



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 64\_julio-diciembre 2022 | pp. 297-330  
Santiago de Compostela, 2022  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5010>  
© Santiago González-Varas Ibáñez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 08/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

64 Regap

Responsabilidade  
patrimonial e COVID

**Responsabilidad  
patrimonial y COVID**

Patrimonial liability and COVID

Regap



ESTUDIOS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alicante  
[varas@ua.es](mailto:varas@ua.es)

**Resumo:** Neste traballo estúdase a responsabilidade patrimonial por danos como consecuencia das medidas administrativas impostas durante o COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, danos, COVID-19.

**Resumen:** En este trabajo se estudia la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, daños, COVID-19.

**Abstract:** This paper studies the patrimonial liability for damages due to administrative measures imposed during COVID-19.

**Key words:** Patrimonial liability, damages, COVID-19.

**SUMARIO:** 1 Ideas preliminares sobre la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19. 2 Imputación subjetiva del daño causado y relación de causalidad. 3 Daños que el particular no tenga el deber de soportar: antijuridicidad del daño. 4 Cuantificación del daño, por referencia a dichas actividades y a dichas disposiciones.

## 1 Ideas preliminares sobre la responsabilidad patrimonial por daños como consecuencia de las medidas administrativas impuestas durante el COVID-19

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud decreta “pandemia internacional” por la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19.

En España, se dicta el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que duraría desde el mismo 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de junio de 2020, y que impuso a determinados sectores de la actividad económica limitaciones, prohibiciones y cierres que les generaron cuantiosas pérdidas y daños económicos. Medidas restrictivas siguieron adoptándose por parte de las administraciones públicas estatal y autonómica una vez finalizada la fase de desescalada (el 21 de junio de 2020) sin solución de continuidad hasta la finalización del segundo estado de alarma, el cual fue decretado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021.

Es preciso empezar recordando la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que establece en su artículo 3.2 que quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

El tenor de esta ley orgánica es claro en aras de reconocer la responsabilidad administrativa patrimonial cuando se producen daños como consecuencia de este tipo de estados de alarma, excepción y sitio. Y no cabe duda de que se han producido daños económicos a los empresarios de todo tipo de sectores que se vieron obligados a cierres parciales o totales de su actividad como consecuencia del COVID-19 y de los dos estados de alarma decretados para luchar contra la pandemia.

Por su parte, el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Por otro lado, no hay que dejar de referirnos en estas líneas iniciales a la STC 148/2021, de 14 de julio (más adelante nos ocuparemos de la STC 183/2021). Dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad parcial del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se decretó el primer estado de alarma, lo que siempre es un elemento a favor de la responsabilidad patrimonial, aunque sin obviar los matices que vamos igualmente a exponer.

Los enjuiciamientos de esta Sentencia 148/2021, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 2054/2020, interpuesto frente al Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, se hacen a los efectos de observar la posible inconstitucionalidad de las normas recurridas, concluyéndose que la figura del estado de alarma fue mal empleada, ya que, al implicar las medidas recurridas la “suspensión” de ciertos derechos fundamentales, se excedieron los límites constitucionales del estado de alarma. Esto lleva a la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como el artículo 10.6 en los términos “modificar”, “ampliar o” –redacción resultante del RD 465/2020– (que por tanto resulta contrario al artículo 38, en relación con el artículo 116.2, ambos de la Constitución española).

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia, el TC declara que de esta inconstitucionalidad no puede sacarse provecho para, automáticamente, derivar responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de la norma anulada.

Pero esto no quiere decir que exista –o deje de existir– responsabilidad patrimonial, cuestión a determinar, pues, por la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (derecho a ser indemnizado, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de dichos estados, por sufrir, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no le sean imputables), pero también conforme a los presupuestos generales de la LRJSP 40/2015.

La STC 148/2021 ha afirmado la proporcionalidad de las medidas adoptadas, pero desde el punto de la perspectiva constitucional del estado de alarma, sin haberse realizado –a mi entender– un juicio de proporcionalidad riguroso, serio y fundado de las medidas decretadas en un contexto jurídico de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha. Ello es así, entre otros motivos, porque la argumentación del recurso de inconstitucionalidad no se centra en las medidas adoptadas y en su eventual necesidad, sino en la consideración de que algunas de dichas medidas, aunque posiblemente necesarias, supondrían una suspensión de derechos constitucionales y, por tanto, excederían el marco permitido por la configuración constitucional del estado de alarma. Además, la falta de rigor del Tribunal Constitucional al comparar con las medidas arbitradas en otros países europeos se aprecia –insisto, a mi entender– cuando no se tiene en cuenta que en dichos países (Bélgica, Francia, Alemania, etc.) estas medidas de cierres de establecimientos y limitaciones del ejercicio de la libertad de empresa vinieron acompañadas de ayudas directas a estos sectores,

Regap



ESTUDIOS

en el sentido de abonarles un alto porcentaje (hasta el 70 o 75 %) de la facturación acreditada mediante el pago de impuestos en el ejercicio 2019.

Por otro lado, es claro en mi opinión que, aunque sean legales los daños, debe pagarse por dichos daños. En último término, la propia sentencia constitucional hace una llamada a la posible derivación de daños conforme a la citada Ley 4/1981.

Por tanto, el enfoque de la responsabilidad patrimonial por los daños económicos sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por las administraciones competentes para luchar contra el COVID-19 no puede ser otro más que el siguiente:

- La responsabilidad patrimonial queda en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción que habrá de enjuiciar los casos sobre la base del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, y sobre la base de los presupuestos generales de la LRJSP 40/2015.
- Los daños a actividades y establecimientos de todo tipo no se producen solo como consecuencia de restricciones dirigidas expresamente a tales sectores de la actividad, sino como consecuencia también de la restricción de movimientos de las personas (artículo 7 del Real decreto enjuiciado). Y, sobre esto último, la inconstitucionalidad ha sido claramente declarada por la STC 148/2021.
- Lo que es indudable es que, al margen de los reales decretos estatales reguladores del estado de alarma, se sitúa la responsabilidad patrimonial de las CC.AA., que entra en escena una vez que se inicia la desescalada, continuando en el segundo decreto de alarma, como veremos a continuación al estudiar el título de imputación subjetiva.

## 2 Imputación subjetiva del daño causado y relación de causalidad

Abordando ya los sobradamente conocidos elementos o requisitos definidos jurisprudencialmente para determinar la responsabilidad patrimonial, trataré, en este apartado, de forma conjunta –por su interconexión– la imputación subjetiva del daño causado y la relación de causalidad.

Por lo que se refiere a la «imputación subjetiva del daño causado», se ha de razonar en torno a dos situaciones principales:

– Primeramente, las restricciones y órdenes de cierre, que afectaron directa o indirectamente a las actividades de cualquier sector, ordenadas por disposiciones estatales, por lo que, en este caso imputamos la responsabilidad al Estado:

Primero, 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 desde el 14 de marzo (y se fue prorrogando hasta en seis ocasiones, siendo la última prórroga la establecida por el Real decreto 555/2020, de 5 de junio, según la cual el estado de alarma duró hasta las 00.00 horas del día 21 de junio de 2020). En

la reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2020 se aprobó el Real decreto 465/2020, de 17 de marzo, de modificación del primero, imponiendo la limitación de determinados derechos fundamentales y libertades públicas, como la libertad de circulación de las personas (*ex* artículo 17.1 de la Constitución), con algunas excepciones (artículo 7 del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo); o la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), con la suspensión de la apertura en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, además de la limitación de actividad en el ámbito de los transportes de viajeros, entre otras (artículos 10 y 14, *Ibidem*). Además, ambos reales decretos habilitaban a las autoridades competentes para adoptar medidas de contención de la pandemia en múltiples sectores económicos, sociales y culturales, lo que dio lugar a un sinnúmero de órdenes ministeriales. Estas actuaciones se hacen después de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud decretase “pandemia internacional” por la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19.

Segundo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, del Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, en el cual se establecen cuatro fases hasta el 21 de junio de 2020 para volver a la “nueva normalidad”, y las diferentes órdenes del Ministerio de Sanidad por las que se establecen las restricciones de ámbito nacional que serán aplicables durante cada una de las cuatro fases del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. El acuerdo concibe el levantamiento de las medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas. El Plan para la desescalada estableció una fase cero o preliminar y tres fases de desescalada diferenciadas en función de las actividades permitidas en cada una de ellas, por las que podrán transitar los diferentes territorios en función de diversos parámetros, criterios e indicadores en él contemplados, hasta llegar a la fase III, tras la cual se pondrá fin a las medidas de contención, pero se mantendrá la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y las medidas de autoprotección de la ciudadanía.

Y, tercero, el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y que estaría vigente (según la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre –BOE n. 291, de 4 de noviembre de 2020–) desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021. Esta norma estatal establece la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, la limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía y las limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

– Segundo, las restricciones que atañen directamente a cada sector de la actividad económica afectado (aforos, cierres totales de la actividad, horarios de apertura y

Regap



ESTUDIOS

cierre de los establecimientos, prohibición de celebraciones y actividades en grupo, etc.), así como las restricciones en los derechos de reunión y movilidad y circulación de las personas, ordenadas por disposiciones autonómicas durante la aplicación del Plan de desescalada y a lo largo de todo el segundo estado de alarma. En este caso, se ha de imputar la responsabilidad patrimonial, asimismo, a las comunidades autónomas en virtud de las normas restrictivas que fueron dictando de acuerdo con las siguientes competencias que tiene atribuidas:

En aplicación del párrafo segundo del artículo 6.1 del Real decreto 555/2020, de 5 de junio, quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, en ejercicio de sus competencias, podrá establecer la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase 3 del Plan de desescalada.

El Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, que entró en vigor a partir del 21 de junio de 2020 y que fue dictado con la finalidad de regular la situación denominada de “nueva normalidad” tras la finalización de las fases de desescalada y la expiración del estado de alarma el 21 de junio, además de las competencias que, con carácter general, son atribuidas a las Administraciones autonómicas competentes para asegurar la vigilancia, control y efectividad de las medidas específicas en ellas contenidas, atribuyó a las administraciones autonómicas competencias para implementar las medidas que fueran necesarias en cada ámbito de actividad para garantizar las condiciones de higiene y prevención que sean necesarias para evitar contagios. Por ello, todas las comunidades autónomas, tras la finalización del estado de alarma el 21 de junio de 2020, aprobaron sucesivos planes de medidas de prevención y control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 dispuso que tanto el artículo 5, referido a la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, como el artículo 6, referido a la limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía, y el artículo 7, referido a las limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, serían eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva lo determinase, la cual también podrá modular, flexibilizar y suspender la aplicación de estas medidas. Así, las diferentes CC. AA. dictaron órdenes de limitaciones a la movilidad nocturna, limitaciones de la entrada y salida de las personas en las comunidades autónomas (cierres perimetrales autonómicos), cierres perimetrales provinciales, órdenes de limitación de reuniones sociales y familiares y aforos de lugares de culto, etc.

Además, cada comunidad autónoma, en su condición de autoridad sanitaria, puede adoptar las medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria, tal como establecen diversas normativas estatales y autonómicas: la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; la Ley orgánica 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que permiten a las autoridades sanitarias competentes

adoptar, en situaciones extraordinarias y excepcionales de grave riesgo para la salud pública, cuantas medidas sean necesarias para garantizar la salud de la población. En la legislación autonómica, en los estatutos de autonomía se atribuye a la comunidad autónoma respectiva, sin perjuicio de las facultades reservadas al Estado, competencia exclusiva de las funciones en materias tales como la sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos (etc.). En este sentido, las diferentes CC. AA. dictaron órdenes de suspensión de apertura al público de los grandes establecimientos comerciales, de instalaciones deportivas convencionales y centros deportivos para la realización de actividades físicas que no sean al aire libre, órdenes de prohibición de asistencia de público a eventos deportivos que se realicen en instalaciones deportivas que no sean al aire libre, órdenes de suspensión de todas las actividades de restauración, ya sea en interiores o en terrazas, o en ambos, órdenes de horario máximo de apertura hasta una cierta hora para todos los establecimientos, actividades y servicios regulados, órdenes de prohibición de celebración de eventos masivos de cualquier índole que impliquen aglomeración o concentración de personas durante la Semana Santa, etc.

Los daños se imputan, por lo tanto, a este tipo de disposiciones que acaban de mencionarse, en la medida expuesta. Básicamente, al Estado en cuanto autor del RD 463/2020, así como de las fases de desescalada y las medidas restrictivas que cada fase implica y en cuanto autor del RD 926/2020 (artículo 5, sobre limitación de la circulación nocturna; artículo 6, sobre limitación de cierres perimetrales; y artículo 7, sobre limitación a reuniones). Y básicamente a las comunidades autónomas, en el sentido igualmente expuesto, en tanto en cuanto es su presidente quien concreta las medidas limitativas de derechos del RD 926/2020, en tanto en cuanto su gobierno es el que precisó en su momento qué territorios irían avanzando en cada una de las fases de desescalada, así como por ser –en su calidad de autoridad con competencia exclusiva en materia de sanidad y salud pública– los autores de las limitaciones por sectores que afectan de forma especialmente directa al normal ejercicio y desarrollo de la actividad (aforos, horarios de aperturas y cierres de restaurantes y hoteles, órdenes de cierres del sector hostelero, etc.).

Es relevante emplear respecto de las medidas adoptadas por las CC. AA. el mismo método jurídico-comparado y de proporcionalidad que ha usado la STC 148/2021 cuando el TC examinó si las medidas estatales eran proporcionadas por asemejarse a las de otros países de nuestro entorno. Aplicando este mismo criterio por referencia a la responsabilidad patrimonial de las CC. AA., se trata de analizar la posibilidad de haber adoptado medidas menos gravosas respecto de las actividades y sectores afectados económicamente por las medidas impuestas para frenar el COVID-19. Habiendo sido posible, a nuestro juicio, adoptar medidas menos restrictivas para lograr el mismo resultado, como corrobora el ejemplo de la Comunidad de Madrid respecto de sectores como la hostelería y restauración, cabe pensar que no es entonces proporcionada (y, por tanto, es antijurídica) la actuación más gravosa de Administraciones autonómicas con cifras epidemiológicas similares o más favorables que las de Madrid.

regap



ESTUDIOS

Es interesante poner de manifiesto a estos efectos el análisis que realiza la jurisprudencia citada del TC sobre el principio de proporcionalidad: “Sobre el principio constitucional de proporcionalidad, y su proyección en el ámbito de derechos fundamentales, existe una muy reiterada doctrina constitucional. Basta ahora recordar que el examen jurisdiccional de dicho principio se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido [por todas, SSTC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4; 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7.d); 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5; y 99/2019, de 18 de julio, FFJJ 6, 8 y 9]”.

Por otra parte, tras las SSTC 148/2021 y 183/2021 (relativa al segundo decreto de alarma), se han producido pronunciamientos del TS en este contexto mismo de que fuese preciso un juicio de necesidad y de proporcionalidad en el contexto de las medidas adoptadas en el COVID-19. Así, por todas, en la STS 62/2022, de 26 de enero (recurso de casación n. 1155/2021), se insiste en que es necesario “comprobar si la Administración ha justificado que esas medidas restrictivas o limitativas superan el juicio de necesidad –no hay otros medios o no los hay menos agresivos para evitar el contagio–; idoneidad –son los adecuados y suficientes– y proporcionalidad –esto es, guardan coherencia con el riesgo grave de transmisibilidad–”. En esta línea, también citamos la STSJ de la Comunidad Valenciana n. 21/2021, de 21 de enero.

Ahora bien, en relación con el título de imputación subjetiva de las CC. AA., hay que tener en cuenta que la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 respecto de diversos preceptos del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; y 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, incide en la inconstitucionalidad por vulneración del artículo 116, al haberse desconocido con la delegación los órganos a quienes la Constitución confía la declaración inicial y la eventual prórroga del estado de alarma (al Gobierno y al Congreso de los Diputados) y, asimismo, la posición institucional del Congreso y del Gobierno, y a las relaciones entre ambos órganos, con ocasión y durante la vigencia de un estado de alarma y de su prórroga.

No es descabellado pensar que, sobre la base de esta STC 183/2021, las comunidades autónomas seguramente negarán su título de imputación en lo que se refiere al Plan de desescalada del primer estado de alarma (aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020) y al periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021, es decir, durante la vigencia del segundo estado de alarma declarado mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, al no ser las medidas adoptadas generadoras de responsabilidad para la Administración autonómica, porque debieron ser adoptadas por el Gobierno de la nación y, de hecho, se

deduce de la sentencia que en efecto las medidas son las establecidas en el propio Real decreto 926/2020 (artículos 5 a 8 esencialmente), sin perjuicio de la “habilitación” a los presidentes autonómicos para su concreción en su ámbito territorial. Y, en tal sentido, es más que probable que las comunidades autónomas afirmen que ha de ser a la Administración del Estado, y no a la autonómica, a la que se haya de referir la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial reclamada en lo que concierne al Plan de desescalada y al periodo de vigencia del segundo estado de alarma, entendiéndose que solo les podrían ser imputables, en su caso, a las comunidades autónomas los daños causados por las medidas impuestas entre el 21 de junio de 2020 y el 25 de octubre de 2020 (periodo comprendido entre la finalización de la desescalada y la declaración del segundo estado de alarma).

Citamos en este contexto el artículo 33.1 y 2 de la LRJSP 40/2015. «Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas». El tribunal juzgador podrá confirmar la regla de solidaridad, salvo que observe posible el reparto de porcentajes de culpa, de cada Administración. Todo ello en ausencia de “fórmulas conjuntas de actuación entre” las dos “administraciones públicas”.

Se explica así que en la práctica lo determinante muchas veces pase a ser la determinación de la Administración responsable, cuando entran en juego posibles criterios de imputación subjetiva del daño causado<sup>1</sup>. Para imputarle la responsabilidad a una u otra Administración, la regla general distribuye la responsabilidad según los criterios de competencia, interés tutelado e intensidad de la actuación<sup>2</sup>.

Cuando aplicando dichos criterios no sea posible determinar la responsabilidad de cada una de las administraciones, se acude a la regla de la solidaridad<sup>3</sup>. Puede citarse la STS de 22 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5127) (recurso 3719/2017) que reconoce el derecho a ser indemnizado a un particular, por vinculaciones singulares derivadas de una catalogación por planeamiento urbanístico. En cuanto a qué Administración es responsable, en la medida en la que en la aprobación del Plan habían participado el municipio y la comunidad autónoma, se afirma en parte la regla de solidaridad y en parte se entra a determinar la imputación concreta de la Administración responsable (el ayuntamiento): “En este caso, tanto la Administración autonómica como el ayuntamiento han participado en la elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, cuyas determinaciones son causa de las aludidas vinculaciones singulares y de las consiguientes limitaciones del aprovechamiento urbanístico, de modo que ambas podrían ser condenadas a pagar la indemnización al propietario, gravado con ellas, *en forma solidaria, pero entendemos que resulta diferenciable o distinguible la vinculación consistente en la catalogación del inmueble, que ya venía dispuesta en el planeamiento anterior y tiene un carácter reglado, de la que deriva el destino de la parcela a gasolinera, de modo que en aquella catalogación la participación, de acuerdo*

<sup>1</sup> STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006, por la que se condena a un ayuntamiento por los daños ocasionados a un particular por la rotura de una tubería; STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de noviembre de 2003; STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2004; STS de 26 de julio de 2001.

<sup>2</sup> STS de 10 de mayo de 2012 [RJ 2012, 8224], casación 5342/2009.

<sup>3</sup> STS de 3 de marzo de 2009 [RJ 2009, 1302], casación 9070/2004.

*a las competencias ejercitadas y al interés público tutelado, debe considerarse conjunta y, por tanto, solidaria la responsabilidad del ayuntamiento y de la Administración de la comunidad autónoma, mientras que en la otra limitación, causada por la asignación de la parcela al uso de estación de servicio de combustible, al no estar ante una decisión reglada ni concernido un interés supramunicipal, la intervención del ayuntamiento ha sido la determinante, según acertadamente lo adujo la Administración de la comunidad autónoma en su contestación a la demanda, de manera que es aquel quien deberá pagar la indemnización al propietario por tal concepto*”. «Partiendo del dato de que los planes urbanísticos son aprobados normalmente por dos administraciones distintas (municipio y comunidad autónoma), la regla general es la de establecer la responsabilidad concurrente de ambas, mediante el criterio de la solidaridad».

En virtud de la exposición que acaba de hacerse (sobre la que incidiremos y profundizaremos *infra*), la relación de causalidad parece clara desde el momento en que estamos ante un supuesto en que los poderes públicos directamente decretan medidas que no ocultan la finalidad de menor afluencia, o incluso cierre, de diversas actividades empresariales. Las medidas no ignoran el perjuicio que se causa a dichos concretos sectores de la economía, más bien ello se asume, singularizadamente, en beneficio de la comunidad.

Se trata de un perjuicio consciente. No por ello, obviamente, las medidas se han dictado para causar un daño, pero dicho daño se causa con toda consciencia o intención, para salvaguardar bienes de la colectividad. Se trata precisamente de cierres o restricciones de carácter deliberado, porque se entiende que esta es la forma de evitar que se siga propagando el virus. Estamos, pues, ante el típico caso de la salvaguarda de un fin público a costa de un administrado. No estamos ante un caso en que haya que interpretar si el daño se imputa al poder público. En este plano el supuesto que nos ocupa es más sencillo. Por el momento, estamos aludiendo antes a otra perspectiva, relativa a los daños causados por las disposiciones directamente destinadas a ciertos sectores de la actividad económica, para evitar que afluieran personas, por los motivos conocidos de prevenir contagios.

Sin entrar en si esas medidas eran o no necesarias o proporcionadas (pese a la doctrina y jurisprudencia que hemos recogido sobre la base de la cual puede considerarse que las medidas impuestas han sido desproporcionadas e inoportunas) el hecho es que, de una u otra forma, los poderes públicos han provocado un daño consciente, pensando en la salvaguarda del bien común y la salud pública de todos, a costa de ciertos sectores concretos de la actividad.

La causalidad se produce en lo relativo a las disposiciones que se han venido dictando, bien del cierre directo de establecimientos y prohibiciones de actividades, bien mediante restricciones generales en derechos de los ciudadanos cuya consecuencia ha sido la menor o nula afluencia de clientes. Acaso otros presupuestos de la responsabilidad puedan ser más discutibles, pero la causalidad resulta clara, toda vez que los actos se dirigen directamente al cierre total o parcial del establecimiento en cuestión, o a la prohibición total o parcial de la actividad en cuestión.

No obstante esta claridad, porque las medidas provocan directamente el daño, se alude seguidamente a la doctrina sobre causalidad, a mayor abundamiento, o para el debido fundamento de cualesquiera pretensiones indemnizatorias.

Puede citarse la STS de 27 de octubre de 1998 (recurso de apelación n. 7269/1992) ya que centra las exigencias de causalidad y hace recaer la carga de la prueba en la Administración (sobre la existencia de fuerza mayor). Afirma que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

*“a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel.*

*b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en este en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.*

*c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor, única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de esta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.*

*d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima sea suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.*

Asimismo, podemos basarnos en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2009 para extraer doctrinas de interés con el debido refrendo. Primeramente, esta sentencia reconoce que, una vez que se haya acreditado y reconocido el hecho dañoso, el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal.

Regap



ESTUDIOS

Apunta el fallo citado en último lugar que, de las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el derecho penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que, de no haber transcurrido, hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. *La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada*, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada.

Por otro lado, “no solo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”.

A mi entender, la situación que se ha producido con el COVID-19 no tiene nada que ver con la fuerza mayor, ya que se trata de disposiciones administrativas que directamente disponen el cierre de establecimientos y la prohibición de actividades, o que directamente imponen restricciones a las personas que no pueden acudir a esos establecimientos y no pueden ejercitar esas actividades. La relación de causalidad resulta desde el momento en que, al igual que ocurre con cualquier otra medida expropiatoria, el poder público se ve en la necesidad o conveniencia de sacrificar a un particular en beneficio de la generalidad. No parece ser preciso siquiera entrar en la relación entre caso fortuito y fuerza mayor, ya que en el caso que nos ocupa el daño no se ha causado fortuitamente, sino con toda intención, para la salvaguarda de bienes jurídicos esenciales de la población.

Sin negar, por supuesto, la existencia de esos motivos e indicadores epidemiológicos, no cabe duda de que las restricciones y las medidas impuestas por las administraciones se hicieron con la intención de reducir la afluencia de personas a ciertos establecimientos y a ciertas actividades, ya que es el fin que se pretendía, esencia misma de una idea de causalidad.

Por tanto, se sacrifica a ciertos sectores concretos en beneficio de la generalidad. El *quid* es que, para beneficiar o salvar a la colectividad, se repercute contra esos establecimientos y actividades concretas (como puede ser la restauración y hostelería, los hoteles, las actividades de entretenimiento, cultura y ocio, actividades deportivas, etc.).

La lógica expropiatoria parece evidente. Tampoco se trata, en este caso, de discutir necesariamente si las disposiciones administrativas se hicieron bien o mal. Se

trata de que, independientemente incluso de tal circunstancia, se ha singularizado el daño, en aras del bien común, esencia misma de la expropiación o de la responsabilidad patrimonial. La disposición administrativa provoca el efecto pretendido por la misma, es decir, una menor afluencia de personas para prevenir contagios, igual que en cualquier otra expropiación. Puede no ser censurable el fin expropiatorio si no si elude la necesidad de indemnizar.

Este caso, en mi opinión, se relaciona esencialmente con la expropiación forzosa y su concepción material, debiéndose indemnizar los perjuicios singulares por las medidas adoptadas por los poderes públicos, como cierres de establecimientos o requisas o similares, en beneficio de todos. Lo contrario, es decir, dejar sin garantía al perjudicado, sería pretender que, a costa del beneficio de todos, se puede perjudicar a uno, sin indemnizarlo, lógica que nunca se ha dado en nuestro derecho administrativo, al menos desde la Ley de expropiación forzosa de 1954.

Es importante, pues, recordar sentencias sobre casos en que, aun siendo legales las órdenes decretadas, de cierre de establecimientos, debe indemnizarse a los particulares por los daños causados. Lo expresa, por todas, con toda claridad la STS de 16 de julio de 2003 (rec. 1556/2000), donde se justifica la orden del Estado, pero, como se “justifica” para la salvaguarda de los intereses colectivos, debe indemnizarse al sacrificado:

*“(…) Impugnan el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre del 2000, dictado en el procedimiento administrativo 227/1999, en el que se discutía la procedencia de condenar a la Administración del Estado a indemnizar a los recurrentes titulares de un determinado negocio en Gibraltar, por los daños y perjuicios que se les causó como consecuencia del cierre del puesto aduanero y policial situado en la Línea de la Concepción acordado por el Gobierno en 6 de junio de 1969.*

(...)

*b) Los reclamantes son ciudadanos españoles que tenían residencia en La Línea de la Concepción, y eran propietarios del negocio denominado DIRECCIÓN000, establecido en Gibraltar, en DIRECCIÓN001 NUM000 (...).*

*c) El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1969, de cierre de la frontera con Gibraltar a partir de las 24 horas del día 8 siguiente, determinó la imposibilidad para los interesados de acceder al negocio y poder atenderlo.*

(...)

*El Gobierno, en desarrollo legítimo de las funciones que tiene encomendadas en materia de política exterior (art. 97 CE), adoptó una medida de carácter discrecional que, por su propia naturaleza, no resultaba fiscalizable jurisdiccionalmente, pero ello no es obstáculo a que pueda dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues precisamente el artículo 40 de la Ley de régimen jurídico, precedente del artículo 106.2 de la Constitución, establece el «derecho de los particulares a ser*

*indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia [...] de la adopción de medidas no fiscalizables en la vía contenciosa», de donde deviene procedente la indemnización solicitada, habida cuenta que se ha producido el efecto dañoso, individual y efectivo, para el reclamante como consecuencia de la medida gubernamental adoptada, determinante de la brusca interrupción de las actividades empresariales que aquel desarrollaba, y cuyo efecto no tenía la obligación de soportar el actor porque el cierre de la frontera fue decretado en aras de los intereses nacionales”.*

Otra sentencia de reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el cierre de un establecimiento por razones de interés público es la STSJ de Castilla-La Mancha 289/2006, de 19 de junio de 2006, por la que se decretó el cierre de un establecimiento por motivos de realización de una feria. La medida podrá ser adecuada, pero hay que pagar por los perjuicios singulares producidos por el cierre<sup>4</sup>.

Por motivos sanitarios, otra sentencia importante es la STS de 29 de noviembre de 2001 rec. 9891/1997, en la que se indemniza a una industria por un cierre que el tribunal considera “lícito” pero que no tiene por qué ser soportado por aquella, como consecuencia de una epidemia de trabajadores, por el tiempo que estuvo cerrado dicho establecimiento:

*“El Gobierno (...) adoptó el acuerdo, en consideración de la existencia de riesgos actuales, inminentes y extraordinarios para la salud de los trabajadores, de suspender totalmente durante la vigencia del mismo (6 meses, que posteriormente se han prorrogado hasta la fecha) la actividad de la empresa recurrente, entre otras, todo ello como consecuencia de la aparición, en el mes de abril de 1992, de un brote epidémico en el área de salud de Alcoi, en el que se habían realizado exámenes clínicos a 200 trabajadores y ex trabajadores de las 9 empresas del sector de la aerografía textil en la Comunidad Valenciana, y se había encontrado un factor común en todos los casos detectados. En el momento de adoptar el acuerdo, 59 personas habían sido declaradas en casos confirmados de enfermedad pulmonar intersticial por exposición a tóxicos de ambiente laboral, y 5 de ellas habían fallecido a causa de esta enfermedad. Que, anteriormente, y en concreto el 28 y 29 de julio ya se habían paralizado las actividades en diferentes empresas del sector. Que, como reconoce la Administración demandada, las prórrogas de la suspensión y prohibición de la estampación textil, por aerografía en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, se deben a que hasta la fecha y pese a las investigaciones llevadas a cabo no se ha podido determinar con exactitud el agente o agentes causantes de las graves alteraciones en la salud de los trabajadores. Razón que justifica, para la Administración, prorrogar las medidas relativas a la suspensión y prohibición de la actividad de estampación textil por aerografía a*

<sup>4</sup> “Se somete al control judicial de la sala el acto presunto por silencio administrativo negativo de la petición deducida por don Donato ante el Ayuntamiento de Albacete, solicitando que, con motivo de la Feria de Albacete del año 2002, no se produjese el cierre de las instalaciones de venta de combustible; o, en su caso, se le indemnice por lucro cesante por importe de 506.372 ptas.”

fin de conseguir la debida salvaguardia de la salud de los trabajadores. La sentencia de instancia, igualmente, da por probado que la empresa AEROMAN había cumplido con todas las exigencias administrativas, mediante la aportación del proyecto técnico, la licencia municipal y demás exigencias establecidas por el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, así como las exigencias de la legislación de seguridad e higiene en el trabajo. Además, se manifiesta, paralizado el trabajo el 21 de junio de 1992, por la Inspección de Trabajo, para que se instale y funcione adecuadamente un sistema de aspiración localizada, obras que la actora dice haber realizado en agosto, antes de que la Generalidad Valenciana decretara el cierre de la empresa. Sobre estas premisas, la sala, después de examinar los artículos, 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/92 y 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, relativos a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, y valorando la medida adoptada a la luz de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, en los artículos 4 y 19 del Estatuto de los trabajadores y en el artículo 26 de la Ley general de sanidad, de 14 de abril de 1986, que permite, ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, que las autoridades adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes, entre las que se incluyen la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, considera, sin embargo, que el ejercicio de dicha potestad ha de indemnizar los perjuicios que con ello se causan, al tratarse de una actividad de la Administración lícita pero dañosa y que no debe ser soportada por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente. No admitiendo la tesis de que los daños no son indemnizables al derivar de una medida sanitaria de carácter obligatorio para todo el sector, obligación que, a juicio de la Administración, tiene la recurrente que soportar. Como precedentes jurisprudenciales, se cita la Sentencia de 12 de diciembre de 1991, por sacrificio de animales enfermos destinados a la alimentación; de 29 de noviembre de 1978, derechos de mariscadores y pescadores.

(...) Se considera, acertadamente por el tribunal de instancia, que las consecuencias de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio de una potestad administrativa lícita pero dañosa no deben ser soportadas por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente, máxime cuando la Administración, según sus propias manifestaciones, no ha podido acreditar la causa o causas de las graves alteraciones de la salud de los trabajadores. Todo ello justifica que no nos encontremos ante un supuesto de fuerza mayor, como razona la recurrente, única hipótesis que justificaría la exención de responsabilidad de la Administración. Todo ello implica la necesaria desestimación del único motivo del recurso, previa la declaración de la conformidad de la sentencia recurrida con el ordenamiento jurídico.

QUINTO.- La jurisprudencia de esta sala, en Sentencia de 24 de octubre de 2000, recuerda, con cita de las de 26 de febrero y 2 de abril de 1985, que, para apreciar la responsabilidad objetiva, no se requiere otro requisito que la relación de

Regap



ESTUDIOS

*causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias. Como complemento a esta doctrina, la Sentencia de 24 de octubre de 2001 recuerda que la única circunstancia exonerante de la responsabilidad de la Administración es la presencia de fuerza mayor, supuesto que no concurre en el presente caso”.*

La lógica es la del sacrificio especial a costa de la satisfacción de la generalidad<sup>5</sup>.

Asimismo, debe indemnizarse por el cierre de un establecimiento que cause indirectamente la Administración, así cuando el cierre (y, por ende, los daños) se producen como consecuencia de no atender solicitudes de los particulares o por el cierre inexigible del establecimiento<sup>6</sup>.

Pese a que la indemnización en este caso del COVID-19 sigue una lógica expropiatoria, independientemente de si la Administración actuó incluso bien o mal, se ha considerado que la Administración distó de una actitud correcta: así, el profesor Diego Gómez sitúa el caso del cierre de los establecimientos de restauración en 60 municipios de Galicia (con excepción del servicio a domicilio) mediante la Orden de 4 de noviembre de 2020 de la Consellería de Sanidad gallega como ejemplo de “carencia absoluta de motivación y de arbitrariedad”<sup>7</sup>.

Es obvio que, si el daño se produce por funcionamiento anormal, error de la Administración, actuación ilegal, anulación, etc., la imputación es entonces más clara de cara a indemnizar por los daños causados.

Profundizando en los presupuestos de la relación de causalidad, tampoco podemos afirmar que haya habido ruptura del nexo causal (comportamiento de la víctima). En lo material, se imputa el daño a la Administración, sin que pueda en el caso que nos ocupa producirse *la ruptura del nexo causal*.

Por otro lado, en la responsabilidad de la Administración pública no es extraño, sino típico, que (como ocurre asimismo en este caso) el supuesto «se resista a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes de otros» (STS de 28 de noviembre de 1998; STS de 4 de mayo de 1999).

Afirma G. Doménech Pascual<sup>8</sup>, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia, que, aunque la aparición del COVID-19 pudiera encajar en principio en fuerza mayor, “no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables

<sup>5</sup> STS de 23 de marzo de 2009, rec. 10236/2004.

<sup>6</sup> STSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 de noviembre de 2011, rec. 70/2011.

<sup>7</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecha*, noviembre 2020.

<sup>8</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecha*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, pp. 102-109.

hasta cierto punto, pero las administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos”.

En efecto, este es el quid: en un contexto en el que la propia normativa estatal propicia el planteamiento indemnizatorio, sobreviene una normativa autonómica que incide más en esa línea. Profundizando en el perjuicio posiblemente ya singularizado (en el contexto del artículo 10 del Real decreto 463/2020) se intensifica dicho efecto y se descubre una faz del asunto puramente indemnizatoria o compensatoria. Es, precisamente, la intensificación o singularización del perjuicio, hecho por la normativa autonómica respecto de la estatal, lo que lleva a la identificación más nítida de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, del sacrificio singular o especial de uno para beneficio de todos. El carácter indemnizable asociado a la disposición autonómica se observa en especial ante el hecho de esa reiteración, profundización, intensificación en la línea abierta por el Estado, por parte de la continuidad del sacrificio, de por sí ya especial, por parte de la comunidad autónoma. La necesidad de indemnizar se revela más acuciante.

El mismo profesor Doménech Pascual<sup>9</sup> considera este tipo de requisas temporales o medidas de cierres o suspensiones (...) de actividades empresariales (por referencia a la hostelería) encajables dentro de la Ley de expropiación forzosa, en conexión con los artículos 8 y 13 del Real decreto 463/2020, como “medidas individualizadas” indemnizables y no “delimitaciones” de derechos (no indemnizables).

Afirma Doménech Pascual que la clave está en si el ejercicio del derecho que resulta sacrificado por la Administración es intolerablemente peligroso o nocivo para la sociedad o si, por el contrario, se trata de una actividad socialmente deseable que conviene estimular. En el primer caso, aunque causan un daño a la persona, no hay indemnización, mientras que en el segundo caso las medidas ocasionan deliberadamente un sacrificio a personas cuya actividad no está menoscabando ni perturbando ningún bien jurídico y, más bien al contrario, el ejercicio del derecho que se sacrifica en aras del interés público resulta lícito y beneficioso.

De ahí que en estos casos haya que indemnizar a los sujetos a los que se imponen estos sacrificios especiales por cuanto la indemnización representa un incentivo económico para que lleven a cabo actividades socialmente valiosas.

Por ello, medidas tales como el cierre de establecimientos y la prohibición de actividades tienen que ser consideradas indemnizables; y se apoya el profesor Doménech Pascual en que este es el criterio que subyace a varios preceptos legales, como por ejemplo el apartado segundo del artículo 3 de la LOEAES 4/1981 y el apartado 2 del artículo 54 de la Ley 33/2011, general de salud pública, así como el artículo 3 del viejo Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, donde se afirma que “1. La intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturbaren. 2. Excepcionalmente y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización”.

<sup>9</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.

Por su parte, el profesor Blanquer (catedrático de la Universidad de Castellón) considera las diferencias entre el caso de los cierres de la hostelería y, por ejemplo, el caso de las delimitaciones de derechos en caso de medidas sanitarias frente al tabaquismo previstas en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, sin generar responsabilidad patrimonial. El caso se asemejaría (siguiendo al profesor Blanquer) al supuesto de la legislación de caza, por ejemplo, en virtud de la Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza del Principado de Asturias, artículo 38.1.b, donde se indemniza al ganadero o agricultor por los daños causados por los lobos, ante la prohibición general de caza prevista en la Ley 42/2007 (STS de 2 de diciembre de 2019, rec. 141/2019), mientras que no podrían solicitar una indemnización las personas que no pueden disfrutar de la caza.

Es altamente significativo cómo, en el caso de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19, el poder público ha llegado a un nivel de despreocupación tal, que incluso ha omitido una posible regulación de las compensaciones por los perjuicios que tan directamente está causando, obviando soluciones jurídicas clásicas que, cuando menos, deberían haberse propuesto en el contexto de los daños a la hostelería y restauración.

Nos referimos a la indemnización, al menos parcial, que establece la legislación clásica de sanidad animal, solución que cierta doctrina ha calificado, por su naturaleza jurídica, como “subvención forzada”, siendo expresiva pero certera tal denominación, visto el asunto desde esta perspectiva que combina la responsabilidad patrimonial con la ausencia de ayudas, solución que además es la que impera en otros países, como Bélgica o Alemania, en el marco de la crisis sanitaria del COVID-19. Es decir, unos baremos indemnizatorios de hasta dónde llega la parte de responsabilidad pública en vez de omitir todo debate. Una vez que el perjuicio es directo, no puede omitirse este debate.

El profesor Blanquer<sup>10</sup> se fija, en efecto, en el ejemplo del artículo 19 de la Ley de epizootias de 20 de diciembre de 1952, por el que se atribuye a los ganaderos el derecho subjetivo a obtener una indemnización parcial por el sacrificio de los animales contagiados: “cuando se disponga el sacrificio de animales atacados por enfermedades infectocontagiosas, se indemnizará al dueño de los mismos con arreglo a las normas reglamentarias dictadas al efecto. No tendrán derecho a estas indemnizaciones los propietarios que no hubieran dado parte de la existencia de la enfermedad o vienen infringiendo las disposiciones legales”.

Y añade el artículo 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, cuando afirma que “el sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente. Serán indemnizables los animales que mueran por causa directa tras haberlos sometido a tratamientos o manipulaciones preventivos o con fines de diagnóstico o en general los que hayan muerto en el contexto de las medidas de prevención o lucha contra

---

<sup>10</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 100.

una enfermedad como consecuencia de la ejecución de actuaciones impuestas por la autoridad competente”.

Se trata de casos de indemnización parcial o reparto de cargas. Según David Blanquer<sup>11</sup>, este tipo de disposiciones tienen la naturaleza jurídica de una “subvención pública obligada”. Se trata de una ayuda dineraria fundada en razones de solidaridad que, por supuesto, no distorsiona la competencia.

A mi entender, en el caso del COVID-19 el daño es imputable a las administraciones estatal y autonómica, máxime cuando no se han preocupado de dictar normativa donde pudieran haberse modulado las responsabilidades administrativas presuponiéndose la responsabilidad patrimonial; todo esto redundaría en la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, otro ejemplo lo ofrece la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema de protección civil, en el contexto de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, cuando contempla en su artículo 73 la suspensión temporal de actividades empresariales, los perjuicios en bienes y servicios, teniendo los afectados derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

Una referencia reciente es la STC 85/2019, de 19 de junio, donde al abordar el asunto de la indemnización de los daños ocasionados a aquellos individuos que sufrieron prisión provisional y que, posteriormente, resultaron absueltos, en su FJ 5 (“finalidad del artículo 294 LOPJ: compensación del sacrificio especial en aras del interés general”) razonó, como fundamento de la compensación prevista en el artículo 294 LOPJ, bajo la idea del “sacrificio instrumental de la libertad”, impuesto legítimamente a un individuo para proteger el interés general, en particular “la conjuración de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad” (FJ 5)<sup>12</sup>.

El legislador dispuso de libertad para establecer los supuestos tanto del artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, como del artículo 294.1 LOPJ, entre otros, que podían dar lugar al derecho de resarcimiento por los perjuicios derivados bien de los estados de alarma, excepción y sitio o bien de aquellos ocasionados a consecuencia de la prisión provisional cuando esta es seguida de absolución. La doctrina ha señalado otros preceptos que reconocen el carácter indemnizable de sacrificios que se imponen a los ciudadanos para evitar males mayores. Por ejemplo, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, en su artículo 3, con el fin de asegurar el mantenimiento del orden público; o para evitar la propagación de incendios, como regula el artículo 3.2 del RD legislativo 1/2006, de la Comunidad Autónoma de Madrid; o bien los daños que puede causar la policía en personas distintas del delincuente, indemnizables de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley orgánica 40/2015,

<sup>11</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 108.

<sup>12</sup> En este sentido, la sentencia declaró que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales” (FJ 5).

de 1 de octubre. Se justifica el sacrificio por el beneficio social obtenido, al igual que sucede con la expropiación forzosa. De hecho, cuando se analiza el artículo 3.2 de la Ley orgánica 4/1981, se pone de ejemplo la indemnización por el perjuicio causado por las expropiaciones que se hubieran realizado con tal motivo<sup>13</sup>.

Por tanto, por concluir este apartado (cuyos argumentos pueden solaparse con los de la antijuridicidad que siguen), es importante (en el caso que nos ocupa) citar la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (vigente, como sabemos), donde se define en su artículo 1 la expropiación como cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio, así como el artículo 120 de la misma ley, donde se dispone que el particular tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas sobre daños de ocupación temporal de inmuebles y justiprecio de los muebles<sup>14</sup>.

Lo razonado hasta el momento explica la imputación de los daños que invocamos a las administraciones autonómica y estatal, según se ha explicado, a la luz de la normativa de una y otra autoría.

Junto a este planteamiento que hemos venido realizando, en los manuales de referencia sobre la responsabilidad por daños en caso del COVID-19, se ha difundido otro planteamiento, relativo a si, más allá de una imputación en el sentido expuesto, puede afirmarse una falta de precaución suficiente en la adopción de las medidas para prevenir o corregir la epidemia, con lo cual la imputación resultaría, como es evidente, especialmente reforzada.

Todos hemos ido observando la realidad de la gestión administrativa estatal y las críticas por omisión o acción en el tratamiento de esta pandemia. No pocas voces de juristas de peso entienden que, además del hecho objetivo del cierre de establecimientos y prohibición de actividades o de la restricción en su acceso y uso (como hecho objetivo), se ha producido incluso una falta de precaución debida, en el sentido jurídico de la expresión. Por nuestra parte, seleccionaremos títulos de imputación de daños al uso, sin perjuicio de observar la evolución de esta segunda problemática.

Puede seleccionarse el trabajo de J. Rodríguez-Arana<sup>15</sup> después de ir desmenuzando las distintas normas dictadas por los poderes públicos, a nivel internacional y nacional, donde no se duda en poner de manifiesto la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso que nos ocupa:

*“(…) Desde la perspectiva de las medidas preventivas a que alude el artículo 43 constitucional, conviene tener presente que la revisión de los diferentes*

<sup>13</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, cit., pp. 102 a 109.

<sup>14</sup> Otras fuentes son JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad segura y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000; GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, octubre 2021.

*contratos de suministro realizados por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) – como ejemplo el de hisopos para toma de muestras. Expediente: Covid26, BOE 30 de abril de 2020 –, son evidencia de imprevisión y retraso en la toma de decisiones para adquirir material que, de forma previsible, sería necesario antes de que fuese demasiado tarde para evitar el resultado de su falta de suministro. Estamos, pues, ante un ejemplo de mala administración y de conculcación del 43 constitucional, pues era previsible lo que había que hacer desde la perspectiva de la prevención, al menos desde enero de 2020, y no se hizo”*

En este sentido, debemos recordar que ya con ocasión de la gripe A, el 12 de mayo de 2009, el Ministerio de Trabajo había declarado que las mascarillas eran medio apropiado para prevenir el contagio.

El 20 de mayo de 2020, dos meses después de la declaración de la pandemia, el Gobierno decretó la obligación y necesidad de usar la mascarilla, como medio de protección. Según el portavoz del Gobierno en esta materia – mediante comparecencia ante el logo «Gobierno de España» con las banderas oficiales en el estrado –, «No pedimos mascarillas porque había escasez». Más que «culpa con previsión», deberíamos en buena técnica jurídica plantear el «dolo eventual» ante la previsibilidad – y la aceptación – de la producción del daño.

Igualmente, en relación con otros recursos esenciales como los respiradores, que ya habían demostrado su eficacia para la gestión de la gripe A. Y lo mismo con los equipos de protección individual, hisopos, *test* y fármacos que ya se prevenían para una primera asistencia sanitaria del que hubiera contraído el virus.

Desde, al menos, finales del mes de enero, la Administración sanitaria debía haber informado a la población de los riesgos y medios de prevención de la enfermedad y de su contagio, tomar todas las medidas posibles para contener, controlar y retrasar su propagación, y adquirir con suficiente antelación los suministros necesarios de material y equipamiento, inventariable o no, para atender la asistencia sanitaria del mismo en todos los niveles asistenciales.

Por el contrario, con fecha 31 de enero de 2020, se llegó a afirmar, también mediante comparecencia ante el logo «Gobierno de España» por parte del responsable de la Administración sanitaria del Estado en este ámbito que «España no va a tener, como mucho, más allá de algún caso diagnosticado».

Concretamente el diario ABC, en la referida noticia, señala que Fernando Simón, coordinador de Emergencias de Sanidad, ha dicho hoy que «España no va a tener, como mucho, más allá de algún caso diagnosticado» y que esperan que «no haya transmisión local y en ese caso sería muy limitada y muy controlada». En rueda de prensa, Simón ha explicado también que «ahora mismo se investigan 5 en La Gomera y 1 caso en Castilla-La Mancha» y que en cuanto estén los resultados se informará públicamente a los medios. En este sentido, ha indicado que ya se han descartados 11 casos en nuestro país que «han sido negativos». Igualmente, Simón ha destacado que, «con la información que tenemos ahora mismo, hay indicios de que esta enfermedad sigue sin ser excesivamente transmisible», ha apuntado. «Por

Regap



ESTUDIOS

lo tanto parece, según el número de casos diagnosticados día a día, que la epidemia comienza a remitir», concluyó.

Es decir, ni siquiera el Gobierno adoptó medidas de salud pública, contempladas en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en la normativa aplicable, como veremos a continuación.

Por tanto, debemos concluir que, con anterioridad a la declaración de la OMS de 11 de marzo de 2020, el Gobierno tenía o debía tener elementos de conocimiento y de juicio para saber que en el territorio nacional se estaba produciendo una crisis sanitaria, en concreto la pandemia ocasionada por el COVID-19.

En otras palabras, la mala administración, la pésima gestión de la crisis sanitaria desde que se tuvo conocimiento de la magnitud del problema hasta la declaración de alarma de 14 de marzo es proverbial. Se estudiará, no nos cabe duda, en los manuales de buena administración pública, como ejemplo precisamente de mala administración, de Administración que sirve subjetivamente los intereses del poder político del momento.

A la vista de tales elementos de conocimiento y de juicio, es obvio, máxime de acuerdo con la esencial función preventiva de la política sanitaria según el artículo 43 constitucional, que el Gobierno tenía, antes de la declaración de estado de alarma, la competencia, la obligación jurídica de actuar para prevenir la salud de la población, y no lo hizo en los términos que cabría esperar dada la magnitud de la crisis sanitaria en presencia. Antes al contrario, minimizó la pandemia, autorizando determinados actos multitudinarios en el mes de marzo a pesar de contar con la información re-producida anteriormente.

En el caso del COVID-19, es conocido que hubo un retraso en la toma de decisiones, que incluso permitió la celebración de manifestaciones masivas el 8 de marzo de 2020 que causó un aumento exponencial del número de contagios y, por tanto, ello afectó a la gravosidad de las medidas que se tuvieron que adoptar y que no habrían sido tan graves y dañinas para los sectores económicos de haberse tomado antes, habida cuenta de que el riesgo era conocido, pues se conocía la situación de China y de Italia. En este sentido, debemos recordar que en diciembre de 2021 se conoció por la prensa que el 15 de febrero de 2020, como ya la pandemia azotaba fuertemente a Italia, el Ministerio de Trabajo convocó un equipo que elaboró y el 4 de marzo presentó al Gobierno una guía sobre la manera en la que las empresas debían abordar el coronavirus, para que empezaran a desplegar medidas a tal efecto. Pero la ministra de Trabajo fue calificada de alarmista y acusada de invadir competencias del Ministerio de Sanidad por el Gobierno que, mediante un comunicado, desautorizó la citada guía: “Las indicaciones sobre la evolución del coronavirus y las medidas a tomar en España están coordinadas por el Ministerio de Sanidad en coordinación total entre las distintas administraciones del Estado”.

El catedrático D. Blanquer Criado<sup>16</sup> afirma que no hay causa de fuerza mayor si la Administración es negligente y vulnera el principio de precaución porque no

---

<sup>16</sup> BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 429.

se anticipa un riesgo conocido y previsible. Añade que en todo caso pesa sobre la Administración la carga de demostrar la efectiva concurrencia de una causa de fuerza mayor que desplace su responsabilidad patrimonial (p. 480). Se origina responsabilidad patrimonial si existe negligencia para gestionar correctamente una emergencia.

Por tanto, en relación con el COVID-19, puede afirmarse que la pasividad o tardanza o el mal funcionamiento de la Administración incrementa el riesgo de que algunas personas se vean afectadas, y entonces se produce responsabilidad patrimonial, citándose la Sentencia de 24 de diciembre de 2001 (recurso de casación 1178/1996), pero en general toda la jurisprudencia relativa a la imputación de daños mediante la *culpa in vigilando* o por omisiones administrativas. También, a su juicio, se imputa el daño a la Administración en caso de incremento de un riesgo general más allá de un riesgo socialmente tolerado.

Otra posición, favorable al damnificado, es la de la catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha Eva Nieto. Para ello se basa en que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal (STC 85/2019), lo que “explica que no se excluyan los daños provocados en supuestos de fuerza mayor, como por el contrario sucede con los daños indemnizables *ex* artículo 106.2 de la Constitución española. Debe recordarse que ya existe algún pronunciamiento judicial que ha declarado que la pandemia no es un supuesto de fuerza mayor (v. la Sentencia n. 60/2020, de 3 de junio de 2020, del Juzgado de lo Social Único de Teruel, FJ 4. 3.º)”.

Por su parte, afirma G. Doménech Pascual<sup>17</sup> que, aunque la aparición del COVID-19 pudiera encajar en principio en fuerza mayor, “no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos”.

Sigue razonando el profesor Doménech que la exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si se hubieran tomado las medidas debidas de precaución.

El propio artículo 8 del Decreto 463/2020 menciona las requisas o el artículo 10 sobre la prohibición de actividades empresariales (como las hosteleras), afirmando dicho profesor Doménech que, aunque este real decreto guarde silencio al respecto, parece obvio que algunas de esas medidas deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización, por tener naturaleza expropiatoria.

Se cita por esta doctrina que, en un plano jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013 por la que se resuelve el recurso de apelación 108/2012 afirmó que no procedía responsabilidad patrimonial por entender que la situación la provocaron los controladores y no la Administración; pero en el caso que nos ocupa las decisiones de cerrar empresas o de impedir que acudan clientes a los locales de restauración las ha tomado el poder público y no los hosteleros y restauradores o el virus.

<sup>17</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19”, cit.

La STS de 31 de mayo de 1999 define la fuerza mayor como los casos en que “hay determinación irresistible y exterioridad”, por contraposición al caso fortuito en que “hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); 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”.

Y, acabando con las reflexiones del catedrático de derecho administrativo citado<sup>18</sup> como imputación del daño por inactividad u omisión, estamos ante un ejemplo de vulneración del principio de buena administración. Y finalmente se entra a analizar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y se concluye que concurre esta, descartando la fuerza mayor al mediar culpa o negligencia, sin perjuicio, además, de la responsabilidad asimismo por la vía de la responsabilidad del Estado legislador.

A la luz de estos planteamientos, se puede invocar a mayor abundamiento el criterio de imputación en caso de inactividad. En el caso de la Administración estatal, por lo expuesto, podría ser pertinente invocar esta imputación por inactividad o actividad con retraso siendo conocedora de la grave situación sanitaria con anterioridad a marzo de 2020, en tanto en cuanto la Administración estatal, en el ejercicio de sus competencias, omitió el cumplimiento de medidas que hubieran servido para paliar o minimizar esta pandemia y, por ende, para evitar tener que repercutir mediante medidas tan drásticas como el cierre de los locales de restauración o restricciones en la libertad de las personas que finalmente provocaron los daños patrimoniales a esta empresa. En definitiva, todos los perjuicios y las posibles medidas (incluso autonómicas) proceden del hecho de que el Estado, bien causa el daño por sacrificio especial, bien no ha realizado incluso las funciones que tuvo que haber realizado. Este título de imputación por omisión es necesario en este contexto, porque el origen de las imputaciones de daños puede situarse en este hecho, llevando a no desconsiderar, sino todo lo contrario, en consecuencia, la responsabilidad en el marco de la posible concurrencia de culpas en función de las conclusiones a las que se llegue en cada procedimiento judicial de responsabilidad de daños.

Como doctrina de imputación de daños por omisión puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2004, cuando no duda en responsabilizar a la Administración por todos y cada uno de los perjuicios ocasionados en el particular, como consecuencia de la *no aprobación de un plan*, ante la publicación de la Ley 6/1992, que declaraba Reserva Natural las Marismas de Santoña y de Noja, suspendiendo las actividades en la zona y supeditando las medidas resarcitorias o compensatorias a la aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales que «hasta la fecha, que sepamos, no ha sido elaborado ni publicado». A continuación la sentencia, en el párrafo siguiente, afirma de modo contundente que «los perjuicios, sin duda en este caso han sido causados por omisión, por falta de actividad, al no haberse aprobado el plan que resolviera la cuestión planteada,

---

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarada para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, cit.

entendiendo que el particular no tiene el deber jurídico de soportar los daños derivados de dicha inactividad que constituye título suficiente, a juicio de la sala, para justificar la imputación del daño a la Administración, y ello con base en el principio de seguridad jurídica, implícito en el de confianza legítima, por lo que, apreciando la existencia del daño y el nexo causal, entiende que la Administración del Estado, como única personada en las actuaciones, ha de abonar, conforme a las bases que se determinan en el fundamento de derecho octavo, los daños derivados de la suspensión de los trabajos cuya determinación y cuantía difiere al trámite de ejecución de sentencia».

Estos supuestos terminan rozando con los casos de culpa *in vigilando* o con los de pérdida de oportunidad legítima, o de imputación por retraso. En este sentido, la STSJ 326/2016 de Galicia de 20 de abril de 2016 (la Ley 5386/2016, recurso 7655/2012) condena al Ayuntamiento de R. a indemnizar con más de 200.000 euros a los propietarios de las bateas de un polígono de mejillón en la ría de Arousa, por los daños y perjuicios ocasionados por los vertidos de aguas fecales. Se ha comprobado una merma del 33 % de los ingresos de los productores de mejillón ante la imposibilidad de vender el producto pesquero para su consumo en fresco, derivada de las aguas fecales por incumplir sus obligaciones el ayuntamiento.

Lo mismo ocurre con la imputación por retraso, en el contexto de la posible imputación del daño a la Administración estatal.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2004 se declara la indemnización por daños y perjuicios por demora de la actuación de la Administración en la iniciación de los trámites para dar cumplimiento a una orden ministerial relativa a un expediente de inutilidad física.

En la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2003 se obliga a la Administración a indemnizar por los daños sufridos por contagio de enfermedad en el ganado, por retraso de la Administración en adoptar las medidas normativas para prevenir y erradicar la enfermedad (igualmente STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2003 o STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2003).

O han de indemnizarse todos los daños ocasionados por el retraso en el otorgamiento de una subvención (STSJ de Andalucía de 23 de julio de 2001).

Tal como declara la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2000 han de indemnizarse los daños causados por el retraso de la Administración en la determinación del centro para impartir enseñanza teórica de contrato de aprendizaje que impidió su realización.

Igualmente, se imputa el daño a la Administración (tal como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2000) causado como consecuencia del retraso en la ejecución del fallo de una sentencia donde se reconoce al actor la adjudicación del mando al que había concursado. El retraso no supone causa de exoneración de responsabilidad (STS de 27 de enero de 1999), sino todo lo contrario. Otro ejemplo es el de la Sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2000, donde se declara el derecho a ser indemnizado por el retraso producido en el nombramiento de la actora, después de que se había declarado su derecho a ser nombrada y la obligación de cese de otra persona que no poseía la titulación debida para el cargo, indemnizándose los

Regap



ESTUDIOS

salarios dejados de percibir, la retribución por antigüedad, el daño moral, más los intereses legales.

La indemnización ha de servir para la reparación integral del perjuicio causado. Asimismo, se concede el derecho a ser indemnizado por los daños ocasionados por un *abandono* por parte del Estado de la ejecución de un planeamiento (STS de 30 de junio de 1998).

En esta línea, la STS de 7 de marzo de 1995 identifica un retraso, primero, en la concesión por la Administración de la cédula de calificación definitiva de las viviendas como de protección oficial, sin que haya justificación para la demora, debiéndose indemnizar por los daños causados.

Lo mismo podemos decir respecto de las lesiones patrimoniales de futuro acaecimiento (Sentencia del TSJ de La Rioja de 23 de marzo de 2001) siempre que estas sean de «anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo», tal como pone de manifiesto la STSJ de La Rioja de 23 de marzo de 2001.

En tanto en cuanto se produzca una intervención administrativa (característica esta cuando una determinada actividad se asume como servicio público), estaremos propiciando la posibilidad de una responsabilidad patrimonial administrativa. Así es como se consigue responsabilizar a la Administración ante, por ejemplo, un defectuoso funcionamiento de los servicios de agua y de gas.

Así pues, la Administración puede actuar como «factor coadyuvante al resultado» (STS de 28 de noviembre de 1998).

Otras veces esta interpretación se ve reforzada con apoyo en la *culpa in vigilando* y con posible apoyo también en la omisión de la debida eficiencia con que debió actuar la Administración (STS de 28 de enero de 1993, relativa a un caso de fallecimiento por accidente en un velódromo municipal con culpa de la propia víctima pero con responsabilidad en parte del ayuntamiento por no haber tomado «medidas verdaderamente eficaces para impedir el acceso a las instalaciones»; asimismo, STS de 18 de abril de 2007 [RJ 2007, 3684] recurso 1152/2003).

En este sentido, el examen de la relación de causalidad (entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo) ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997: «(...) si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye *la actuación necesaria para evitar el menoscabo*». Y se aporta en la propia sentencia el siguiente criterio: «(...) Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no solo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, *sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución española a la actuación administrativa*».

Así pues, estos mismos criterios de imputación del daño a la Administración se formulan desde el punto de vista, directamente, de la omisión de los deberes adecuados de estricta vigilancia. A igual conclusión llega la STS de 28 de marzo de 2000, en un supuesto de un suicidio de recluso con antecedentes suicidas por *culpa in vigilando* y *omisión del deber adecuado de vigilancia*. O la STS de 12 de julio de 1999, ante un suicidio en un hospital psiquiátrico-militar por parte de un soldado con crisis

y depresiones sin que la Administración hubiera prestado un seguimiento del caso y una vigilancia adecuada.

De ahí que también la STS de 20 de octubre de 1997 (daños como consecuencia del desmoronamiento de la Presa de Tous) considere que existe responsabilidad patrimonial administrativa porque «los daños se hubieran evitado, en parte, si no se hubiera producido el desmoronamiento de la presa, al haber funcionado correctamente los mecanismos de apertura de las compuertas y se hubieran cumplido por la Administración los deberes de vigilancia, control y salvamento en la superficie afectada», sin que (en este supuesto), incluso admitiendo la existencia de incidencia de fuerza mayor, llegue a eximirse a la Administración de toda responsabilidad «por un hecho que, con independencia de que fuese o no previsible, no puede en forma alguna reputarse inevitable».

Este criterio de la *culpa in vigilando* puede relacionarse con supuestos de *defectuosa «inspección» de la Administración*<sup>19</sup>.

Se reconoce asimismo responsabilidad de la Administración en caso de «deficiencias» en el funcionamiento del servicio (STS de 2 de abril de 1992: fallecimiento de una persona extinguendo un incendio en auxilio de un ayuntamiento).

O bien por omisión de deberes. La Administración no puede tampoco (según la STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002) limitarse a declinar su responsabilidad, sin indicar al perjudicado a cuál de las partes contratantes corresponde responder, ya que «esta omisión constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad a la propia Administración».

Otros casos de responsabilidad patrimonial de la Administración por hecho de terceros son los recogidos en las STS de 11 de octubre de 1975 (por «omisión de la actividad administrativa obligada» en la evitación de la contaminación de un río), del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 1997, en la que se declara la responsabilidad patrimonial de un ayuntamiento por autorizar la apertura de un establecimiento y no vigilar su nivel de ruidos y vibraciones; STS de 26 de diciembre de 1995, responsabilizando al ayuntamiento por los daños ocasionados por el derrumbamiento de un edificio.

También es preciso recordar (en el contexto general del coronavirus) que la creación o gestión del riesgo es un título de imputación objetiva, sobre todo cuando la actuación de la Administración supone un incremento del riesgo generado por su pasividad o mal funcionamiento o cuando, como consecuencia de esto, se ve en la necesidad de sacrificar a un determinado colectivo en beneficio de la generalidad, lo que atenta contra el principio de solidaridad social que es el presupuesto de la responsabilidad si no se practican las debidas compensaciones. Por tanto, la imputación por riesgo creado (*Gefährdungshaftung*) significa imputar el daño a la Administración cuando esta conoce que pueden ocasionarse daños y no toma las medidas apropiadas para evitarlo, creando una situación de riesgo. El riesgo asumible puede matizarse

<sup>19</sup> STSJ de Aragón de 15 de febrero de 1999, en la que se responsabiliza a la Administración ante la caída de unas rocas en la calzada con daños en un vehículo particular; STS de 25 de enero de 1992, responsabilidad por inspección técnica ineficiente de unas bombonas de propano.

con otra doctrina jurisprudencial de interés: «para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable»<sup>20</sup>.

«La Administración municipal ha de responder de las consecuencias derivadas de la actividad relacionada con el ejercicio de sus competencias, especialmente concierne al mantenimiento de la seguridad, con ocasión de las fiestas populares, debiendo asumir dicha corporación las responsabilidades que entrañan consecuencias dañosas, que razonablemente pueden considerarse incardinadas o relacionadas con la celebración normal o anormal de la fiesta popular, sin que en el caso examinado consten hechos suficientemente significativos para estimar alterada la relevancia causal de la actividad del ayuntamiento en la autorización de la fiesta y la no prevención de sus consecuencias negativas»<sup>21</sup>.

Finalmente, lo suyo es que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conlleve examinar, en el contexto de la antijuridicidad del daño, si ha habido infracción de la *lex artis*, criterio este seguido en multitud de sentencias: “el carácter objetivo de la responsabilidad de las administraciones públicas no supone que esté basada en la simple producción del daño, sino que, además, este debe ser antijurídico, en el sentido de que no se debe tener obligación de soportar, por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento. Y ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la situación en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*”<sup>22</sup>.

Finalmente, no sería estrictamente necesario en principio aplicar criterios de imputación tales como la pérdida de oportunidad legítima, sin perjuicio de poder invocarlo como supuesto que mide el daño evaluable. Más bien, el daño en el caso del COVID-19 se causa con toda intención, porque “no queda más remedio que causarlo”, pero pagando, pues.

Al igual que en todo acto de contenido expropiatorio, cuando se trata de algo necesario para la colectividad, el sacrificio del individuo concreto supone la debida compensación por las razones de justicia elemental que estamos invocando.

---

<sup>20</sup> STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002.

<sup>21</sup> STS de 15 de diciembre de 1997, relativa a un caso de daños en festejos de fuegos artificiales.

<sup>22</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de enero de 2020, etc.

### 3 Daños que el particular no tenga el deber de soportar: antijuridicidad del daño

La LRJSP 40/2015, en su artículo 32.1, párrafo primero, requiere que el particular no tenga el deber de soportar el daño.

En realidad, la defensa de la existencia de antijuridicidad se desprende o deriva primeramente de las propias sentencias citadas *supra*, referentes a la idea del sacrificio especial respecto del que no existe, por tanto, deber de soportarlo. Se sacrifica a un individuo en beneficio de la colectividad. Por ejemplo, STS de 16 de julio de 2003 (rec. 1556/2000), en la que se aprecia antijuridicidad, ya que el damnificado no tenía “la obligación de soportar el acto porque el cierre de la frontera fue decretado en aras de los intereses nacionales”. Igual lógica es, por motivos sanitarios, la de la STS de 29 de noviembre de 2001 (rec. 9891/1997): el cierre del establecimiento se considera “lícito” pero que no se tiene por qué soportar el daño causado en beneficio de todos como consecuencia de una epidemia de trabajadores, por el tiempo que estuvo cerrado dicho establecimiento.

No vemos motivo para romper con esta línea jurisprudencial del TS. Es más, la antijuridicidad es clara porque jurisprudencia constante del TS reitera esta idea en casos similares al del COVID-19. Y, si el tema es que sale muy caro pagar los daños, esto no tiene nada que ver con un presupuesto de la antijuridicidad, además de que es preciso considerar que en España no ha habido ayudas directas a los establecimientos que se han cerrado basadas en la producción económica de años fiscales anteriores, como en el resto de países de la UE con los que nos compara el Tribunal Constitucional para determinar la “proporcionalidad” de la medida en el marco del derecho comparado.

En este sentido, hacemos hincapié nuevamente en la idea de la “subvención” pública obligada, al menos parcial, respecto de los daños, para ver cómo en otros países de nuestro entorno sí ha habido ayudas. En realidad, la responsabilidad patrimonial viene a paliar el déficit de ayudas que tuvieron que haberse aplicado y la total ausencia de medidas de compensación, ya que no solo no se ayudó, sino que se siguió exigiendo el pago de los impuestos municipales (IBI, tasa de basuras e IAE), como si la actividad se hubiera venido desarrollando con total normalidad.

La antijuridicidad de la lesión<sup>23</sup> consiste en dejar abandonada a la persona dañada; en el hecho de que el daño es digno de ser indemnizado; en la imposibilidad de exigir que alguien tenga que soportarlo resignadamente; o que tenga una obligación de aguantarse; en la inexistencia de causa suficiente para soportar el daño sin compensación, mediante sistema de cláusula abierta.

Y a mi juicio en España se dejaron abandonados a estos sectores de la actividad, ya que no se adoptaron medidas. Se cierran los restaurantes, bares, hoteles, gimnasios, cines, teatros, etc., y no se otorgan ayudas. Se dejan desprotegidos a estos sectores

<sup>23</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 406.

económicos. ¿De qué viven? En otros países (Bélgica, Francia, Alemania, etc.) se otorgaron ayudas directas mientras duraron los cierres de los establecimientos. Y, a este respecto, la STC 148/2021 no entra a realizar un juicio de proporcionalidad riguroso, fundamentado y serio, ya que el recurso de inconstitucionalidad no se centró en las medidas en sí y en su eventual necesidad y proporcionalidad, sino en su consideración de que algunas de ellas, aunque posiblemente necesarias, supondrían una suspensión de derechos constitucionales. Además, el TC observa la realidad de otros países, y manifiesta que las medidas adoptadas en España fueron proporcionadas porque fueron similares a las de los demás países, pero se olvida de tener en cuenta que en dichos países esas medidas de cierres de establecimientos y limitaciones del ejercicio de la libertad de empresa vinieron acompañadas de ayudas directas a estos sectores, en el sentido de abonarles un alto porcentaje (hasta el 70 % o 75 %) de la facturación acreditada mediante el pago de impuestos en el ejercicio 2019 durante muchos meses, mientras que en España es claro que se dejó desamparados a estos ámbitos de la actividad productiva. Y por eso hay antijuridicidad.

A veces se ha acudido al criterio que, por ejemplo, expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (recurso de casación 10.236/2004), en cuya virtud la cuestión consiste pues en indagar si, tal y como ocurran los hechos, el perjuicio sufrido por la recurrente supera o no estándares admisibles en función de los estándares sociales o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que se impusieron a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos. Y es claro que a estos establecimientos y actividades no se les trató como al conjunto de los ciudadanos, sino con mayor rigor.

A efectos de antijuridicidad, es cierto que un mínimo de sensibilidad jurídica adecuada se hace necesaria. La cuestión al final es si los operadores jurídicos muestran la sensibilidad precisa. Es ilustrativo el ejemplo del ruido, donde tradicionalmente el afectado era una especie de sacrificado frente al gusto popular o frente a la indiferencia pública, pese a que en tiempos más recientes (pero ya desde hace años) se entiende que una persona que sufre ruidos para el beneplácito de todos no tiene por qué soportarlos.

Un ejemplo es la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2581/2015 de 12 de noviembre de 2015 (rec. 64/2015) cuando condena a un ayuntamiento a indemnizar (8.000 euros) a un particular por ruidos causados por un camión de la basura, en concreto por incumplimiento de las obligaciones ambientales en la inspección y control del ruido procedente del vehículo de recogida de residuos y de limpieza diaria.

Interesa también la STSJ 86/2020 de Cataluña, de 16 de enero de 2020, cuando condena al Ayuntamiento de B. a indemnizar a una familia por los ruidos excesivos de una residencia de ancianos: aunque no mantuvo una conducta pasiva ante la denuncia inicial, las medidas correctoras adoptadas fueron claramente insuficientes, lo que abocó a los vecinos a soportar por un largo periodo de tiempo un exceso de ruido derivado de la actividad desarrollada en la residencia. En definitiva, las emisiones sonoras incidieron, cuando menos, como causa coadyuvante en un proceso previo, patológico y reactivo en la mujer, y solo reactivo en el hombre, reconociendo también

indemnización a favor de la hija menor. Por último, descarta la sentencia, por falta de prueba, la relación causal entre el ruido y un aborto sufrido por la recurrente.

Asimismo, la antijuridicidad conecta con el defecto o el exceso en la adopción de posibles medidas. Es decir, si el poder público en un caso concreto se excede más allá de lo razonable a la hora de establecer imposiciones. En el caso de la crisis del COVID-19, en mi opinión, se han traspasado los límites de razonabilidad en las restricciones y medidas generales previstas por el Estado que a partir de la fase de desescalada concretaron e intensificaron como consecuencia de disposiciones autonómicas.

En este contexto, es cuestión relevante que, cuando surgen ciertas restricciones cuya anulación es complicada, surge la necesidad jurídica al menos de compensar. Es un fenómeno tan antiguo como el derecho administrativo, o quizás más, asociado a la llamada “teoría del fisco” o en la expresiva denominación de derecho alemán medieval “soporta, pero se paga” (*dulde und liquidiere*).

Expresa esta lógica la Ley orgánica 4/1981 cuando se observa que hay determinadas disposiciones que pueden ir más allá de lo permitido, en contra de las empresas; por tanto, más allá de lo razonable en la imposición. Es entonces cuando precisamente surge el deber de indemnizar al revelarse la necesidad de contestar la disposición. Se indemniza, al revelarse “excesiva” la carga. El exceso del deber normativo conduce a la singularidad del perjuicio. Singularidad del perjuicio que se produce cuando la normativa habilita a restricciones singulares, como las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, cuando en su artículo 26 habilita a la Administración a imponer suspensión de actividades (como, por ejemplo, el cierre de empresas o sus instalaciones sin aclarar si procede indemnización). O bien el apartado 2 del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que también habilita a la Administración para imponer el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades. Incluso, como es sabido, si los daños se imputaran a normas de rango legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado el hecho de que tenga que preverse en la propia ley la referencia a la indemnizabilidad del asunto.

El hecho mismo de que no se hayan contemplado ayudas y subvenciones públicas o ni tan siquiera bonificaciones o exenciones temporales en ciertos impuestos que gravan la actividad, que en este caso ha sido inexistente por imposición gubernativa, redundaría en el abandono del sector productivo damnificado y en el perjuicio individualizado, máxime si se compara la situación a nivel jurídico comparado, ya que el Real decreto 463/2020 silencia el asunto de las ayudas a los empresarios que han sufrido la suspensión imperativa de sus actividades mercantiles, al igual que la normativa autonómica.

En este sentido, queremos citar una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, que se muestra sensible a esta situación por relación a la exigencia de impuestos municipales que gravan esa actividad inexistente como consecuencia de un cese de la actividad ordenado por la Administración (IBI, tasa de basuras e IAE en este caso concreto), como si la actividad se hubiera venido desarrollando con total normalidad, sin ninguna bonificación fiscal. La Sentencia n.

Regap



ESTUDIOS

9/2022, de 11 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 3 de Valencia dictada en el procedimiento abreviado 344/2021 manifiesta que a estos efectos “la ley tributaria regula los supuestos de normalidad, y no de excepcionalidad. Estos últimos están contemplados en la LO 4/81, ya citada, que ordena la reparación de los perjuicios derivados de actos y disposiciones, durante los estados excepcionales, conforme a lo dispuesto en las leyes. Indudablemente que, en el periodo expresado, no se ha producido el ejercicio de la actividad, por virtud de disposiciones adoptadas durante el mismo, o se ha producido con graves limitaciones. Se trata de un supuesto de ausencia de hecho imponible, sin que resulte exigible a la parte actora la formalidad de comunicar una baja en la actividad, que le había sido impuesta por el mismo estado (en sentido amplio) que ahora reclama el tributo de la pretendida actividad (...)”.

Sin ser inoportuno recordar, en este contexto, que puede ser considerado inconstitucional cualquier intento del legislador de exonerar a la Administración de compensar los daños causados (siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018).

Si bien los reales decretos de declaración de estados de alarma silencian el asunto de las ayudas a los empresarios que han sufrido la suspensión imperativa de sus actividades mercantiles, el Real decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, ya prevé que va a haber reclamaciones de responsabilidad patrimonial en su exposición de motivos, como una consecuencia natural de todo lo ocurrido y en la misma línea que prevé el aumento de despidos o de concursos de acreedores.

En ausencia de ayudas, cuando menos, existe un derecho a ser indemnizado que viene a ser un derecho a una subvención merecida.

Para que sea antijurídico el daño concreto producido, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no existiendo entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo, y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será imputable a la Administración. El daño es antijurídico cuando se extralimita por rebasar estándares más allá de los exigibles.

O, como afirma la STS 123/2017, de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 1197), la Administración tiene que indemnizar, a la luz de la antijuridicidad del daño, cuando «en las resoluciones impugnadas se excedía de los límites de la razonabilidad y ponderación, vulnerando además el principio de proporcionalidad, por lo que no cabe excluir la antijuridicidad del daño» (otorgando a Repsol una cuantiosa cifra económica en un caso de fijación de precios máximos de venta de gases licuados de petróleo envasados).

Este criterio se completa con la STS 124/2017, de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 1418), reconociendo la existencia de responsabilidad patrimonial en favor de Repsol igualmente. Esta sentencia de 30 de enero de 2017 es interesante en el contexto de la antijuridicidad porque relaciona las disposiciones administrativas de «regulación» pública (de las que no se deriva ocasión para plantear acciones de daños) con casos

en que puede producirse un perjuicio indemnizable por el hecho de someterse a la entidad regulada a condiciones económicas singularmente gravosas, en el marco nuevamente de un juicio de razonabilidad.

La antijuridicidad del daño no consiste en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar el daño (así, SSTs de 1 de julio de 2009 [RJ 2009, 6877] recurso 1515/2005; y de 31 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1944], recurso 3021/2011). La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño. No es ahora el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo.

A mayor abundamiento, en el propio contexto de la desproporción, el prof. David Blanquer<sup>24</sup> apunta la posible desproporción de las disposiciones directamente dictadas en materia de actividades de ocio refiriéndose a todas las disposiciones que se dictaron después del primer estado de alarma tras el Decreto del 14 de marzo de 2020, es decir, una vez expirado este, en las distintas CC.AA. Por ejemplo, la orden de la consejera de Salud del País Vasco de 28 de julio de 2020 reduciendo al 60 % la presencia en discotecas o establecimientos de ocio (citando medidas similares en Andalucía o Navarra, etc.), siendo necesario recordar el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de agosto de 2020 en el que se afirma que la Administración autonómica no aporta al proceso judicial las pruebas o indicios que justificaran suficientemente la imputación a la hostelería de los contagios de coronavirus, por lo que no existía fundamento para presuponer en abstracto la mayor relación de esos locales con el mantenimiento de las medidas de seguridad sanitaria. Dicho auto cree que existe fundamento para prohibir temporalmente las pistas de baile en las discotecas, pero considera desproporcionada la restricción de horarios impidiendo cualquier consumición. Como afirma este profesor<sup>25</sup>, la proporcionalidad es un factor para valorar la conformidad a derecho de las medidas restrictivas en este tipo de locales o al menos la indemnización, en este contexto. Estamos, pues, ante una doctrina que lleva a reforzar la imputación del daño a la Administración, en especial autonómica, en este caso del COVID-19.

## 4 Cuantificación del daño, por referencia a dichas actividades y a dichas disposiciones

Según el artículo 32.2 de la LRJSP 40/2015 (“presupuestos del daño indemnizable”), «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

<sup>24</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 119.

<sup>25</sup> BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, cit., p. 123.

Es requisito fundamental a estos efectos que el solicitante de la responsabilidad patrimonial aporte un informe elaborado por un profesional competente (economista, auditor) que determine el importe del perjuicio económico sufrido como consecuencia de las restricciones y limitaciones derivadas del COVID-19.

## Bibliografía

- BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2012.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, COLEX. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2021.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Medidas sanitarias autonómicas dictadas por delegación en el estado de alarma: ¿Discrecionales o arbitrarias?”, *Almacén de Derecho*, noviembre 2020.
- JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos (catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad seguro y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Consideraciones generales del caso español”, *Actualidad Administrativa*, n. 10, Sección Actualidad, octubre 2021.