



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_ julio-diciembre 2022 | pp. 269-295  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4983>  
© José Ángel Oreiro Romar  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 24/10/2022 | Aceptado: 29/11/2022  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Responsabilidade patrimonial  
polo impacto da normativa  
COVID-19 no exercicio das  
actividades económicas

## Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19 en el ejercicio de las actividades económicas

64 Regap

Patrimonial liability due to  
the impact of the COVID-19  
regulation when exercising  
economic activities

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR  
Secretario general del Consello Consultivo de Galicia  
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)  
[pepeoreiro@gmail.com](mailto:pepeoreiro@gmail.com)

**Resumo:** Como consecuencia da pandemia producida polo virus COVID-19, as administracións públicas adoptaron toda unha serie de medidas lexislativas para combater as consecuencias do virus sobre a saúde dos cidadáns e sobre o funcionamento do sistema sanitario público. Este traballo analiza a viabilidade das reclamacións de responsabilidade patrimonial encamiñadas a resarcir os prexuízos derivados do impacto destas medidas sobre o exercicio de actividades económicas e mercantís.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antixuridicidade, responsabilidade contractual, responsabilidade concorrente, lexitimación, forza maior.

**Resumen:** Como consecuencia de la pandemia producida por el virus COVID-19, las administraciones públicas han adoptado toda una serie de medidas legislativas para combatir las consecuencias del virus sobre la salud de los ciudadanos y sobre el funcionamiento del sistema sanitario público. Este trabajo analiza la viabilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial encaminadas a resarcir los perjuicios derivados del impacto de estas medidas sobre el ejercicio de actividades económicas y mercantiles.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, estado de alarma, COVID-19, nexo causal, antijuridicidad, responsabilidad contractual, responsabilidad concurrente, legitimación, fuerza mayor.

**Abstract:** As a consequence of the pandemic caused by the COVID-19 virus, Public Administrations adopted legislative measures to avoid the devastating consequences of the virus on the citizens health and on the healthcare system. This essay analyze the viability of damage compensation claims, produced by these measures in business and economic activities.

**Key words:** Damage compensation, state of alarm, COVID-19, causal link, illegality, contractual liability, concurrent liability, legitimization, force majeure.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo COVID-19. 2 Distribución competencial. 3 Responsabilidad patrimonial extracontractual por la afectación de la normativa COVID en el ejercicio de actividades económicas. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 Fuerza mayor. 3.3 Legitimación pasiva y responsabilidad concurrente en las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia. 3.4 Daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizable en relación con una persona o grupo de personas. 3.5 Nexo causal. 3.6 Antijuridicidad. 3.7 La anulación judicial de determinadas normas COVID. 4 Conclusión final.

## 1 Marco normativo COVID-19

La crisis sanitaria producida por la irrupción del virus SARS-CoV-2, comúnmente denominado COVID-19, ha producido un impacto normativo sin parangón en nuestra historia legislativa reciente. No es una exageración afirmar que no ha habido un evento sanitario o de otra índole que haya generado tantas normas en tan poco tiempo, y, de hecho, es probable que en el futuro sigan dictándose nuevas normas que de un modo u otro aborden esta problemática.

Todas las administraciones con competencias legislativas –europea, estatal y autonómica– han dictado disposiciones de diferente rango que han abordado diferentes aspectos de esta materia<sup>1</sup>.

La piedra angular de este proceso puede situarse en el artículo 116.2 de la Constitución española, y en su desarrollo legislativo a través de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de julio, que habilita al Gobierno para declarar el Estado de alarma, excepción o sitio.

De todas estas normas, es importante destacar, por haber sido la primera, el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus sucesivas modificaciones (Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; reales decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; y 492/2020, de

<sup>1</sup> Hay dos datos que ilustran a la perfección lo que acabamos de exponer:

– El BOE ofrece en su página web un código electrónico recopilando la totalidad del derecho europeo y estatal vigente en la materia, en el que se recogen más de 300 disposiciones de diferente rango normativo, vigentes a la presente fecha y dictadas a raíz de la irrupción de la pandemia en marzo de 2020. Acceso web: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=1)

– Por su parte, el Portal de transparencia y gobierno abierto de la Xunta de Galicia recoge 1.090 disposiciones, entre las que solo incluye normativa y medidas del Gobierno autonómico, es decir, sin incluir la actividad legislativa del Parlamento de Galicia. Acceso web: [https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=es\\_ES](https://transparencia.xunta.gal/coronavirus/normativa-autonomica?langId=es_ES).

24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 463/2020).

En el ámbito autonómico, y a los efectos del presente trabajo, interesa destacar el bloque normativo conformado por toda una serie de órdenes<sup>2</sup> que regulaban diversos aspectos del ejercicio de actividades económicas, tales como los horarios, aforos y limitaciones de diversa índole en la prestación de todo tipo de servicios.

Esta intensa actividad legislativa ha dado lugar a una subsiguiente e igualmente intensa actividad jurisprudencial.

De un lado, es necesario hacer referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional que modularon la actividad legislativa del Gobierno. En efecto, en esta materia están en juego derechos fundamentales, lo que ha determinado la irrupción decisiva del máximo intérprete de la Constitución española, a los efectos de corregir eventuales excesos del poder ejecutivo.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 14 de julio de 2021 declara inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del 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.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 27 de octubre de 2021 analiza, respecto de diversos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto; y el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres), distintos preceptos del Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de los preceptos que designan autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma, la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia.

De otro lado, la jurisprudencia contencioso-administrativa (TS y tribunales superiores de justicia) ha dictado múltiples pronunciamientos<sup>3</sup>, analizado y validado

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, podemos citar la Orden de 22 de octubre de 2021 por la que se establecen medidas de prevención específicas a consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Galicia; o la Orden de 14 de septiembre de 2021 por la que se aprueba el nuevo Plan de hostelería segura de la Comunidad Autónoma de Galicia, y la Orden de 29 de septiembre de 2021 por la que se aprueba el nuevo Plan de ocio nocturno de la Comunidad Autónoma de Galicia (*Diario Oficial de Galicia* n. 59-bis. Viernes 25 de marzo de 2022).

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta, Sentencia n. 788/2021, de 3 de junio de 2021, anula el toque de queda y la limitación de reuniones familiares y sociales decretados por el Gobierno balear en las Islas Baleares tras el cese del estado de alarma al considerar que no se ha justificado que la adopción de unas medidas tan intensas y severas resulten indispensables.

El tribunal estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 20 de mayo de 2021 del TSJ de las Islas Baleares que ratificó las medidas adoptadas por el Gobierno de dicha comunidad para combatir la pandemia del COVID-19 tras el cese del estado de alarma: toque de queda entre las 24 y las 6 horas con determinadas excepciones, controles para la entrada en el territorio balear de otras personas provenientes de otros lugares del territorio nacional, límite

o invalidado las medidas adoptadas por los gobiernos autonómicos para frenar la expansión del virus en el ejercicio de sus propias competencias. Para colaborar en la realización de esta labor, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia (disposición final segunda), había modificado el artículo 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, también por Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 2 de junio de 2022 se estima la cuestión de inconstitucionalidad 6283-2020, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por la que se declara inconstitucional dicha modificación por infracción de los principios de división de poderes e independencia judicial, reserva y exclusividad de la función jurisdiccional. En concreto, declara la nulidad del precepto legal que prevé la autorización o ratificación por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las medidas sanitarias para la protección de la salud pública.

El presente trabajo tiene por objeto examinar la viabilidad de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que traigan su causa de las limitaciones, restricciones u otros perjuicios en el ejercicio de actividades económicas y de servicios, como consecuencia del conjunto normativo dictado para hacer frente a la pandemia, teniendo muy presente, reiteramos, que varias de estas normas han sido anuladas por diferentes instancias del poder judicial.

## 2 Distribución competencial

Por más que la normativa COVID que analizamos en este trabajo haya tenido por objeto el establecimiento de limitaciones, restricciones, suspensiones o incluso prohibiciones en el ejercicio de actividades mercantiles, su origen último se encuentra en las competencias de las diferentes administraciones territoriales en materia de salud pública.

La Constitución española concibe la sanidad como una materia multidisciplinar, de modo que las diferentes administraciones –Estado, comunidades autónomas y ayuntamientos– asumirán competencias sobre ella de acuerdo con los criterios organizativos expuestos en las leyes que desarrollan el reparto competencial.

---

máximo de 6 personas en reuniones familiares y sociales en espacios interiores, y en ocho en espacios abiertos; y 50 % aforo en lugares de culto cerrados. De esas cuatro medidas, ratificadas judicialmente, el fiscal recurrió únicamente el llamado toque de queda nocturno y el límite máximo de personas en reuniones familiares y sociales. La estimación supone la anulación del auto en la parte relativa a estas dos medidas recurridas.

La Sala considera que medidas restrictivas tan severas y extensas como el toque de queda o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales pueden adoptarse al amparo de la Ley orgánica 3/1986 (artículo 3) siempre que “la justificación sustantiva de las medidas sanitarias –a la vista de las circunstancias específicas del caso– esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate”.

Por su parte, la Sentencia de 18 de agosto de 2021 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260) denegó la ratificación de la medida impuesta por la Junta de Andalucía de limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música a quien no acreditase estar en posesión de un certificado COVID o haber realizado en las últimas 72 horas un test de antígenos o PCR negativos.

El artículo 149.1.16 de la Constitución española reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. En coherencia con ello, las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de desarrollo de la legislación básica estatal y otras muchas en materias relacionadas con la salud pública.

Con base en este título competencial, se dicta la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que reparte las competencias entre Estado y comunidades autónomas. De acuerdo con lo establecido en esta norma, las comunidades autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus estatutos de autonomía, las que el Estado les transfiera o delegue (artículo 4.1.1) y todas las competencias previstas en dicha disposición y no reservadas expresamente al Estado (artículo 4.1.2).

En el ámbito municipal, la distribución competencial se complica. El artículo 42.3 de dicha norma establece, *“sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales; b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportivas y de recreo; d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte; e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria”*. Estas previsiones deben integrarse con la competencia reconocida en el artículo 4.1.f de la Ley de bases del régimen local, que atribuye a los ayuntamientos la potestad sancionadora *“dentro de la esfera de sus competencias”*.

Por tanto, no se trata de que los legisladores estatal y autonómico establezcan un catálogo de materias de interés exclusivo municipal cuya gestión deba quedar reservada, de modo también exclusivo, a las entidades locales, sino de identificar dentro de cada materia los aspectos que, en la medida en que se hagan presentes y afecten al interés de las colectividades que los municipios representan, deban ser gestionados por ellos, bajo su propia responsabilidad y régimen de autonomía, por más que otros aspectos de esa materia trasciendan del ámbito local y deban formar parte del ámbito de competencias de instancias de poder político de un mayor nivel territorial. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 25.2 LBRL recoge un grupo de materias en las que el legislador básico realiza una identificación de los aspectos o asuntos que, formando parte de ellas, afectan directamente al círculo de los intereses de los municipios, aunque sin hacer atribuciones competenciales concretas y dejando su asignación a los legisladores estatal y autonómico. Es el caso, dentro de la materia de urbanismo, de los asuntos relativos al planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística o, dentro de la materia del medio ambiente, de los asuntos relativos a parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra

Regap



ESTUDIOS

la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. Además, alude directamente a aspectos concretos de una materia, pero sin hacer referencia a esta última, como sucede con la protección de la salubridad pública (artículo 25.2.j), que evidentemente debe englobarse en la más genérica materia de sanidad.

Este sistema de distribución competencial ha generado ciertos problemas en su aplicación práctica, ya que el campo de actuación de cada Administración pública es difuso, de modo que es frecuente la existencia de conflictos competenciales derivados del enjambre normativo descrito<sup>4</sup>.

### 3 Responsabilidad patrimonial extracontractual por la afectación de la normativa COVID en el ejercicio de actividades económicas

#### 3.1 Consideraciones generales

El régimen jurídico de la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC), en sus aspectos procedimentales, y en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), en sus aspectos sustantivos, todo ello con fundamento y en desarrollo del artículo 106.2<sup>5</sup> de la Constitución española.

En lo que concierne a los aspectos de fondo, hay que indicar que los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas son el resultado de una elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, y han sido reiteradamente expuestos por el Consello Consultivo de Galicia (por todos, *vid.* dictámenes CCG 567/2014, CCG 72/2018, CCG 480/2018 o CCG 190/2021, y más recientemente dictamen 289/2022, de 27 de octubre de 2021).

Sintéticamente expuestos, los presupuestos mínimos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, partiendo del principio de responsabilidad objetiva y directa, son:

- a) El daño producido en el patrimonio de los particulares tiene que ser efectivo e individualizado en una persona o en un grupo de personas.

<sup>4</sup> El Consello Consultivo de Galicia, en sus informes CCG 141/2021, de 2 de junio, y 263/2020, de 14 de octubre, analiza diversas cuestiones relativas a la competencia de las diferentes administraciones públicas, particularmente de los ayuntamientos, para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con el COVID-19, a raíz de la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios. En concreto, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, de 15 de abril de 2021, PA 67/2021, que anula la multa impuesta por un ayuntamiento al considerar que carece de competencias en materia de sanciones COVID, y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago de 2 de junio de 2021, PA 177/2021, que, en sentido opuesto, confirma la legalidad de una multa impuesta con base en la normativa COVID.

<sup>5</sup> Artículo 106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

b) El citado daño o lesión debe producir en el patrimonio del particular lesionado un perjuicio antijurídico que este no tenga el deber de soportar.

c) El daño o lesión patrimonial tiene que guardar un nexo causal con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) El daño no debe ser producto de una situación de fuerza mayor.

e) La reclamación tiene que ser presentada por el particular interesado dentro del plazo legalmente establecido.

Junto a lo anterior, cabe indicar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva. Como más significados límites de aquel principio general pueden destacarse cuatro acotaciones:

a) La fuerza mayor (artículo 139.1 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), y, en sentido similar, el artículo 32.1 de la vigente LRJSP).

b) El deber jurídico de soportar el daño (artículo 141.1 de la derogada LRJPAC y, en sentido similar, artículos 32.1 y 34.1 de la vigente LRJSP).

c) La no indemnizabilidad de los daños derivados de hechos y circunstancias que no se hayan podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de los mismos (artículo 141.1 de la derogada LRJPAC; y, en sentido similar, el artículo 34.1 de la vigente LRJSP).

d) Aquellos otros de creación jurisprudencial, tales como la culpa de la víctima o el hecho de tercero (recogidos en incontables pronunciamientos del Tribunal Supremo como, entre otros, los contenidos en su Sentencia de 27.7.2002, rec. 4012/1998, o la de 19.6.2007, rec. 10231/2003, y en las que en ella se citan). Así, es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de esta, cuando es la conducta de la propia persona perjudicada o la de una tercera persona la única determinante del daño producido. Ahora bien, no queda excluida la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en los que en la producción del evento dañoso concurre la intervención de la Administración junto a la de la víctima o de una tercera persona, reconociéndose en estos supuestos la posibilidad de apreciar una concurrencia de culpas para mitigar el *quantum* indemnizador (por todas, STS de 28.4.2009, rec. 7836/2004, o de 17.6.2011, rec. 4881/2007).

Estos principios generales son de plena aplicación a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de las restricciones y limitaciones impuestas

Regap



ESTUDIOS



por la normativa COVID en el ejercicio de las actividades económicas. Pero, además, debemos tener en cuenta otros que, sin revestir este carácter, sí pueden resultar de aplicación a otros ámbitos de la actuación administrativa.

De una parte, la suspensión y las limitaciones de actividades han revestido en la mayor parte de los casos un carácter cautelar. Aunque es cierto que algunas de estas limitaciones subsisten en la actualidad, e incluso existe la posibilidad de que vuelvan a adoptarse en un futuro, la inmensa mayoría de ellas nacen para ser aplicadas en un momento y en un lugar muy concreto y se extinguen a los pocos meses y en función de la evolución y evaluación de la situación sanitaria. Por ello, en el análisis de la casuística conviene atender a la doctrina jurisprudencial y científica sobre responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de medidas cautelares<sup>6</sup>.

Por otro lado, tal y como aludimos en el apartado anterior, varias de las disposiciones dictadas para hacer frente a la crisis sanitaria han sido anuladas por diferentes instancias de los tribunales de justicia (Tribunal Constitucional y, en el orden contencioso-administrativo, Tribunal Supremo, tribunales superiores de justicia e incluso juzgados de lo contencioso). Y por ello resultan plenamente de aplicación tanto las normas como la doctrina jurisprudencial y científica<sup>7</sup> que se ocupan de la responsabilidad patrimonial por la anulación de actos y disposiciones administrativas.

### 3.2 Fuerza mayor

La fuerza mayor se define como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, y se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad de quien lo invoca. En palabras del Tribunal Supremo, “*la fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial*” (Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 1849/2002, de 13 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3786, Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 309/2006, de 21 de julio de 2008, ECLI:ES:TS:2008:4054 o Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 2550/2009, de 5 de abril de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1715).

La carga de la prueba de la concurrencia de fuerza mayor, a los efectos de desestimar una reclamación, corresponde siempre a la Administración reclamada, y que en definitiva lo invoca como causa de exoneración de responsabilidad.

<sup>6</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005, pp. 65-99.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 221-237.



La jurisprudencia ha tenido ocasión de tratar ampliamente este concepto, en relación con múltiples materias y eventos<sup>8</sup>.

De hecho, el propio Tribunal Supremo ha destacado que, aunque el concepto de fuerza mayor esté perfectamente definido en el plano teórico, su concreción es extremadamente casuística (STS de 29 de junio de 2002, recurso 1729/1998). Así, una reiterada jurisprudencia recoge el concepto clásico de la fuerza mayor como el acontecimiento externo que no pudo preverse o que, de haberse previsto, fuera inevitable, por todas la Sentencia de 16 de febrero de 1999 (recurso 6361/1994).

Descendiendo a la materia que nos ocupa, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles, e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es, de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2 de abril de 1985) o los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4 de febrero de 1983). La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (recurso 9783/1998) señala claramente los requisitos de la fuerza mayor y los distingue del caso fortuito: «a) *En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida; interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.* b) *En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio».*

Descendiendo al caso que nos ocupa, la Comisión Jurídica Asesora de Madrid se ha pronunciado con claridad y contundencia, en el sentido de considerar la pandemia derivada del COVID-19 como un supuesto paradigmático de fuerza mayor. En su dictamen 599/21, de 16 de noviembre, señaló al respecto lo siguiente: “*concurren todos los requisitos para apreciar que la existencia formalmente declarada por la Organización Mundial de la Salud de una pandemia mundial es causa de fuerza mayor, pues fue imprevisible según el estado actual de la ciencia; además, este hecho, aun siendo hipotéticamente previsible, fue, sin embargo, inevitable y la causa que lo ha motivado es extraña e independiente de la actuación administrativa. Por lo tanto, es aplicable el artículo 34 de la LRJSP, que declara como no 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 existente en el momento de producción de aquellos. Como señala el informe técnico del servicio implicado (Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19) y es sobradamente conocido, se trata de una enfermedad nueva; el 7 de*

<sup>8</sup> Merece especial mención la recopilación jurisprudencial que realizan CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, pp. 67-100, y SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009, pp. 87-141.

*enero de 2020 las autoridades chinas identificaron el agente causante de este brote, un nuevo tipo de coronavirus que fue denominado SARS-CoV-2. La Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional el 30 de enero de 2020 y el 11 de marzo de 2020 calificó la enfermedad denominada COVID-19 como una pandemia global. Y sobre el estado de la ciencia, baste decir que las primeras vacunas autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento lo han sido en diciembre de 2020, principiando la vacunación en España el día 26 de diciembre de 2020, sin que por otra parte se haya declarado por el Gobierno el fin de la situación de emergencia sanitaria. Por tanto, concluimos que se dan los requisitos para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a la Administración. Por lo que aquella rompe el nexo causal entre el daño invocado –que no probado– por la empresa reclamante y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración autonómica”.*

Cabe añadir que la apreciación de fuerza mayor exime a la Administración del examen del resto de los requisitos necesarios para apreciar responsabilidad patrimonial. De este modo, una vez que llegara a la conclusión de la existencia de fuerza mayor, la Administración queda automáticamente exonerada con independencia del análisis que eventualmente pueda hacerse sobre aspectos como los daños sufridos, el nexo causal o la antijuridicidad.

No obstante lo anterior, la cuestión merece matizaciones. Por un lado, y aun dando por bueno que la pandemia pudiese haber sido un suceso imprevisible conforme al estado de la ciencia en el momento en que se produce, en ocasiones los daños reclamados no vendrán directamente del COVID-19, sino de las medidas adoptadas por las administraciones públicas en orden a paliar sus efectos. Y estas medidas, por más que nobles en sus intenciones, pueden haber sido erróneas, negligentes o desproporcionadas. Por otro lado, el estado de la ciencia ha avanzado desde la irrupción de la pandemia y no cabe juzgar con el mismo prisma las medidas adoptadas a día de hoy que las adoptadas en marzo de 2020 con el primer estado de alarma. Por ello, queda por ver si la jurisdicción contencioso-administrativa compartirá en un futuro las opiniones expresadas o bien las modulará en función de la variedad casuística que se le presente.

### **3.3 Legitimación pasiva y responsabilidad concurrente en las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia**

La legitimación pasiva de una Administración es un presupuesto procesal de admisibilidad de una reclamación de responsabilidad patrimonial. De este modo, si una Administración no ha participado en la autoría de la actuación que produce el daño, no es necesario admitir a trámite la reclamación, ni instruir un procedimiento para resolverla en cuanto al fondo, sino que procede su inadmisión.

Tal y como hemos descrito anteriormente (*vid. 2. Distribución competencial*), el complejo sistema de distribución competencial en materia de sanidad pública, y el enjambre jurídico constituido por la normativa COVID, ha suscitado problemáticas en relación con esta cuestión.

El 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, supuso un cambio respecto al marco legal ordinario y particularmente una redistribución de competencias entre las administraciones públicas para adoptar medidas de carácter sanitario y epidemiológico para la gestión de la crisis derivada de la pandemia, correspondiendo –en adelante– dichas competencias a la Administración general del Estado.

El artículo 4.1 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, en su redacción original, indicaba que, “A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”, y el apartado 2 concreta: “Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La ministra de Defensa, b) El ministro del Interior, c) El ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El ministro de Sanidad. Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el ministro de Sanidad”.

En consecuencia, desde el 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el citado Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como en los sucesivos reales decretos por los que se prorroga el estado de alarma inicial y en las órdenes ministeriales e instrucciones dictadas por las autoridades delegadas, constituyeron el marco normativo para gestionar tanto la emergencia sanitaria provocada por la pandemia como para adoptar medidas socioeconómicas y regular la nueva situación generada a raíz de la misma.

El artículo 5 establecía el deber general de colaboración con las autoridades competentes delegadas y el artículo 6 especificaba que cada Administración pública conservará las facultades que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, a los efectos del estado de alarma.

Por tanto, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio de 2020 (ambos inclusive), las comunidades autónomas carecen de legitimación pasiva en las medidas adoptadas, correspondiendo única y exclusivamente a la Administración general del Estado.

En el caso de Galicia, la legitimación pasiva de esta Administración autonómica abarcaría, por un lado, las medidas adoptadas por las autoridades competentes de la comunidad autónoma, en los días previos a la declaración del estado de alarma por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo; y, por otra, las adoptadas desde el 21 de junio de 2020 hasta que el Gobierno declare el fin de la crisis sanitaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Real decreto ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En relación con este último período, no se puede hablar de corresponsabilidad con otras comunidades autónomas, pues la actuación de cada una de ellas se circunscribe a su ámbito territorial.

El marco descrito debe completarse con los principios generales aplicables en materia de responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, y regulados en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público:

*Artículo 33. Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas.*

*1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, 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.*

*2. 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.*

De acuerdo con todo lo expuesto, la primera conclusión que conviene sentar es que en esta materia es ciertamente difícil aplicar la regla de la solidaridad. Toda reclamación deberá concretar la actuación, norma o restricción que ha dado lugar a los daños reclamados, y siempre será posible individualizar la Administración que la ha adoptado, es decir, si deriva de medidas adoptadas por el Estado, por las comunidades autónomas o por una entidad local. De este modo, y en la medida en que cada actuación de cada Administración es perfectamente individualizable y en todo caso debe circunscribirse a su respectivo ámbito competencial, nunca podrán invocarse fórmulas conjuntas de actuación o la cláusula supletoria de la solidaridad.

### **3.4 Daño efectivo, evaluable económicamente, e individualizable en relación con una persona o grupo de personas**

De conformidad con el artículo 32.2 de la LRJSP, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Según reiterada jurisprudencia, el daño real y efectivo no comprende meras especulaciones o expectativas, y debe afectar a derechos o intereses legítimos.

En lo que se refiere al lucro cesante, se requiere la certeza de éste, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rentabilidad, para que no se cumplan aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no está probada y constituyen una mera eventualidad. Así, pueden citarse las SSTS 20.2.2015, rec. 4427/2012; 9.6.2015, rec. 2722/2013, refiriendo esta última como:

*“[...] Ahora bien, en el caso planteado no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión en la vida social, laboral y empresarial de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse que, de no haberse impuesto las restricciones, la afluencia de usuarios a estas instalaciones deportivas hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Y no puede tampoco orillarse que se han articulado diversas medidas compensatorias y se convocaron ayudas directas para estos operadores*

económicos en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas, que vienen contribuyendo a mitigar en parte el daño que pretenden sea resarcido. Incluso procede advertir que la suspensión temporal de la actividad por decisiones administrativas no sancionadoras es un riesgo asegurable, cuya eventual indemnización debe también deducirse del quantum resarcitorio reclamado en este cauce para excluir la doble indemnidad o la obtención de un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado.

*En estas condiciones, el indicio racional de unas pérdidas que, en un contexto de normalidad, se asocia al ‘decurso normal de las cosas’ no es suficiente para acreditar la efectividad del daño por el que aquí se reclama, pues media la evidencia de que concurrían otras circunstancias externas derivadas de la compleja situación sanitaria que condicionaban la afluencia a estas instalaciones, y el perjuicio ha sido (o está siendo) compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, y eventualmente podría haber sido también resarcido por estar asegurado el riesgo de restricción o cese temporal de actividad. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas que no responden a una cuantificación real y efectiva de los daños padecidos, y todo ello en un escenario extraordinario y anómalo que impide apreciar la efectiva realidad del perjuicio económico (542.938,63 €) por el que se acciona [...]”.*

Derivado de lo expuesto, y precisamente por ello, la jurisprudencia exige una prueba rigurosa del lucro cesante y su apreciación de modo prudente y restrictivo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 (recurso 2722/2013) y las que en ella se citan señalan que:

*“[...] la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros ‘sueños de ganancias’ como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008), (STS de 21 de diciembre de 2012, recurso de casación 5521/2010). Y en esa línea hemos declarado en nuestra Sentencia de 20 de febrero de 2015 (recurso de casación 4427/2012) ‘la indemnización por lucro cesante, como recordaba nuestra ya lejana Sentencia de 15 de noviembre de 2002, exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios’. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006 (casación 1761/02), en la que se dice que ‘la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas’ [...]”.*

Regap



ESTUDIOS

Además, la carga de la prueba de la existencia del daño reclamado y de su entidad corresponde a la parte reclamante, como ha señalado reiteradamente el Consello Consultivo de Galicia (por todos, CCG 429/2018, la CCG 106/2021 o más recientemente CCG 229/2022). También la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, aceptando el principio de que la carga de la prueba de la existencia de los daños y perjuicios y la causal relación con el servicio público corresponde a la parte reclamante (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4.11.1997, rec. 3594/1993, de 30.10.1999, rec. 5696/1995, o de 12.7.2011, rec. 2496/2007). El dictamen CCG 317/2022 analiza la prueba de las pérdidas derivadas de la imposibilidad de realizar la actividad empresarial durante la pandemia, formulada por una cadena de gimnasios con distintos puntos en España, uno de ellos en la ciudad de Vigo. La entidad reclamante aporta un informe pericial acreditativo de la existencia de un lucro cesante o daño emergente. El Consello Consultivo de Galicia se pronuncia de la siguiente manera:

*“[...] do exame do ditame pericial achegado coa reclamación resulta que, para o cálculo do beneficio deixado de obter, ademais de terse en conta todo o período comprendido desde o primeiro estado de alarma ata o 28.2.2021 (sen diferenciación ningunha entre as medidas adoptadas nese período en función da autoridade de procedencia), emprégase unha metodoloxía baseada, en síntese, na extrapolación de datos de exercicios precedentes, sen ter en conta un elemento esencial que, aínda que non se tivesen adoptado as medidas, tería necesariamente incidido na actividade económica da empresa naquel período: a propia crise sanitaria causada polo COVID-19. En efecto, cabe entender que esta crise sanitaria tería producido de por si (e á marxe da adopción de medidas polas autoridades sanitarias) cambios no comportamento social que terían afectado negativamente á actividade económica desenvolvida pola entidade reclamante.*

*En otro dictamen, el Consello Consultivo considera insuficiente la prueba ofrecida por la empresa reclamante, por cuanto que la valoración del lucro cesante debería tener en cuenta aspectos adicionales, “como, por exemplo, se a empresa foi beneficiaria dalgunha das axudas públicas, tanto do Estado como da Comunidade Autónoma galega, para apoiar as actividades económicas afectadas polas restricións, ou a redución dos gastos ordinarios –materiais e de persoal– nos que o establecemento non incorreu durante os citados períodos” (CCG 247/2022).*

En un sentido parecido, se ha pronunciado también el Consejo Consultivo de Asturias (28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 e 42/2022) en diversos dictámenes que analizan reclamaciones formuladas por empresas dedicadas a la gestión de centros o instalaciones deportivas.

Del conjunto de los dictámenes expuestos podemos extraer una serie de conclusiones.

En primer término, la carga de la prueba, que en todo tipo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial corresponde al que la fórmula, deberá ser especialmente intensa cuando se trata de reclamar lucro cesante o daño emergente.



De otro lado, tiene relevancia que la Administración haya dictado disposiciones normativas que hayan reconocido compensaciones a los perjudicados. No en vano, el artículo 33.2 de la LJSP excluye la indemnización de 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, “*todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”. De este modo, cualquier prestación asistencial o económica recibida puede entenderse como un mecanismo de compensación alternativo que debería tenerse en cuenta como mínimo a los efectos de minorar tales indemnizaciones, de la misma manera que una prestación por invalidez ha de tenerse en cuenta a la hora de reconocer una finalización por responsabilidad patrimonial como consecuencia de negligencia sanitarias (STSJ Castilla-La Mancha 1593/2017 - ECLI:ES:TSJCLM:2017:1593).

Y, en definitiva, cualquier daño que no haya sido acreditado de un modo evidente y notorio, o que hubiere sido compensado indirectamente, quedará reducido al campo de las especulaciones y será desestimado.

### 3.5 Nexo causal

Otro de los presupuestos esenciales para apreciar la existencia de responsabilidad de una Administración es la vinculación directa entre la actuación administrativa y el daño producido. De este modo, la existencia de elementos que distorsionan, alteran o menoscaban la imputabilidad directa a la Administración de la actuación productora del daño puede eventualmente contribuir a la desestimación de la reclamación. Este requisito presenta toda una serie de peculiaridades cuando se trata de analizar su concurrencia en una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de las limitaciones en el ejercicio de actividades económicas a consecuencia del virus COVID-19.

Por un lado, el ámbito económico más castigado por los efectos de la pandemia es el sector terciario, y dentro del mismo la actividad de hostelería, el turismo y el comercio. Frente a otros sectores como el primario o el secundario, que han recuperado índices de normalidad muy similares a los pre-pandémicos, y que por su carácter esencial sufrieron un menor nivel de restricciones, las actividades de venta al por menor de productos, servicios y mercancías han sufrido consecuencias especialmente graves a muy diferentes niveles. Por lo tanto, las medidas adoptadas por las administraciones públicas no han afectado a todas las actividades por igual, y, de hecho, lo positivo para algunas de ellas ha podido ser negativo para otras. Por lo tanto, no hay un sacrificio idéntico.

De otro lado, tal y como hemos señalado anteriormente, al menos en relación con las medidas adoptadas en marzo de 2020 con la primera declaración del estado de alarma, en esta materia parecen haber podido concurrir causas de fuerza mayor que supondrían la ruptura de la relación de causalidad entre los daños efectivamente sufridos y la conducta administrativa que eventualmente hubiere dado lugar a los mismos. Pero también hemos destacado que en ocasiones los daños reclamados no

Regap



ESTUDIOS



vendrán directamente del COVID-19, sino de las medidas adoptadas por las administraciones públicas en orden a paliar sus efectos, algunas de las cuales pueden haber sido erróneas, negligentes o desproporcionadas. En este caso, hay una evidente dificultad en materia de carga de la prueba, y en orden a distinguir qué actuaciones han sido negligentes y en qué medida. Y, aun presuponiendo que fuésemos capaces de hacer esta distinción con precisión quirúrgica, de ello resultaría si una responsabilidad proporcional en la que la indemnización “*debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia*”<sup>9</sup>.

Finalmente, y al margen de las consideraciones estrictamente jurídicas, influyen en el nexo causal también otras con un componente netamente socioeconómico. El COVID-19 ha conllevado unos cambios de comportamiento por parte de los ciudadanos en sus hábitos cotidianos, como por ejemplo una menor interconexión social, la adquisición de bienes y productos por internet o la preferencia por espacios al aire libre. Estas conductas han tenido, tienen en la actualidad y seguramente la sigan teniendo en el futuro, un fuerte impacto en las actividades de servicios. De este modo, más allá de un cierre puntual, podemos hablar de un nuevo modelo de negocio en muchos sectores. Estos aspectos influyen sin duda en la relación de causalidad entre el daño producido y su imputabilidad a la Administración. Los cambios de preferencias, dependencias, o incluso de modas, son una constante en el sector de servicios y, aunque eventualmente estas a las que aludimos vienen derivadas de una crisis sanitaria, ello no constituye un título para imputar su responsabilidad a la Administración.

### 3.6 Antijuridicidad

De acuerdo con los principios generales de esta institución, no todo daño, por más que sea probado y efectivo, es indemnizable, sino que además debe tratarse de un daño antijurídico, lo que se traduce en la ausencia de un deber legal de soportar dicho daño.

En nuestro ordenamiento jurídico, el requisito de la antijuridicidad del daño se establece tanto en el artículo 32.1 como en el artículo 34.4 de la LRJSP, de modo que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Pero, acto seguido, esta misma norma establece que 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 aquellos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En relación con este requisito, y su interpretación jurisprudencial, conviene destacar<sup>10</sup> la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018, rec. 2006/2016:

<sup>9</sup> Vid. MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007, y MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

<sup>10</sup> En la misma línea, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de julio de 2019, recurso 325/2017: “[...] El principio de precaución que debe presidir la actuación administrativa significa que, cuando subsisten dudas sobre la existencia y alcance

*“[...] si ya con carácter general la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene rechazando que pueda apreciarse la antijuridicidad del daño –presupuesto necesario para que concurra la responsabilidad– cuando la decisión administrativa, pese a que pudiera ser anulada en vía administrativa o jurisdiccional –que no es el caso de autos, como veremos– no puede apreciarse cuando, al considerar los conceptos jurídicos indeterminados –incluso las potestades regladas– se aprecie que la decisión no solo es razonable, sino que está razonada –por todas, Sentencia 1999/2017, de 18 de diciembre, recurso de casación 1845/2016–; esa falta de antijuridicidad debe ser apreciada con mayor rigor cuando la actividad administrativa incida en la propia salud pública [...]; porque es indudable que el riesgo que subyace en dicha actuación comporta la obligada decisión de adoptar con carácter perentorio las medidas de seguridad en salvaguarda del mencionado bien público [...]”.*

La doctrina científica<sup>11</sup> ha debatido intensamente sobre las circunstancias que deben exigirse para considerar que un determinado daño es antijurídico. García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que el daño ha de tenerse por antijurídico «en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate». García Amado ha llegado a calificar este concepto de “cajón de sastre”. Descendiendo a la materia que nos ocupa, *“el mero hecho de que alguna de las medidas adoptadas para luchar contra la presente crisis –v. gr. el cierre de ciertos establecimientos– que hayan causado perjuicios sean declaradas ilegales no basta para que surja la responsabilidad patrimonial de la correspondiente Administración. Hace falta, además, que la ilegalidad sea el fruto de una negligencia, de la infracción del deber de llevar el cuidado exigible habida cuenta de las –difíciles– circunstancias concurrentes”*<sup>12</sup>.

De alguna manera, la modulación de la antijuridicidad en su aplicación a la responsabilidad patrimonial sanitaria puede extenderse a la responsabilidad por daños derivados de la suspensión de limitación de actividades económicas a consecuencia de la pandemia. En opinión de Doménech Pascual, *“en un régimen de responsabilidad objetiva, la Administración soporta el riesgo de los daños causados a pesar de haber actuado con el cuidado debido –v. gr. al cerrar un establecimiento sospechoso–. Este régimen, en consecuencia, encarecerá la intervención administrativa y, por lo tanto, tenderá a reducir su volumen. Producirá sobre las autoridades competentes una suerte de efecto inhibitorio, paralizante. Con arreglo a un régimen culpabilístico, por el contrario, son las víctimas las que soportan dicho riesgo, lo que encarecerá la actividad que llevan a cabo y que puede suscitar la intervención administrativa –v. gr. el funcionamiento del establecimiento en cuestión–, lo que seguramente provocará que aquella actividad se realice en*

---

*de riesgos para la salud pública, la Administración debe adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos, siempre que los actos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos (principio de proporcionalidad) [...]”.*

<sup>11</sup> La regla de la responsabilidad por negligencia parece por ello preferible en estas situaciones (para más detalles, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.

<sup>12</sup> *Vid.* MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.

*menor medida. Aplicar a las potestades administrativas de tutela de la salud pública el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que la Administración se inhiba demasiado en el ejercicio de esas potestades y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla contraria genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que estas no alcancen el volumen que sería deseable, pero estas últimas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa”.*

Por su parte, los órganos consultivos encargados de dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, con carácter unánime, han entendido que las actuaciones de las administraciones públicas en esta materia, al menos hasta la fecha, no revisten el carácter de antijurídico.

El Consello Consultivo de Galicia analiza los acuerdos y órdenes dictados por la Administración autonómica, poniendo de manifiesto que responden a una situación epidemiológica que se afronta a través de un seguimiento periódico, teniendo en cuenta los datos y el conocimiento disponibles sobre la incidencia del mismo, y los mecanismos de transmisión y eficacia de las medidas preventivas adoptadas. Del mismo modo, analiza informes médicos y epidemiológicos en que se basan las medidas, que vinculan individualizadamente cada tipo de medida restrictiva con la situación existente, la actividad económica a que se refiere la medida restrictiva y los objetivos perseguidos con la misma. De ello extrae la conclusión de que estamos ante medidas motivadas, razonadas y proporcionadas, que responden al principio de precaución que deben presidir las actuaciones en materia de salud pública (CCG 309/2022, 316/2022, 317/2022, entre otros).

Y en el mismo sentido que nuestro órgano consultivo autonómico se han pronunciado en asuntos idénticos la Comisión Jurídica Asesora de Madrid en los dictámenes 599/2021, 8/2022, 11/2022, 27/2022, 29/2022, 41/2022, 44/2022, 56/2022, 60/2022, 63/2022, 64/2022, 67/2022, 75/2022, 78/2022; el Consejo Consultivo de las Islas Baleares en sus dictámenes 43/2022 y 56/2022, y el Consejo Consultivo de Asturias en sus dictámenes 28/2022, 29/2022, 40/2022, 41/2022 y 42/2022).

En opinión de estos órganos consultivos, y haciendo abstracción de los supuestos analizados –cierre de instalaciones y actividades de carácter deportivo–, las medidas adoptadas (principalmente, limitación de horario comercial y reducción del aforo) han afectado a prácticamente la totalidad de los negocios de servicios y del conjunto de la población, de modo que deben configurarse también como cargas generales que, afectando a todos los ciudadanos, el empresario en el ejercicio de su actividad económica también tenía el deber legal de soportar. En efecto, los daños deben calificarse de cargas generales o colectivas, con la salvedad, por supuesto, de que los daños resultantes de dichas medidas se limitaron únicamente a una determinada persona o personas, en cuyo caso adquirirían el carácter de cargas individualizadas susceptibles de indemnización. En este punto, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, rec. 43/2012, o la sentencia del mismo tribunal de 30 de noviembre de 2015, rec. 3840/2013, que, para su claridad, procedemos a reproducir:

*“La distinción entre carga general y carga singular no se sustenta en la intensidad de la afectación y sí en la afectación de todos los administrados incluidos en el ámbito de la actividad de la Administración, y no otra cosa puede decirse de la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación 43/2012), en la que con la mención de daños de naturaleza especial o a la afectación de manera especial de los derechos e intereses legislativos lo que se quiere decir, en armonía con constante jurisprudencia, es que una carga general se caracteriza por afectar a todos los administrados incluidos en el ámbito de la medida”.*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en su dictamen 978/2011, de 21 de julio, manifestó:

*“Este Consejo de Estado ha tenido ya múltiples ocasiones de destacar que pertenecen a esa categoría de ‘cargas generales’ las consecuencias desfavorables que se derivan para los agentes e intervinientes en tales sectores económicos como consecuencia de una modificación general del régimen administrativo específico que esté diseñado para cada uno de ellos (dictámenes 46.403 a 46.413, de 14 de junio de 1984; 47.449, de 27 de noviembre de 1986; 49.434, de 29 de octubre de 1987; y 51.965 y 51.128, de 22 de junio de 1989). De este modo, el Consejo de Estado ha venido estableciendo que únicamente escapan a tal caracterización, y son, por tanto, daños susceptibles de ser indemnizados, aquellos perjuicios que una modificación especial del régimen jurídico establecido en dichos sectores imponga de un modo singularizado y especial a algunos agentes, entidades y personas que intervengan en los mismos, en función de una específica condición que en ellos concurra”.*

En palabras de este órgano consultivo, *“para que una lesión sea indemnizable ha de haberse producido al particular un sacrificio especial, singular, excesivamente gravoso y desigual que no pueda ser considerado como una carga general de obligado acatamiento”* (dictamen 702/2019, de 26 de septiembre). Quizá este aspecto pueda dar lugar a cierto debate, por cuanto que ha habido sectores de la actividad económica que por su carácter esencial han mantenido su actividad en todo momento y otros que, si bien sufrieron restricciones muy al principio de la crisis sanitaria, fueron puntuales –nunca un cierre total– y temporalmente mucho más limitadas que las que afectaron al sector terciario de servicios.

### 3.7 La anulación judicial de normas COVID

Tal y como hemos señalado al principio de nuestra exposición (*vid. 1. Marco normativo COVID-19*), todas las administraciones con competencias legislativas han dictado un amplio elenco de normas para hacer frente a la crisis sanitaria.

Pues bien, en lo que se refiere estrictamente a las medidas adoptadas por la Administración autonómica gallega, han tenido siempre un fundamento normativo expreso. En el ámbito estatal, la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que permite a las autoridades sanitarias de

las diferentes administraciones públicas adoptar en el ámbito de sus competencias las medidas previstas en dicha norma para las situaciones de urgencia o necesidad; la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que prevé la posibilidad de adoptar medidas preventivas pertinentes cuando exista una sospecha razonable de un riesgo extraordinario para la salud pública; la Ley 13/2011, de 14 de octubre, general de salud pública, que permite adoptar medidas sanitarias en situaciones de riesgo para las personas. En el ámbito autonómico, la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, que permite entre otras medidas las intervenciones públicas sobre actividades públicas y privadas que puedan tener consecuencias para la salud.

Descendiendo al nivel reglamentario y ejecutivo, los acuerdos y órdenes que contienen dichas medidas de prevención obtuvieron validez jurídica una vez que fueron aprobados y publicados, consiguiendo firmeza por no haber sido impugnados en tiempo y forma, o bien, para el caso de los judicializados, al haber sido confirmados por la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, algunos de los acuerdos y órdenes antes citados fueron impugnados judicialmente, pero ninguno de ellos fue objeto de anulación judicial. Cabe citar en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso) del 26 de noviembre de 2021, rec. 7074/2021, que desestima el recurso interpuesto contra la Orden de la Consellería de Sanidade de 26 de enero de 2021, y las sentencias de 26 de febrero de 2021, rec. 7276/2020, y 17 de junio de 2022, rec. 7323/2020, que desestimaron los recursos interpuestos contra el acuerdo del Consello de la Xunta de 17 de julio de 2020.

A este respecto, debe destacarse Sentencia del Tribunal Supremo n. 1112/2021, de 14 septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3298), que ratifica la medida de la exigencia del llamado pasaporte COVID para entrar a establecimientos de ocio nocturno y de restauración. Este pronunciamiento fue especialmente relevante por dos razones. La primera es que estima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Auto de 20 de agosto de 2021 dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, manifestando que *“la medida reviste también un carácter temporal, según ‘los principios científicos, las pruebas científicas y la información disponible en cada momento’. Como es natural, las medidas deben adecuarse, como señalamos, a la realidad necesariamente cambiante, atendida la evolución de la enfermedad y el estado de la ciencia en cada momento, debiendo mediar la adecuada correspondencia y la necesaria vinculación entre la realidad sobre la que se actúa, la finalidad que se persigue y el medio adecuado para su consecución”*. La segunda razón de la relevancia de este pronunciamiento es que muy poco antes, en concreto por medio de Sentencia de 18 de agosto de 2021 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:3260), se denegó la ratificación de la medida muy similar impuesta por la Junta de Andalucía, la de limitar el acceso al interior de los establecimientos de esparcimiento y hostelería con música a quien no acreditase un certificado COVID o haber realizado en las últimas 72 horas un test de antígenos o PCR negativos.

Todo lo expuesto excluye la posibilidad de considerar antijurídicos los perjuicios que las medidas adoptadas por la Administración autonómica gallega pudiesen conllevar, y que en definitiva tiene su justificación en la legalidad de la actuación administrativa asociada a las extraordinarias circunstancias en que se adoptan.

No obstante, en sentido inverso, cabe la duda legítima de si concurre responsabilidad patrimonial en aquellos casos en que determina la medida, o la norma a partir de la cual se adoptaron determinadas medidas, ha sido anulada judicialmente (*vid. 1. Marco normativo COVID*). Ya hemos hecho referencia con anterioridad a la polémica surgida en relación con la competencia de los ayuntamientos para el ejercicio de la potestad sancionadora en conductas tipificadas por normativa COVID. A este respecto, la anulación de los reales decretos derivados del Estado de alarma supuso el archivo de todos los procedimientos sancionadores en curso, y la devolución de las sanciones ya abonadas, y correspondientes a procedimientos finalizados. En todo caso, las premisas, requisitos y presupuestos de la responsabilidad patrimonial poco o nada tienen que ver con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Junto a los aspectos generales descritos anteriormente para todo tipo de reclamación de responsabilidad patrimonial (*vid. 3.1 Consideraciones generales*), una reclamación por los daños derivados de una actuación administrativa judicialmente anulada obliga a traer a colación la doctrina específica existente en la materia.

Es preciso partir de la previsión contenida actualmente en el artículo 32.1 de la LRJSP (y similar a la que se recogía en el artículo 142.4 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común), conforme a la cual “*la anulación en vía administrativa o por la orden jurisdiccional contencioso-administrativa de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización*”. Por tanto, no hay un efecto causa-consecuencia entre la ilegalidad de un acto administrativo y la responsabilidad patrimonial, y no puede afirmarse que la anulación excluya la responsabilidad ni tampoco que toda ilegalidad lleve de por sí responsabilidad. La cuestión tiene que situarse en el marco del instituto de la responsabilidad objetiva, de suerte que la base del deber de indemnizar radica en el dato objetivo de la ilegalidad del perjuicio y no tanto en el aspecto subjetivo de la actuación antijurídica de la Administración, de modo que las razones jurídicas que conducen a la anulación de un acto no son inexorablemente causa de la antijuridicidad del daño.

En la misma línea, la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros, como recuerda, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016, rec. 3791/2015:

- a) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a la misma solo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general.
- b) El requisito esencial, y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos, es la antijuridicidad del perjuicio.



c) El examen de la antijuridicidad en estos casos no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto anulado, cuya antijuridicidad resulta patente al haber sido así declarada en vía administrativa o judicial.

d) Para determinar si un sujeto está obligado jurídicamente a soportar el daño causado por el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos que se deben tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa, pues no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribiera el artículo 9.3 de la Constitución española, que si actúa en el ejercicio de poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y, en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a conseguir en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes. Así, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017, rec. 3333/2015:

*“[...] Sí existirá esa antijuridicidad del daño cuando la Administración, al ejercitar potestades administrativas discrecionales, se aparta de toda lógica en la apreciación de tales circunstancias y procede a la aplicación de la norma de manera irrazonada e irrazonable, o incluso que aplicando potestades regladas se aparta de las exigencias de la norma cuando, por ejemplo, haya de apreciar conceptos jurídicos indeterminados, que son apreciados y valorados en igual grado de ausencia de lógica. En suma, como se ha venido acuñando por la jurisprudencia, que la decisión administrativa luego anulada no sea razonable ni esté razonada (en este sentido, por todas, Sentencia de 9 de diciembre de 2015, recurso de casación 1661/2014, con abundante cita) [...]”.*

Por el contrario, “si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016, rec. 3791/2015, y las sentencias citadas en la misma). Y también resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad<sup>13</sup> que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por tanto, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y

<sup>13</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2011 cita su Sentencia de 23 de marzo de 2010 (recurso 2181/2008), en la que reitera la doctrina referida y concluye que los daños no eran antijurídicos, ya que la anulación de la actuación de la Administración no derivaba de una “conducta desproporcionada, errónea ni improcedente de la Administración”.



anuladas sus decisiones, tenga que compensar a la persona afectada con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2012, rec. 462/11, y de 17 de febrero de 2015, rec. 2335/2012). En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado que el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de razonabilidad exigibles. Esto es, si, a pesar de su anulación, la decisión administrativa conlleva una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se ha atribuido la potestad que se ejercita. No caben, pues, declaraciones genéricas al respecto, debiendo examinarse pormenorizadamente las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Las medidas restrictivas adoptadas por las comunidades autónomas se produjeron bien en el ejercicio de sus competencias tras la expiración el 26 de junio de 2020 del estado de alarma declarado por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, o bien como autoridades competentes delegadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2 y 3 del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones provocadas por el SARS-CoV-2.

Respecto a estas últimas –medidas adoptadas por las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas–, la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de la designación de los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades con competencia delegada para el ejercicio de las facultades contenidas en el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, en su fundamento jurídico décimo señalaba cómo *“la delegación acordada, [...] no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza [...], que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado, para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado”*. Por tanto, y de acuerdo con la mecánica de la figura de la delegación, el órgano delegante, el Gobierno de la nación, es el responsable último de la facultad atribuida, siendo entonces, en principio, responsable de los perjuicios la Administración del Estado a la que correspondería responder de los daños causados por la comunidad autónoma en el ejercicio de las competencias delegadas.

En todo caso, y como también dejó claro el Tribunal Constitucional en la base jurídica undécima de la citada sentencia, la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, no comporta de pleno derecho la nulidad de los actos adoptados por las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas, debiendo ser en este sentido lo que establezcan, en su caso, los órganos jurisdiccionales:

*“Esta declaración de inconstitucionalidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada*

*por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido en el artículo 40. 1 de la LOTC”.*

Como ya se ha señalado, ninguna de las medidas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Galicia como autoridad competente delegada ha sido anulada judicialmente, como tampoco las medidas adoptadas por ella en virtud de sus propias atribuciones. Pero queda por ver lo que sucede para aquellas Comunidades Autónomas, o incluso para el Estado, que sí han visto anuladas judicialmente determinadas medidas. A la presente fecha, todavía no existen pronunciamientos judiciales que puedan ofrecer la seguridad jurídica necesaria para pronunciarse sobre esta cuestión. Sí puede decirse que de momento la doctrina de los órganos consultivos antes expuesta está siendo restrictiva en orden al reconocimiento de derecho a indemnizar, pero los dictámenes de estos órganos no tienen carácter vinculante. En todo caso, la anulación judicial de las medidas es demasiado reciente como para ofrecer bases jurídicas sólidas e inquebrantables.

## 4. Conclusiones

Estamos en un campo ciertamente sensible, por razón de su afectación inequívoca a derechos fundamentales y libertades públicas, con dos materias –la protección de la salud pública y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas– de rango constitucional, en las que la plenitud de garantías es una obligación escrupulosamente ineludible.

La normativa COVID-19 ha generado y va a seguir generando múltiples polémicas en su aplicación práctica. Se trata de una legislación de urgencia, que surge de una situación extraordinaria, y que se dicta en un contexto en el que no hay un margen razonable para realizar la valoración de oportunidad, legalidad, idoneidad y otras unidades que toda norma requiere. Si el proceso legislativo ordinario implica meses o incluso años de trabajo, estudios, análisis y trámites, la normativa COVID ha sido dictada en cuestión de semanas o incluso días.

Recientemente, diversos fallos del TC han declarado inconstitucionales en mayor o menor medida las normas por las que se declaraban y prorrogaban los estados de alarma (Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021; Sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021). A ello cabe añadir que el Tribunal Supremo, o incluso los tribunales superiores de justicia autonómicos, no han validado determinadas actuaciones llevadas a cabo por los órganos de gobierno de las comunidades autónomas. Es probable que estas circunstancias afecten al devenir de las cuestiones tratadas en el presente artículo y suscitarán nuevas oportunidades para completar la doctrina del Consello.

A nivel de doctrina de órganos consultivos, y de jurisprudencia, hasta el momento presente han prevalecido los pronunciamientos jurídicos que han considerado dentro del margen de lo tolerable y razonable las medidas adoptadas, y de ello se extrae la inequívoca conclusión de que hay un deber de soportarlas para los titulares de actividades económicas, por tratarse de cargas generales que han afectado al común

de la ciudadanía, por más que su aplicación haya tenido que pormenorizarse según el tipo de sector o actividad de que se trate y las recomendaciones individualizadas para este provenientes de las autoridades científicas.

Pero no cabe descartar un vuelco en esta tendencia, aunque fuera simplemente puntual, y reducido a aquellos supuestos y actividades que se vieron limitados por medidas que posteriormente fueron anuladas por los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

## Bibliografía

- CONDE ANTEQUERA, J., “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 125, 2005.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños”, *InDret*, n. 2, 2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, Herrador Guardia, M.J. (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 2017.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 195, 2018, pp. 155-192.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, n. 179, 2009.

Regap



ESTUDIOS

## Jurisprudencia

### Tribunal Constitucional

STC (pleno) 148/2021, de 14 de julio de 2021. STC (pleno) 183/2021, de 27 de octubre de 2021. STC (pleno) Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio de 2022.

### Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)

STS de 14 de septiembre de 2021, recurso 1112/2021. STS de 3 de junio de 2021. STS de 18 de agosto de 2021. STS de 19 de junio de 2018, recurso 2006/2016. STS de 4 de mayo de 2017, recurso 3333/2015. STS de 19 de junio de 2017, recurso 10231/2003. STS de 14 de noviembre de 2016, recurso 3791/2015. STS de 30 de noviembre de 2015, recurso 3840/2013. STS de 9 de junio de 2015, recurso 2722/2013. STS de 17 de febrero de 2015, recurso 2335/2012. STS de 5 de abril de 2011, recurso 2550/2009. STS de 23 de marzo de 2010, recurso 2181/2008. STS de 21 de julio de 2008, recurso 309/2006. STS de 13 de junio de 2005, recurso 1849/2002. STS de 6 de marzo de 2003, recurso 9783/1998. STS de 27 de julio de 2002 recurso 4012/1998. STS de 29 de junio de 2002, recurso 1729/1998.

### Tribunales superiores de justicia

STSXG 17 de junio de 2022, recurso 7323/2020. STSXG del 26 de noviembre de 2021, recurso 7074/2021. STSXG de 26 de febrero de 2021, recurso 7276/2020. STSJ Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2017, recurso 16/2016.

### Juzgado de lo contencioso-administrativo

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo, de 15 de abril de 2021, PA 67/2021. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Santiago de 2 de junio de 2021, PA 177/2021.

## Doctrina consultiva

### Consello Consultivo de Galicia

CCG 317/2022; CCG 289/2022; CCG 229/2022; CCG 247/2021; CCG 190/2021; CCG 141/2021; CCG 106/2021; CCG 263/2020; CCG 72/2018; CCG 480/2018; CCG 429 /2018; CCG 567/2014.

## **Consejo de Estado**

CjE 978/2011, de 21 de julio. CjE 702/2019, de 26 de septiembre.

## **Comisión Jurídica Asesora de Madrid**

CJAM 247/2022; CJAM 599/2021; CJAM 8/2022; CJAM 11/2022; CJAM 27/2022; CJAM 29/2022; CJAM 41/2022; CJAM 44/2022; CJAM 56/2022; CJAM 60/2022; CJAM 63/2022; CJAM 4/2022; CJAM 67/2022; CJAM 75/2022; CJAM 78/2022.

## **Consejo Consultivo de Asturias**

CCA 42/2022; CCA 41/2022; CCA 40/2022; CCA 29/2022; CCA 28/2022.

Regap



ESTUDIOS

