasta límites que no podíamos sospechar, y el instituto de la responsabilidad patrimonial no será una excepción. Serán muchas las **personas físicas y jurídicas** que no estarán de acuerdo con las decisiones tomadas y considerarán que han sufrido una **lesión en sus bienes y derechos**, tanto por acción como por omisión, un daño que no tienen el deber jurídico de soportar.

La responsabilidad patrimonial está configurada como una institución que tiene por objeto el **indemnizar los daños** producidos a los particulares como consecuencia de la actividad normal o anormal de las administraciones públicas desarrolladas para satisfacer el interés general –extremo este que la diferencia de otras figuras afines, como la expropiación forzosa, las requisas o las prestaciones personales cuya actividad supone *per se* una privación singular respecto de los afectados, con un beneficiario singular (Memoria Consejo de Estado 2014, o LO 4/1981 art.11)–, que no tienen por qué soportar.

Regulada escuetamente (Const art.106.2, LRSJS art.32 s. en sus aspectos sustantivos y LPAC en el plano procedimental; procedimiento administrativo común con las especialidades previstas en la misma), no debe perderse de vista tampono **120**

co que la responsabilidad patrimonial es un **cauce subsidiario** para la reparación de un daño producido por la Administración, de tal manera que de existir un procedimiento específico (indemnizaciones por razón del servicio, expropiación, régimen de ayudas o subsidios...) será este al que haya que acudir. A pesar de ello, si los daños sufridos no han sido totalmente reparados, sí cabría plantear una reclamación de este tipo (TS 24-I-06, EDJ 16097; TS 12-5-98, EDJ 9996).

b. **Ámbito objetivo**

- 130** A pesar de la proclamación constitucional y legal del carácter objetivo de la responsabilidad, no todo perjuicio que se produzca con ocasión del uso o utilización de los servicios públicos dará lugar a ser resarcido a través de una indemnización, ya que no todos ellos alcanzarán la categoría de lesión. Además, esta responsabilidad objetiva ha resultado modulada doctrinal y jurisprudencialmente, en especial en el caso del **funcionamiento normal de los servicios públicos**: *lex artis ad hoc* sanitaria; proporcionalidad y margen de razonabilidad en supuestos de anulación o inactividad administrativa (criterio de razonabilidad que también ha sido aplicado para avalar medidas adoptadas con ocasión del COVID; TSJ Valladolid auto 9-10-20, EDJ 670673; TSJ Navarra auto 27-10-20, EDJ 685348); estándar del servicio, sacrificio singular, riesgo de la vida... Ello deberá ser tenido en cuenta a la hora de decidir interponer una reclamación como consecuencia de la pandemia acontecida en el año 2020.

El acaecimiento de **fenómenos extraordinarios de la naturaleza** (terremotos, pandemias, inundaciones,...) no pueden sin más ser achacados a los poderes públicos. Por tanto, la presencia del COVID no se erigirá en causa suficiente para que prospere de manera directa toda reclamación, al no ser las administraciones aseguradoras universales de todo riesgo que pueda producirse en la vida de los asegurados (TS 5-6-98, EDJ 13251).

- 135** Por otro lado, la declaración de los sucesivos **estados de alarma** tras la pandemia genera un **derecho excepcional** que no impide que entre en juego la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, hecho este que además parece inferirse de la propia LO 4/1981 art.3.2. También existe **legislación sectorial** que reconoce el derecho a indemnización como resultado de actuaciones administrativas en situaciones de emergencia (L 17/2015 art.7 bis 3).

Por tanto, la inadecuada gestión, prevención de riesgos o las concretas medidas adoptadas para paliar las consecuencias generadas por el COVID podrán ser los pilares en que se haga descansar la responsabilidad de las administraciones públicas, siempre que se den los requisitos para ello.

- 140** A priori, **ningún sector de actividad administrativa** debe entenderse **excluido**:
 – Responsabilidad del **Estado legislador** (LRJSP art.32.3, 4, 5 y 6). En relación con el estado de alarma, el TC ha manifestado, con ocasión de su precedente inmediato –RD 1673/2010– que con independencia del rango de la norma que lo declare, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, resulta equiparable a una ley, por lo que la jurisdicción competente para su impugnación es la constitucional y no la contenciosa administrativa.

PRECISIONES Ello «no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los **Tribunales ordinarios** de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma» (TCo 83/2016).

- Responsabilidad por **actuaciones administrativas**, supuesto en el que descansarán la mayoría de reclamaciones de este tipo (indebida actuación médica, deficiente funcionamiento de servicios sociales, restricciones en la hostelería o la obligación de apertura, como en el caso de gasolineras o de transporte regular de viajeros...)
- Responsabilidad por **omisión de la Administración**. Sin mucho esfuerzo prestigitador, la reclamaciones por inactividad (dejación de funciones, omisión antijurídica) ocuparán también un lugar destacado como consecuencia de la pandemia.
- Responsabilidad por **anulación administrativa** o jurisdiccional de actos o disposiciones administrativas. Sin duda, no serán pocos los actos y disposiciones dictados durante la pandemia que serán anulados. El mero hecho de esta anulación no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización (LRJSP art.32.1). La teoría del margen de razonabilidad además de la necesidad probar la existencia del daño alcanzará un acusado protagonismo.
- Responsabilidad derivada de las **relaciones contractuales** (LRJSP art.32.9 y L 9/2017 art.196). Tanto las reclamaciones por daños causados como consecuencia de la ejecución de contratos bajo encargo de la Administración (responsabilidad contractual) como las que tienen su origen en daños por acción u omisión de contratistas y concesionario.

c. **Ámbito subjetivo**

No existen motivos para considerar que la responsabilidad derivada del COVID **150** vea este restringido, de manera que la posibilidad de instar una reclamación pueda dirigirse contra **todo tipo de administración**, entendida en sentido amplio (LRJSP art.2), extensible a las relaciones de derecho privado (LRJSP art.2.2.b y 35), por lo que este régimen podría ser aplicado incluso en sede civil, por ejemplo, en el ejercicio de acción directa contra la aseguradora (L 50/19890 art.76; TS 5-6-19, EDJ 610582).

La exigencia de responsabilidad por **daños ocasionados por autoridades y personal** deberá ser dirigida a las administraciones de las que dependan. Estas, frente a lo señalado en la regulación anterior, ahora con carácter imperativo, deberán deducir la responsabilidad de sus agentes en el caso de concurrencia de dolo, o culpa o negligencia graves ahora con carácter imperativo (LRJSP art.36).

PRECISIONES En cuanto a la posible **responsabilidad penal** de los dirigentes políticos por la gestión de la pandemia, la competencia para conocer del asunto en relación con personas aforadas corresponda al Tribunal Supremo, según ha declarado este en TS auto 18-12-20, EDJ 742118.

2. Estado de alarma: impacto en la responsabilidad de las Administraciones públicas

160	a. Efectos en la actividad administrativa.....	165
	b. Referencias a la responsabilidad patrimonial.....	180

a. Efectos en la actividad administrativa

- 165** La actuación pública motivada por la gestión de la pandemia ocasionada por la COVID-19 queda sometida al **principio general de responsabilidad** que encuentra su garantía constitucional en la **Const art.9.3**, junto a los demás principios que han de inspirar toda la actuación administrativa, y en la Const art.106. Así lo declara la LO 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando incluye la «responsabilidad» entre los principios rectores de la declaración y vigencia de tales estados de emergencia (art.3.2).

Ahora bien, si **la Constitución no admite** una Administración irresponsable, tampoco determina una Administración responsable de todo.

El **control de la enfermedad** ha entrañado numerosas dificultades, tanto en su prevención como en su tratamiento, por la afectación general de la población y la limitación de medios y recursos para afrontarla, y ha dado lugar a la adopción por los poderes públicos de medidas de todo orden, normativas y administrativas, con un alto grado de incertidumbre en lo atinente a su eficacia, habida cuenta del conocimiento o estado de la ciencia actual acerca de la enfermedad.

Con ocasión de la **crisis de las vacas locas**, el TJCE 5-5-98, EDJ 4234 (caso National Farmers Union) apela al **principio de precaución** que supone que cuando subsisten 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. A nivel positivo, este principio encuentra plasmación en nuestro derecho en la L 33/2011, General de Salud Pública art.3.d), que prevé que la existencia de **indicios fundados** de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran. En su aplicación práctica, este principio supone que no cabrá derivar responsabilidad por la adopción de dichas medidas aunque a la postre se mostraran como innecesarias.

Tales supuestos constituirían una **limitación de derechos no indemnizable** al amparo sistema de responsabilidad patrimonial regulado en la LRJSP art.32 s., limitaciones entre las que podrían encuadrarse medidas como el **confinamiento** general, **toque de queda**, el **cierre perimetral** de los distintos ámbitos territoriales, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados o el uso obligatorio de **mascarillas**.

PRECISIONES En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Supremo, desestima el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales, interpuesto por un particular contra la OM SND/422/2020, por la que se regulan las condiciones para el **uso obligatorio de mascarilla**, al calificarla como medida necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de proteger la salud pública, que puede contribuir a frenar la pandemia (TS 20-11-20, EDJ 717331).

El sistema de responsabilidad patrimonial tampoco entraría en juego en los casos de adopción de **medidas expropiatorias** que autoriza la LO 4/1981 art.11 y que están previstas en los reales decretos de declaración del primer y segundo estado de alarma, RD 463/2020 art.8, 13 y 15 y RD 926/20 art.11, tales como requisas temporales de bienes –de respiradores o mascarillas–, la imposición de prestaciones personales obligatorias –en el ámbito de los **sistemas sanitario y socio-anitario**–, o la **intervención u ocupación transitoria de establecimientos o locales**. La compensación de estas privaciones singulares de derechos encuentra cauce en la Ley Expropiación Forzosa (16-12-1954).

PRECISIONES 1) Para los **trabajadores de centros públicos y privados** acreditados de servicios sociales, la OM SND/295/2020 estableció prestaciones obligatorias tales como la encomienda de funciones distintas de las propias, reasignación de efectivos y cambios de centro que no comportasen movilidad geográfica, o medidas en materia de jornada, permisos y licencias.

2) El apartado tercero de la OM SND/275/2020 facultó a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma a intervenir los **centros residenciales de personas mayores** o con **discapacidad**, públicos o privados, cuando la situación epidémica y asistencial de cada centro o territorio concreto lo hiciera necesario (LO 4/1981 art.11 y 12). Dicha intervención podía suponer modificar el uso de los centros residenciales para su utilización como espacios para uso sanitario de acuerdo con el apartado noveno de la OM SNS/232/2020.

b. Referencias a la responsabilidad patrimonial

En la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la crisis originada por el COVID-19, pueden influir numerosos factores que harán necesaria una **valoración individualizada de cada supuesto**, para apreciar si el daño alegado es imputable a la actividad administrativa o bien concurren circunstancias que hacen quebrar la relación de causalidad precisa para declarar aquella responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, con carácter general, procede destacar ahora varias **cuestiones**:

1. Para apreciar la responsabilidad ha de tratarse de un **daño antijurídico**, lo que excluye la indemnización de aquellos daños que el particular tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (LRJSP art.32 y 34), como es el caso de las limitaciones de derechos (nº 165 s.), mencionadas al tratar del principio de precaución, a salvo que se acreditase su desproporción o su adopción arbitraria o discriminatoria.

2. La eventual calificación de la **pandemia** como caso de **fuerza mayor** haría quebrar el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público necesario para declarar la responsabilidad administrativa, de acuerdo con la LRJSP art.32 y 34.1. El art.34 matiza los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad patrimonial, a través de la denominada «**cláusula de progreso**», al excluir la indemnización de 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».

Ahora bien, resulta dudosa la posibilidad de extrapolar a la COVID-19 la jurisprudencia que negó la responsabilidad patrimonial derivada del contagio del

virus de la hepatitis C, al considerar que concurría un supuesto de fuerza mayor ligado a la limitación del estado de la ciencia en dicho momento (TS social 22-12-97, EDJ 21304; 3-12-99, EDJ 37941 o 5-4-00, EDJ 9101).

A diferencia de este caso, en la **pandemia actual** ha existido un temprano conocimiento científico sobre el virus causante de la enfermedad, sus vías de contagio y medios de prevención y tratamiento, lo que matizaría en gran medida la conclusión alcanzada en las mencionadas sentencias, en especial, en los casos en los que, lejos de un funcionamiento normal del servicio, se aprecie su gestión deficiente.

3. El **funcionamiento anormal de los servicios públicos**, puede derivar tanto de actitudes omisivas, que se tratan en el nº 270, como de acciones administrativas irregulares, lo que exige el examen particularizado de la concreta falta en el contexto del servicio de que se trate, al ser múltiples los sectores afectados por la pandemia. Por ejemplo, en el ámbito sanitario el parámetro lo proporcionará la inadecuación del servicio prestado a la llamada *lex artis*, no solo en actuaciones médicas concretas, sino también por ejemplo en la gestión de listas de espera, bien de otras enfermedades, cuyo diagnóstico o tratamiento se haya retrasado por la atención preferente de los enfermos COVID, bien de listas de espera para el acceso a las unidades de cuidados intensivos o, incluso, de la lista de espera generada para la vacunación contra la COVID-19 a toda la población.

- 190** 4. En la responsabilidad derivada de la **anulación judicial o administrativa** de las disposiciones o actos adoptados por la Administración para afrontar la crisis sanitaria, el presupuesto para la indemnización de los daños estará constituido por la acreditación de que la Administración no hizo una interpretación razonable de la norma al adoptar o aplicar aquellas medidas.

3. Principales cuestiones

200	a. Plazo.....	205
	b. Procedimiento.....	225
	c. Elementos.....	240
	d. Órganos.....	250

a. Plazo

- 205** El plazo es de un año y es de prescripción; está ligado al concreto acto generador de la lesión o del conocimiento del alcance de las secuelas o perjuicios (LPAC art.67; TS 14-7-09, EDJ 158143; 31-3-14, EDJ 65242). Su cómputo no se encontrará vinculado con la declaración de los estados de alarma –p.e., casos de fallecimiento por COVID antes del 14 de marzo–.

PRECISIONES Debe tenerse presentes la **consolidada jurisprudencia** sobre algunos aspectos atinentes al plazo; daños continuados/permanentes (TS 22-2-12, EDJ 15894); la interrupción por prejudicialidad penal y su necesaria notificación (TS 14-5-20, EDJ 559718 o TCo 12/2005); o el carácter restrictivo en su apreciación cuando se observe un ánimo interruptivo (TS 16-1-03, EDJ 305).

- 210** El RD 463/2020, con una técnica normativa cuestionable, acordó la **suspensión de los plazos** de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos

(RD 463/2020 disp.adic.4ª), produciéndose su alzamiento desde el 4-6-20 de junio de 2020 (RD 537/2020 art.10 y disp.derogatoria única).

PRECISIONES A este respecto señalar que no prosperaron el conjunto de propuestas que el CGPJ formuló el 20 de abril tratando de establecer una serie de criterios que aclarasen las reglas de **cómputo de los plazos** afectados por el **estado de alarma**.

Cuando la determinación de los hechos en el **orden penal** sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial (LRJSP art.37) producirá **efectos suspensivos**, con la trascendencia y vinculación que supone la declaración de hechos probados en una sentencia de este orden jurisdiccional. **215**

PRECISIONES Aunque el fundamento de la primera radica en la idea de **culpa**, dada la identidad fáctica de los hechos que se cuestiona, la AN 14-3-12, EDJ 201253582, señala que: «tampoco cabe ignorar los razonamientos expresados por los órganos judiciales de la jurisdicción penal para acordar el sobreseimiento provisional de las diligencias previas, al igual que deben tenerse presentes los informes, ratificaciones, declaraciones y demás elementos contenidos en dicha causa».

Transcurrido el plazo máximo para resolver, seis meses (LPAC art.91), motivos de estrategia determinarán si los reclamantes deciden acudir a la jurisdicción contenciosa al entender su reclamación desestimada por silencio o esperar a que sea dictada la resolución.

b. Procedimiento

Aunque resultará infrecuente su **incoación de oficio**, dado el previsible número de reclamaciones que se espera, no es extraño se adopten medidas especiales para una **tramitación más ágil**. **225**

PRECISIONES **1)** Es lo que ha sucedido en el ámbito de la AGE, con la encomienda de gestión a la Subsecretaría de Hacienda de los expedientes por **gestión del COVID**, por la actuación del Ministerio de Sanidad y de las entidades de derecho público adscritas al mismo. Se excluye tanto la resolución de las reclamaciones como la de los recursos de reposición (Resol 21-10-20).

2) A los efectos de **legitimación**, además de admitirse sin contradicción la reclamación que familiares y allegados de fallecidos por COVID puedan interponer en su propio nombre y derecho por daño moral propio, el TS viene admitiendo que los herederos puedan también suceder al perjudicado por aquel daño (TS 26-3-12).

Destacar la importancia que tendrán los **preceptivos informes** de los servicios afectados, donde descansarán los argumentos exculpatorios de carácter técnico de la Administración, así como el dictamen de los órganos consultivos en los supuestos en que resulten preceptivos, dada su general conformidad por parte las administraciones consultantes. **230**

PRECISIONES En palabras del Consello Consultivo de Galicia son **estos informes** los que deben contener las valoraciones técnicas, siendo función de los órganos consultivos –y por extensión a nuestro juicio, la resolución que en su día se dicte– su subsunción en categorías jurídicas (Dictamen 398/2000 o 77/2003).

c. Elementos

- 240** Son los siguientes:
- a) Efectividad de un **daño evaluable económicamente**, de contenido patrimonial e individualizado –lo que excluye las cargas generales o la (re)ordenación general de una actividad–.
 - b) **Antijuridicidad** del daño (que no exista el deber jurídico de soportar), de acuerdo con la ley. En relación con el estado de la ciencia o de la técnica, el D 965/2018 del Consejo de Estado sobre la vacunación de la poliomelitis.
 - c) Daño **imputable** a una Administración sin la intervención de un tercero o del propio perjudicado –p.e., incumpliendo las medidas acordadas por las autoridades competentes–, lo que podría hacer decaer la reclamación o atemperar sus consecuencias –conurrencia de culpas–.
 - d) **Relación de causalidad** entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, cuya prueba corresponde al reclamante (LEC art.217). No resultará impensable que, en función de la mayor o menor facilidad probatoria –p.e., prueba de la causa de fallecimiento por COVID–, esta regla resulte alterada como en los casos de responsabilidad por daño desproporcionado (TS 30-4-07, EDJ 28955).
 - e) Ausencia de **fuerza mayor**, entendida como sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, resulten inevitables. Será alegada en relación con los daños sufridos durante los primeros tiempos de la pandemia, aunque por el momento no ha tenido favorable acogida (TSJ Aragón 22-9-20).
 - d) **Plazo de prescripción** de un año, en el sentido apuntado más arriba.

d. Órganos

- 250** En no pocas ocasiones resultará complicado identificar a la autoridad competente autora de la medida a la que se le atribuya el daño, dado el entramado efectuado por los **decretos declarativos del estado de alarma** (RD 463/2020 art.4; RD 926/2020 art.5), lo que provocará la duplicidad de reclamaciones por los **mismos hechos**. Esta será además una de las excepciones alegadas por la administración reclamada en cada caso (TS 8-10-20, EDJ 669144). En otras ocasiones la dificultad radicará en la ausencia de publicidad de actuaciones en los boletines oficiales correspondientes (por ejemplo, la estrategia de vacunación).

PRECISIONES **1) Autoridades delegadas**, medidas generales a nivel nacional no obstante su modulación por la autoridad autonómica... Ejemplo de ello podría ser la Orden del Ministro de Sanidad que pone a disposición de las comunidades autónomas centros de diagnóstico clínico (OM SND/344/2020,) o las **actuaciones coordinadas** a que se refiere la L 16/2003 art.65.

2) Hasta el momento, las «decisiones estratégicas de salud pública que vinculaban a toda la población, entre las que se incluye la política de vacunación obligatoria y generalizada ante una situación epidemiológica» resultaban atribuibles a la AGE. En este sentido el D 965/2018 del Consejo de Estado y las sentencias de la AN que en él se citan, aunque se apunte también a la posibilidad de una responsabilidad solidaria.

- 260** Si bien una reclamación presentada ante una administración diferente a la autora de la actuación no interrumpiría el plazo de prescripción, deberá estarse a las circunstancias del caso concreto, el ánimo interruptivo y la apariencia de la administración contra la que se dirige. No será lo mismo que se presente ante una enti-

dad privada, sin efectos interruptivos (TS 3-5-00, EDJ 19290) que frente a una administración territorial cuando el ente causante del daño goce de una personalidad jurídica diferenciada, extremo que un particular medio no tiene por qué conocer en el cada vez más complejo entramado administrativo (Consejo Consultivo de Castilla y León, D 283/2006, de 27 de abril, o 1071/2009, de 18 de noviembre).

A pesar de la regulación de supuestos de responsabilidad concurrente de varias administraciones (LPAC art.33), la práctica demuestra su escasa aplicación. Entre otros motivos, por la reticencia de una administración para ceder a otra la instrucción de un procedimiento del que pudiera resultar responsable, quedando limitada su participación a un mero trámite de audiencia.

4. Responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración

A los fines de la Const art.106.2, la jurisprudencia ha homologado como servicio público, toda actuación o tarea propia de la función administrativa que se ejerce, incluso por **omisión o pasividad** con **resultado lesivo** (TS 20-12-04, EDJ 219419). 270

Ahora bien, tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que exista un deber jurídico de actuar (TS 21-2-12, EDJ 19176).

No obstante, cuando la norma no concreta suficientemente esa obligación administrativa de actuación, cabe suplirla con el recurso al denominado **estándar o rendimiento medio del servicio**, que sirve para dilucidar si existió retraso u omisión en atención a la regulación del concreto servicio de que se trate.

La eventual inactividad de la Administración en la adopción de medidas adecuadas para hacer frente a la pandemia, se ha planteado muy especialmente, en relación con la **gestión de los centros residenciales de personas mayores**¹. En ellos, las medidas de aislamiento de los residentes que dispuso la OM SND/265/2020, según que los mayores estuviesen o no afectados por la enfermedad, hubiera exigido para su efectividad la realización generalizada de pruebas de detección de la enfermedad, pero la propia Orden (apartado quinto) solo estableció la obligatoriedad de la prueba para los mayores que presentasen síntomas de infección respiratoria aguda y siempre, además, que existiera disponibilidad de ella. Además, el aislamiento de los pacientes en la propia residencia, encontraba el inconveniente de que la mayoría de estos establecimientos no disponen de instalaciones médicas o de enfermería, de modo que la Orden dispuso su atención y seguimiento a través de los equipos de Atención Primaria, ajenos al centro residencial, con las dificultades de atención que ello implicó. 275

PRECISIONES El Tribunal Supremo, acuerda remitir **testimonio de las querellas y denuncias** formuladas por las muertes padecidas en las residencias a fin esclarecer,

¹ MARTÍN LORENZO, B.: «Medidas de protección a las personas mayores durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», Revista Gabillex (JCCLM), núm. 21 extraordinario 2020, pp. 287 ss. https://gabillex.castillal Mancha.es/sites/gabillex.castillal Mancha.es/files/pdfs/articulo_beatriz_martin.pdf

si los fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas o administrativas; la autoría de resoluciones que impidieron que los residentes fueran trasladados a centros sanitarios; y si la excepcionalidad de las circunstancias durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica a la que tenían derecho (TS penal auto 18-12-20, EDJ 742118).

- 280** Se ha planteado también la responsabilidad por inactividad de la Administración por los eventuales **contagios sufridos** por **personal de los centros públicos**, sanitarios y sociosanitarios, o de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, por no disponer de equipos adecuados de protección individual (EPI) para desarrollar su actividad en condiciones de seguridad. A este respecto, el Tribunal Supremo ha considerado que ello supuso una violación de derechos fundamentales ya que, pese a reconocer que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución, los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario. En todo caso, subraya la Sala que «no nos corresponde en este proceso hacer un juicio de culpabilidad, ni imputaciones de responsabilidad», sino establecer si ha existido afectación de **derechos fundamentales**.

PRECISIONES Es el TS 8-10-20, EDJ 669144, dictada en el recurso contencioso-administrativo para la protección de derechos fundamentales por **inactividad de la Administración**, interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, que denuncia que el 23 de abril de 2020 el personal sanitario contagiado ascendía a 34.355, un 16% del total, aunque el dato no es exacto porque sólo un pequeño porcentaje se sometió a la prueba PCR.

- 285** Ahora bien, la responsabilidad patrimonial que pudiera exigirse a la Administración en tal caso, al amparo de la LRJSP art.32 s., sería residual, en lo que el daño sobrepasara el resarcimiento obtenido por las vías específicas de reparación previstas en la normativa laboral o de seguridad social, que el empleado público debe instar preferentemente antes de acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial².

En todo caso, hay que tener en cuenta que la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del **incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales** que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral corresponde a la Jurisdicción Social, según la L 36/2011 art.2.e), tal como ha puesto de manifiesto la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (TS 6-5-19, EDJ 578151).

En el **ámbito sanitario** pueden plantearse igualmente numerosos supuestos de responsabilidad por inactividad, tales como déficits en la asistencia a enfermos no COVID que han visto postergados sus tratamientos, fallecimientos por falta de respiradores, contagios en hospitales por falta de medidas de prevención, etc., en los que, en definitiva, habrá que dilucidar la responsabilidad a la vista de la acomodación de la actuación administrativa a los protocolos médicos, considerando a su vez la circunstancia de escasez de medios personales y materiales que concurría en el sistema público de salud.

² MARTÍN LORENZO, B.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y COVID-19» <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/transversal/blog-administracion-publica/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-y-covid-19-2020-5-15/#>