

## DESPUÉS DE LA PANDEMIA... LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (ANOTACIONES DESDE LA FUNCIÓN CONSULTIVA)

Agustín S. DE VEGA GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Departamento de Derecho Público General  
Facultad de Derecho  
Universidad de Salamanca  
Presidente del Consejo  
Consultivo de Castilla y León  
asvgt@usal.es

### RESUMEN

*El autor hace algunas anotaciones acerca de este interesante tema sustentadas en la doctrina científica, la de los órganos consultivos y la jurisprudencia. El trabajo contiene reflexiones sobre los principales problemas que se plantean en torno al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones durante la pandemia. Y aborda cuestiones interesantes, como las relativas a la identificación de la Administración responsable, la fuerza mayor y el «periodo cero», el procedimiento de reclamación, el daño y la antijuridicidad, el nexo causal o el derecho a la indemnización.*

*Palabras clave:* responsabilidad patrimonial de la Administración por covid; periodos de pandemia; fuerza mayor; daño, antijuridicidad y nexo causal; estado legislador, resarcimiento.

### ABSTRACT

*The writer takes certain notes on such an interesting issue, supported by scientific doctrine, through consultative bodies and case law. The current study comprises ontboughts onto the main issues around the Administration's legal liability during pandemics. It also approaches interesting issues, such as those revolving around the identification of responsible bodies, cases of force majeure as well as «zero period», complaints procedure, damage or unlawfulness, causal link or the right to compensation.*

*Keywords:* Administration's Legal Liability due to Covid. Pandemic Times. Force Majeure. Damage, Unlawfulness, Causal Link. Legislator State. Compensation.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Der Autor macht einige Anmerkungen zu diesem interessanten Thema, die sich auf die wissenschaftliche Doktrin, die der beratenden Organe und die Rechtspre-*

*chung stützen. Die Arbeit enthält Überlegungen zu den wichtigsten Problemen, die sich im Zusammenhang mit der rechtlichen Regelung der Haftung von Verwaltungen während der Pandemie ergeben. Und sie behandelt interessante Fragen, wie die nach der Identifizierung der verantwortlichen Verwaltung, nach höherer Gewalt und dem «Nullzeitraum», nach dem Schadenersatzverfahren, nach Schaden und Rechtswidrigkeit, nach dem Kausalzusammenhang und nach dem Recht auf Entschädigung.*

*Schlüsselwörter:* Die finanzielle Haftung der Verwaltung für Covid-Pandemiezeiten. Höhere Gewalt. Schaden, Rechtswidrigkeit und Kausalzusammenhang. Die staatliche Gesetzgebung. Entschädigung.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN: UN RELATO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA PANDEMIA.—II. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—III. DATOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.—IV. LOS PERIODOS DE PANDEMIA Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. EL «PERIODO CERO» Y LA FUERZA MAYOR.—VI. EL DAÑO: EFECTIVO, EVALUABLE ECONÓMICAMENTE E INDIVIDUALIZADO.—VII. LA ANTIJURICIDAD DEL DAÑO Y EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.—IX. LAS VÍAS DE RESARCIMIENTO.—X. A MODO DE CONCLUSIONES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: UN RELATO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA PANDEMIA

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública durante la pandemia es una materia de importancia e interés para el mundo del Derecho, por su actualidad y por las implicaciones que tiene para el Estado, para las Administraciones, para las personas y para sus derechos. La base constitucional de la responsabilidad patrimonial es bien conocida: arts. 9.3 y 106 de la Constitución (en adelante, CE), y su desarrollo legal está contenido principalmente en las Leyes 39/2015 y 40/2015. En este ámbito, los órganos consultivos son «grandes receptores» de peticiones de dictamen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, pues esta es una de las competencias que más tiempo ocupa a la función consultiva y que mayor receptividad encuentra en las Administraciones consultantes.

Las controversias jurídicas derivadas del covid y de las medidas para combatirlo tienen escasos precedentes y sugieren un debate jurídico teórico con importante relevancia práctica. Los innumerables recursos y reclamaciones que se avecinan ante la jurisdicción ordinaria y ante la función consultiva, y principalmente los diversos «escenarios» en que se han pro-

vocado daños a personas, derechos, bienes e intereses durante la pandemia, hacen que el entendimiento del Derecho emanado en ese lapso de tiempo sea un reto. En general, por las dudas interpretativas a que nos puede llevar su aplicación práctica tras el vaivén de normas, disposiciones, actos, autos y sentencias recaídas durante la pandemia, y en concreto por conocer las líneas de acción procesal de los letrados de los reclamantes y la posición de las Administraciones en relación con las reclamaciones que se presenten.

En las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la posición de la Administración es relevante: es la autoridad responsable de la aprobación y puesta en marcha de las medidas; además, ha de conocer, *prima facie*, los casos en que se reclama una indemnización por daños y, tras el dictamen preceptivo (si así lo exige la ley) y no vinculante de la función consultiva, concluir con una resolución estimatoria o desestimatoria. Es también la autoridad que ha de colmar el derecho a una indemnización de los ciudadanos directamente afectados, y le corresponde cumplir la decisión judicial que recaiga sobre los asuntos que los particulares, tras la resolución administrativa, eventualmente recurran a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así las cosas, la responsabilidad patrimonial de la Administración por covid parece tener los perfiles de un «tema de Estado». No solo por la envergadura de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la pandemia y de las medidas adoptadas para combatirla, sino por su afectación a la vida y a los derechos de las personas. Lo que previsiblemente traerá consigo una suma de peticiones de resarcimiento de cuantía incalculable para el Estado. A este respecto, la casuística y versatilidad de los asuntos que están llegando ya a los órganos consultivos, a través de las peticiones de dictamen preceptivo, atribuye al Consejo de Estado y a los consejos consultivos autonómicos un papel destacable en la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas del covid.

El objeto de este trabajo es hacer algunas anotaciones jurídicas sobre la etapa pandémica, así como sobre las consecuencias que, en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, se derivan de las decisiones tomadas u omitidas por las Administraciones Públicas.

El relato histórico-jurídico de la pandemia ha dejado momentos, decisiones políticas y situaciones jurídicas que son dignas de apunte. No solo por lo atropellado de los acontecimientos y de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, sino porque de ello se pueden extraer conclusiones dignas de ser tenidas en cuenta de cara al futuro. Creo que fue un

enjambre de decisiones públicas en un contexto de difícil aprehensión y comprensión jurídica, de cuya crónica solo podemos hacer mención.

En el contexto temporal de la pandemia: *a)* se han entrelazado decisiones políticas excepcionales con reformas legislativas de «calado constitucional»: la declaración de tres estados de alarma mediante los Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo; 900/2020, de 9 de octubre (este limitado a determinados municipios madrileños), y 926/2020, de 25 de octubre, y dos reformas de la LJCA (mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, y el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo); *b)* se alternaron reuniones políticas multilaterales y decisiones de gobierno, con planes sin publicidad y órdenes «comunicadas», con efectos para los derechos de los ciudadanos (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la llamada «cogobernanza», el Plan para la transición hacia una «nueva normalidad», o las vicisitudes de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que precipitó la declaración del segundo estado de alarma); *c)* el juez asumió el extraño papel de «coadministrador» de las medidas, autorizando o ratificando decisiones gubernativas (papel atribuido por las reformas de la LJCA), con soluciones diversas, de muy distinto signo y estatus, y *d)* el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) dictó varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de los estados de alarma y de ese papel atribuido a la judicatura (SSTC 148/2021, de 14 de julio; 183/2021, de 27 de octubre, y 70/2022, de 2 de junio, respectivamente), con contenido y consecuencias controvertidas.

A ello se une la casuística casi interminable de situaciones y consecuencias derivadas de la crisis pandémica. Plantearse, en general, cuestiones como la magnitud de la pandemia en sus primeras semanas y la posible aplicación de la fuerza mayor; la antijuridicidad del daño y el deber ciudadano de soportarlo; el estado y conocimiento de la ciencia; la «pérdida de oportunidad»; los daños desproporcionados; el sacrificio ponderado indemnizable, o, más en particular, la afección de los profesionales sanitarios, también en cuanto a sus obligaciones laborales; o los efectos sufridos por los tratamientos sanitarios, o por su falta, o por los retrasos diagnósticos. O, por otro lado, la ocupación y requisa temporal de fábricas, la intervención de hoteles, empresas, etc., el cierre de establecimientos por motivo del coronavirus, la pérdida del negocio o su desequilibrio económico, o la responsabilidad patrimonial no indemnizable; plantearse estas cuestiones —digo— significa abordar asuntos que, sin ánimo de exhaustividad, han llegado y llegarán, sin duda, para su dictamen a los expedientes de los consejos consultivos autonómicos y del Consejo de Estado.

## II. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Como se sabe, el punto de partida de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el art. 106.2 CE al proclamar el principio de la responsabilidad de los poderes públicos. Dispone que: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Es, por tanto, una institución jurídica que goza de garantía constitucional, cuyo desarrollo, mediante «legislación básica», corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE), principalmente contenida en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), que establecen los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Por su carácter de competencia básica del Estado, la regulación establecida por la legislación estatal vincula a toda actividad administrativa que origine un daño a un particular, sea cual sea la Administración de que se trate y cualesquiera que sean «las autoridades y demás personal a su servicio» (art. 36 LRJSP).

De la regulación contenida en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, en cuanto al derecho a la indemnización por daños, pueden extraerse las siguientes características: *a)* que los daños sufridos no sean imputables al particular que pretende la indemnización; *b)* que la causa de los daños no proceda de un supuesto de fuerza mayor; *c)* que el particular no tenga el deber jurídico de soportar tales daños; *d)* que el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos comprende el normal y el anormal funcionamiento de los servicios públicos, y *e)* que ha de haber una relación de causalidad entre el daño sufrido y la actividad de la Administración que habilite el derecho a la indemnización.

La responsabilidad patrimonial tiene naturaleza extracontractual y es objetiva. Pero no es una responsabilidad objetiva global (pues la Administración no es una aseguradora universal), sino que la exigencia de responsabilidad requiere título de imputación, al margen de su repetición contra los responsables del resultado lesivo, doloso, culposo o gravemente negligente y al margen de otras responsabilidades patrimoniales del Estado en que pueda incurrir el poder judicial o el legislativo. La responsabilidad patrimonial es objetiva: está unida al funcionamiento normal o anormal de

los servicios públicos. De tal manera que la obligación de la Administración de indemnizar por los daños irrogados a consecuencia de su actuación u omisión se articula cuando se dan los requisitos y condiciones antedichos. La excepción son los supuestos mencionados de fuerza mayor o de daños que los particulares tengan el deber jurídico de soportar; a los que habría que añadir el de haber sido ya resarcidos los daños mediante compensación por otras vías (art. 34.1 LRJSP) y el propio comportamiento de la persona afectada.

En relación con las medidas sanitarias, el marco jurídico se completa con la atribución a las autoridades de facultades para intervenir mediante «acciones preventivas generales», adoptando «las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública). A las que se añaden expresamente medidas como «la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales, y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (art. 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), que se concretan aún más en el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre.

Así pues, las Administraciones Públicas disponen de amplias potestades para adoptar medidas frente a situaciones de emergencia sanitaria, incluidas medidas de restricción de libertades debidamente justificadas y motivadas, sin que ello implique necesariamente la adopción de las medidas excepcionales que prevé el art. 116 CE.

Aun así, durante la pandemia, y para hacer frente a la situación general y excepcional vivida, el Gobierno declaró, en tres ocasiones, el estado de alarma (*ex art. 116 CE*). Respecto a la responsabilidad patrimonial, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en adelante, LOEAES), establece 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» (art. 3.2).

En este marco jurídico, la responsabilidad de los poderes públicos no muta por causa de la declaración del estado de alarma: no modificará, dice el art. 116.6 CE, «el principio de la responsabilidad del Gobierno y sus agentes». Tampoco el art. 32 LRJSP cambia el régimen jurídico de la res-

pensabilidad de las Administraciones respecto del art. 106.2 CE. Aunque hay autores que mantienen que la LOEAES no excluye como indemnizables los daños provocados incluso en supuestos de fuerza mayor (Nieto, 2020, p. 2), tal Ley Orgánica refuerza el principio de la responsabilidad de la Administración durante la vigencia de la declaración de los estados excepcionales (art. 3.2) al disponer 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».

Se configura así uno de los elementos esenciales del sistema, tanto en situaciones de normalidad institucional como en las que prevé la declaración de los estados excepcionales: la ausencia del deber jurídico del particular de soportar el daño. Es decir, el sistema de responsabilidad patrimonial se asienta en la identificación de lo que la doctrina ha llamado profusamente «el sacrificio especial sufrido» por los daños imputables a la Administración. Y se completa con la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño causado. Por ello, el comportamiento del particular o los supuestos de fuerza mayor rompen la relación causal.

También hay que destacar que la responsabilidad patrimonial no requiere la previa declaración de nulidad de las medidas, disposiciones o actos legislativos adoptados como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Basta con su aplicación para que el particular no tenga «el deber jurídico de soportar» los daños y consecuencias lesivas de sus derechos, derivados de tal aplicación. Así pues, en la responsabilidad patrimonial, el daño indemnizable es el sacrificio especial del particular que, no teniendo el deber jurídico de soportar, lo sufre, sin embargo, en aras del interés general. De manera que la finalidad indemnizatoria es precisamente compensar ese «sacrificio especial en aras del interés general». A este respecto, la similitud con otros supuestos de responsabilidad patrimonial indemnizatorios previstos en las leyes —como la indemnización por los perjuicios causados a consecuencia de la prisión provisional seguida de absolución (*ex* art. 294.1 LOPJ)— ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia constitucional (STC 85/2019, de 19 de junio; ponente: Valdés Dal-Ré).

A la vista del diseño jurídico y de las características de la responsabilidad patrimonial (que no cambian por motivo de la declaración de alarma), podría plantearse como conclusión previa que los principios generales, reglas y requisitos previstos en la legislación sobre responsabilidad

patrimonial, así como la construcción jurisprudencial y doctrinal asentada durante decenios, son suficientes y válidas para dilucidar cuándo la Administración puede ser considerada jurídicamente responsable por los daños y perjuicios causados a los particulares por las medidas adoptadas u omitidas durante la emergencia sanitaria de la pandemia.

### III. DATOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

La declaración del estado de alarma tampoco afecta al procedimiento administrativo para reclamar la responsabilidad patrimonial ante la Administración. El art. 3.2 LOEAES remite expresamente a la legislación ordinaria («lo que dispongan las leyes»), que principalmente está contenida en los arts. 67 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

A este respecto, prevé el plazo de un año para interponer la reclamación desde que se produjo «el hecho, daño o acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo» (art. 67). Y dispone que en la instrucción del procedimiento se respeten «los principios de contradicción e igualdad de los interesados» (art. 75.4); que los hechos relevantes puedan «acreditarse con cualquier medio de prueba admisible en Derecho» (art. 77.1); que «es preceptivo solicitar el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable» (art. 81.1); que el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente, si es preceptivo, formará parte de la tramitación tras el trámite de audiencia a los interesados (art. 82.1), y que la resolución ha de pronunciarse, conforme al art. 91.2, «sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

La Administración ha de resolver en seis meses, pasados los cuales, si no hay valoración expresa, la reclamación se entiende desestimada por silencio administrativo (art. 91.3); a partir de lo cual, el administrado tiene dos meses para interponer demanda contencioso-administrativa ante la jurisdicción ordinaria.

En la tramitación de la reclamación tiene un peso especial la función consultiva. El preceptivo dictamen del Consejo de Estado y de los con-



sejos consultivos autonómicos conforman la base argumental y doctrinal para dirimir el contraste entre las posiciones del reclamante y de la Administración consultante. Cuando el dictamen es preceptivo, debe constar expresamente en el expediente antes de la resolución, estimatoria o desestimatoria, de la Administración. Con su reclamación el particular activa, *ex lege*, la competencia de los órganos consultivos para dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y la Administración por su parte ha de someter su propuesta a la consulta de la función consultiva. Los umbrales para la emisión del dictamen varían entre los órganos consultivos: desde 50.000 euros en las reclamaciones contra la Administración General (que dictamina el Consejo de Estado), a los 6.000 o 3.000 euros del Consejo Consultivo de Castilla y León, según si la reclamación se presenta ante la Administración autonómica o local; recordando que la mayor parte de los órganos consultivos autonómicos dictaminan reclamaciones desde 15.000 euros.

A este respecto, en la función consultiva, la consideración y el análisis de las circunstancias concretas del caso es un elemento clave para la convicción, porque la casuística contenida en los expedientes condiciona la aplicación de las reglas de la responsabilidad patrimonial a los casos covid sometidos a dictamen. De aquellas podrán los órganos consultivos extraer conclusiones acerca de los elementos esenciales que constituyen el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### IV. LOS PERIODOS DE PANDEMIA Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La pretensión en que se concreta la reclamación de indemnización ha de dirigirse a la Administración responsable de las medidas que a cada particular le hayan producido el daño en su persona, derechos o bienes. El momento o periodo temporal en que se tomaron las medidas (limitativas o restrictivas de derechos, expropiatorias o que, en general, exigieron un sacrificio especial al particular) determina la legitimación pasiva de la Administración ante la que se ha de formular la reclamación.

Es opinión compartida entre los órganos de la función consultiva el señalar que la determinación de esa titularidad (de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas o de otras Administraciones) viene definida con arreglo a la diferenciación de los distintos periodos por los que ha transcurrido la pandemia. A la designación de la Administración

responsable se une la del momento concreto de la vigencia de las medidas que supuestamente produjeron el perjuicio. La circunstancia temporal y la determinación del régimen jurídico aplicable, que fue objeto de numerosas modificaciones impuestas por el devenir de los acontecimientos epidemiológicos, sociales, jurídicos y económicos, son elementos clave para construir la reclamación del particular.

Con carácter general, se considera que no es imputable a las autoridades autonómicas el daño causado por las medidas derivadas del primer estado de alarma, declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo (desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020), ni por las previstas en el segundo —que, desde el 7 de octubre de 2021, afectó a determinados municipios de Madrid (RD 900/2020, de 9 de octubre)—, ni las que se derivaron del tercer estado de alarma, declarado por el RD 956/2020, de 3 de noviembre (periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021). Entre el primer y el tercer estado de alarma (del 22 de junio al 25 de noviembre de 2021), el protagonismo de las comunidades autónomas supuso en general la vuelta a la aplicación de la legislación sanitaria vigente. Desde el fin del tercero (10 de mayo de 2021) se puede decir que las comunidades autónomas gozan de práctica normalidad en el ejercicio de sus competencias.

Los consejos consultivos, a la hora de identificar a la Administración responsable, o bien parten de la diferencia entre dichos periodos temporales —como el caso del Consejo Consultivo de Castilla y León (Dictamen 111/2022, de 6 de abril)— u optan por apreciar falta de legitimación pasiva de la comunidad autónoma por las medidas adoptadas durante los estados de alarma, incluso como autoridades delegadas. Otros consejos se inclinan por constatar la ausencia de antijuridicidad de los daños, al ser adoptados al amparo de la LOEAES y en virtud del ejercicio de competencias sanitarias propias (Dictámenes coetáneos a la celebración de la jornada: 271/2022, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 56/2022, de 13 de julio, del Consell Consultiu de les Illes Balears) (*vid.* Martín Lorenzo, 2022, p. 5).

La vigencia del primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020) se caracterizó por la concentración de poder en manos del Gobierno y por la designación de varios ministros como autoridades delegadas, con la evidente alteración de la distribución de competencias prevista en la CE. Se caracterizó igualmente por la limitación de la libertad de circulación de las personas mediante el confinamiento domiciliario y la prohibición de circular por las vías públicas, excepto para determinadas

actividades (art. 7), y por la suspensión de las actividades de hostelería y restauración (art. 10.4). La STC 148/2021, de 14 de julio (ponente: González-Trevijano), que recayó resolviendo recurso de inconstitucionalidad, declaró nulos los apartados 1, 3 y 5 del art. 7, relativos a la «limitación de la libertad de circulación de las personas». También declaró inconstitucional la habilitación en favor del ministro de Sanidad para modificar o ampliar las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, hostelería y restauración, pero no las medidas en sí. El TC no las consideró suspensiones de derechos (que hubiera determinado su nulidad), sino «limitaciones muy intensas», lo que confirma la responsabilidad del Gobierno en su condición de titular de la potestad para tomar las medidas adoptadas. En este periodo, las comunidades tuvieron escaso protagonismo en cuanto a la toma de decisiones frente a la crisis pandémica, al margen de las competencias de gestión ordinaria de la sanidad.

Durante el tercer estado de alarma (25 de octubre de 2020 a 9 de mayo de 2021), la declaración incorporó la estrategia de descentralización a favor de los presidentes de las comunidades autónomas para la gestión de las medidas frente a la crisis sanitaria. En cierto modo, reflejaba la realidad jurídico-política a la que debía acomodarse una situación de normalidad en cuanto a la distribución competencial en un Estado descentralizado: la dirección y la gestión de la aplicación de las medidas en cada territorio quedaba en manos autonómicas, mientras que la dirección coordinada en todo el territorio del Estado, en las del Gobierno de la Nación.

Sin embargo, al declararse la inconstitucionalidad de la delegación a favor de los presidentes de las comunidades autónomas (STC 183/2021, de 27 de octubre; ponente: Narváez), las posibles dudas acerca de la autoridad responsable quedaron disipadas: el Estado fue la autoridad responsable de la adopción de las medidas tanto de limitación de los derechos como de la restricción de la actividad económica. Por lo que respecta a las medidas concretas contenidas en la declaración, el Tribunal Constitucional coincidió con el Gobierno en que las previstas en el decreto se orientaron al cumplimiento de una finalidad legítima «como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus» y aceptó la constitucionalidad de su contenido material en razón de la «necesidad, idoneidad y proporcionalidad».

Durante el periodo intermedio y tras la aprobación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio (de «desescalada»), en el que se tomaron medidas urgentes de prevención, contención y coordinación frente a la pandemia, las comunidades autónomas aprobaron distintas medidas para evitar el contagio del virus basándose en la legislación sanitaria vigente. Por su parte,

la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la idoneidad de la legislación sanitaria general para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales, porque —dirá— «ofrece suficientes precisiones objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales» (STS 719/2021, de 24 de mayo, FJ 4.º; ponente: Lucas Murillo).

En el periodo actual, que se inicia tras el fin del tercer estado de alarma (9 de mayo de 2021), las comunidades autónomas han vuelto a recuperar protagonismo y competencias que les son propias. Al amparo de dicha legislación sanitaria han adoptado variadas medidas de distinta intensidad en lo que se refiere a la contención del virus en función de los distintos y sucesivos niveles epidemiológicos. El marco jurídico sanitario mencionado, junto a la Ley 2/2021, de 29 de marzo, y el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo (relativas ambas normas a disponer medidas urgentes frente a la crisis sanitaria y sobre el orden sanitario, social y jurisdiccional, respectivamente), habilitaba tal recuperación.

## V. EL «PERIODO CERO» Y LA FUERZA MAYOR

Cabría preguntarse, no obstante, por el periodo previo, el «periodo cero», anterior al 14 de marzo de 2020. De una parte, porque, como es sabido, en enero de 2020 la OMS declaró «problema de importancia internacional» la crisis que se avecinaba provocada por el SARS-CoV-2, y numerosos indicadores y organismos alertaban de la situación de emergencia sanitaria que había llegado a los países de nuestro entorno. De otra, porque algunas autoridades autonómicas y locales, con base en la legislación sanitaria general, tomaron medidas limitativas de derechos (como el confinamiento de turistas en un hotel de Tenerife), que fueron ratificadas por el juez (Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo de Santa Cruz, de 2 de marzo), o aprobaron disposiciones, como la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Comunidad de Madrid, en la que se acordó la suspensión temporal de la actividad docente presencial en todos los centros, ciclos y niveles de enseñanza. A estos casos se añadieron otras Administraciones autonómicas y locales adoptando decisiones parecidas.

Además, porque ha habido ya resoluciones judiciales referidas a las primeras semanas del año 2020 (principalmente en el ámbito de las relaciones laborales) en las que se ha declarado que la pandemia no es un caso de

fuerza mayor [Sentencias de los Juzgados de lo Social de Teruel 60/2020, de 3 de junio (ponente: Alcalde), por falta de acopio de material sanitario, y de Alicante 1/2022, de 7 de enero (ponente: Barrio), que determina indemnizaciones concretas a favor del personal sanitario del hospital, ante la situación de grave riesgo para la salud sufrida].

Como se sabe, la fuerza mayor se define como un suceso imprevisible o que, aun siendo previsible, es absolutamente inevitable o irresistible (art. 1105 CC). A la fuerza mayor alude el art. 34.1 LRJSP, que dispone que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económica que las leyes puedan establecer para estos casos».

A *priori*, el «periodo cero» podría encajar en este supuesto: los daños causados no lo fueron por el funcionamiento activo de los servicios públicos, sino por un hecho supuestamente imprevisible o que, siendo previsible, resultó inevitable para la Administración en los inicios de la pandemia, y los daños no pueden, *tout court*, ser imputados a la misma.

La cuestión permite plantear, sin embargo, el vidrioso escenario de una Administración cuya omisión, lentitud o tardanza (funcionamiento pasivo) pudo agravar los efectos de la pandemia o, acaso, no contribuyó a disminuir su incidencia. Coincido con Doménech en 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 debidas medidas de precaución» (Doménech, 2020, p. 105). La duda es, pues, si en el caso de haberse tomado las medidas con mayor prontitud y celeridad, la Administración podría haber evitado algunos perjuicios adicionales e incluso podrían haberse disgregado los daños inevitables de los que podrían haberse impedido o evitado.

La doctrina de la pérdida de oportunidad puede traerse a colación a los casos especialmente graves (fallecimiento de un familiar o de personal sanitario sin provisión de las debidas precauciones) si la negligencia en el funcionamiento de los servicios públicos incrementó la probabilidad de causar el daño o aumentó la lesión del sacrificio especial soportado, en aras del interés general; en cuyo caso, la indemnización debiera ser ponderada en función de ese incremento de probabilidad del daño (Doménech, 2020, p. 106).

## VI. EL DAÑO: «EFECTIVO, EVALUABLE ECONÓMICAMENTE E INDIVIDUALIZADO»

Si el objetivo de la responsabilidad patrimonial es resarcir la lesión causada en la persona, derechos o bienes, el daño es el presupuesto esencial sobre el que se articula todo el sistema de responsabilidad; el daño o «sacrificio especial soportado en aras del interés general». Sin daño acreditado no hay responsabilidad. Para la LRJSP, la acreditación del daño requiere que este sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado. «En todo caso —dispone el art. 32.2 LRJSP— el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas».

Acerca de la acreditación del daño, ha de recordarse la reiteradísima doctrina jurisprudencial de que el derecho a la indemnización no puede tener su base «en meras especulaciones o expectativas». Y que, en virtud del principio de reparación integral de la lesión, son indemnizables tanto los daños sufridos como el lucro cesante, aunque ambos han de comportar un perjuicio efectivo y susceptible de valoración, «quedando excluidos del resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas» (STS 670/2006, de 22 de febrero, FJ 3.º; ponente: Robles).

De manera que la concreción e individualización de los daños efectivamente causados es parte indispensable de la pretensión contenida en la reclamación de responsabilidad patrimonial. La doctrina es pacífica al reconocer que el deber jurídico de soportar el daño por toda la población no es indemnizable. No hay un sacrificio especial en soportar las medidas que afectan a todos (uso de mascarillas, confinamiento general, distancia social, etc.), porque el beneficio logrado para el interés general se ha extendido también a toda la población. Todos los ciudadanos han resultado beneficiados objetivamente por las medidas generales de protección de la salud. Y, en consecuencia, los daños derivados de las medidas y sufridos por la mayoría de la población son restricciones de derechos no indemnizables; con carácter general, no son daños resarcibles aquellos que no implican un sacrificio especial para «una persona o grupo de personas». Se cumple, así, el «principio de igualdad de reparto de las cargas públicas», al que reiteradamente se ha referido la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, la concreción, como elemento clave de la individualización del daño, no solo significa identificar al perjudicado y a la Adminis-

tración responsable, sino que implica además cuantificar el daño, determinando los conceptos en virtud de los cuales se ha sufrido el sacrificio especial indemnizable o resarcible. Y se sabe que estos pueden comprender tanto los relativos a daños físicos como a los psicológicos, los daños morales y los materiales, y pueden extenderse desde la compensación de gastos, pérdidas, tasas, obligaciones fiscales, laborales o de la Seguridad Social hasta el lucro cesante. La precisión debe abarcar también a aspectos de detalle (que pueden condicionar la determinación de la posible indemnización) como los temporales, la ubicación geográfica u otros, que sirvan para precisar y evaluar los daños sufridos en el *petitum*, como se ha argumentado ya en distintos dictámenes de la función consultiva.

Asimismo, la individualización del daño exige concretar el grupo o número de personas, o el grupo o sector de actividad afectado por las medidas que le han exigido un sacrificio especial sin tener el deber jurídico de soportarlo. De Ahumada (2022, p. 7) ha puesto de relieve la falta de criterio uniforme de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto, contrastando la doctrina contenida en las SSTS 11517/1987, de 4 de julio, FJ 6.º (ponente: De Mendizábal), y 7735/1996, de 4 de marzo, FJ 1.º (ponente: Sieira).

## VII. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

La calificación del daño y la antijuridicidad ocupan un lugar esencial en el dictamen consultivo y en la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial. También la verificación de la imputabilidad a la Administración de la autoría de la actuación u omisión. Tal es así que el derecho a la indemnización se asienta en la antijuridicidad del daño y en el título de imputación de la Administración.

Dado su carácter objetivo, no es necesario determinar un autor individual concreto. Se ha de constatar razonablemente la conexión causa-efecto, es decir, que el resultado lesivo pueda ser atribuido a la Administración y, en consecuencia, que haya un título de imputación. La imputación a la Administración exige la previa relación de causalidad entre la actividad y el daño: solo si hay nexo causal puede valorarse si hay imputación a la Administración. En consecuencia, no hay derecho de indemnización automático, ni siquiera por la nulidad de los actos de los que derivaron las medidas para frenar la crisis pandémica (art. 32.2 LRJSP).

El derecho a la indemnización se fundamenta en un título de imputación mediante el cual sea posible construir el nexo causal entre las medidas adoptadas y la lesión sufrida. Por ello, la conducta del particular no ha de haber contribuido a causarlos (conducta causal de la víctima), porque en ese caso el sacrificio especial en aras del interés general no existiría; ni pueden indemnizarse daños derivados de circunstancias imprevisibles o que siendo previsibles no se hayan podido evitar (causa de fuerza mayor). Tampoco el perjuicio sufrido debe haber sido compensado por otras vías, a fin de evitar un enriquecimiento injusto (STC 85/2019, FJ 13.º, ya citada).

Es interesante destacar la importancia que la antijuridicidad del daño tiene en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por covid. Para la doctrina también es el requisito principal de las reclamaciones. Solo cabe indemnizar los daños que el particular perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar, provengan estos tanto del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración abarca tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, y, en consecuencia, la antijuridicidad se predica del daño sufrido. Un actuar lícito puede provocar daños o perjuicios indemnizables si ha habido un sacrificio especial, singular o adicional. Y un actuar ilícito también, si la reclamación no se fundamenta únicamente en esa ilicitud o nulidad.

En el funcionamiento normal de los servicios públicos, la antijuridicidad reside en los propios daños sufridos. El sufrimiento por los daños que no se tiene el deber jurídico de soportar transfiere al particular un sacrificio especial en su persona, derechos o bienes en beneficio del interés general. Ese es el daño resarcible. De este modo, el derecho indemnizatorio se activa para no soportar también ese sacrificio en su patrimonio personal. En el funcionamiento anormal, sin embargo, es la propia actividad administrativa la que provoca el daño, que trae para el particular un sacrificio especial: la antijuridicidad se asienta en la ilicitud de la actuación de la Administración (Dictamen del Consejo de Estado 481/2016, FJ II).

Se ha dicho que este es un planteamiento teórico que, sin embargo, con cierta frecuencia en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos, la antijuridicidad del daño se superpone al título de imputación. En efecto, en la práctica, hay circunstancias mediante las cuales la jurisprudencia trata de modular ese carácter objetivo que gravita sobre el sacrificio especial soportado. Modulación que parece responder, al menos, a un doble motivo: de una parte, desdibujar abiertamen-



te el papel de la Administración como aseguradora universal de todos los riesgos y daños, papel que no le corresponde, y, de otra, enmascarar, en cierto modo, el pragmatismo de la jurisprudencia, casi siempre orientada a encontrar el título de imputación bajo el requisito del nexo causal; este suele ser la responsabilidad por culpa, la falta de servicio o el funcionamiento indebido o anormal de los servicios públicos. La sencillez de asentar todo el peso de la antijuridicidad en la relación causa-efecto mitiga el indagar y encontrar la antijuridicidad en el «sacrificio especial sufrido», sobre todo en los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos, en los que constatar el nexo causal es más complicado que en los casos de funcionamiento anormal.

Así pues, en la práctica, la antijuridicidad de la actividad administrativa sí incide en el sentido de los dictámenes consultivos y de las resoluciones judiciales, en cuanto significa de responsabilidad objetiva, de búsqueda de criterios objetivos (como la falta de diligencia de funcionamiento), para fundamentar si el particular ha sufrido o no el sacrificio especial que no tenía que soportar. Así las cosas, aunque la antijuridicidad debiera gravitar teóricamente sobre «el sacrificio especial sufrido», como título de imputación de la responsabilidad a la Administración, la práctica jurisdiccional y de la función consultiva se inclina, en ocasiones, por otro tipo de planteamientos menos teóricos y más pragmáticos.

El esquema más frecuente es el de contrastar la antijuridicidad con el resultado dañoso o, mejor, constatar y concluir que la antijuridicidad es el resultado dañoso en sí, resultado que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Es la posición jurisdiccional más común y más cómoda: aplicar *de facto* un régimen de responsabilidad por culpa: solo se condena a la Administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del servicio público. Como dice Doménech (2020, p. 107), «en muy pocas ocasiones no hay responsabilidad sin culpa».

Así las cosas, los daños indemnizables son los sufridos de forma efectiva y directa por los particulares en su persona, derechos o bienes. Han de ser daños reales y evaluables, pero también han de ser daños resarcibles. Es decir, la constatación del «sacrificio especial sufrido» activa el derecho a la indemnización, a su compensación, restitución o reparación integral, porque los daños indemnizables son los sufridos de forma efectiva y directa por los particulares en su persona, derechos o bienes. Dicho de otro modo, el sacrificio activa el derecho al resarcimiento pleno en proporción a la lesión soportada, «a fin de restablecer el equilibrio y poder así reme-

diar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado» (Cassagne, 2022, p. 26).

Los daños, pues, han de ser resarcibles. Esto es, la articulación del derecho a la indemnización no es automática, sino que ha de pasar el tamiz de determinadas causas que, ponderadamente, pueden invalidar su aplicación: el comportamiento de la persona afectada y la compensación lograda por otras vías (subvenciones, bonificaciones, reducciones, acuerdos privados, etc.), debiéndose en este último caso valorar la plusvalía o minusvalía obtenida en la compensación del sacrificio especial irrogado (STC 85/2019, de 19 de junio, FJ 5.º; ponente: Valdés Dal-Ré, y, entre otras, STS 3324/2020, de 27 de octubre, FJ 9.º; ponente: Olea).

Esta valoración ponderada de la evaluación del daño (al que acabamos de referirnos) opera en todos los casos de responsabilidad patrimonial, pero acaso sea más común en relación con las medidas compensatorias de las restricciones al ejercicio de determinadas actividades económicas. A este respecto, en el marco del principio de solidaridad puede tener especial sentido compensar los perjuicios de sectores económicos o grupos de actividades especialmente castigados por la pandemia. Pero, en todo caso, las numerosas disposiciones emanadas de la Administración del Estado y de la autonómica, destinadas a reducir el impacto de la crisis sanitaria (financieras, laborales, patrimoniales, etc.), han de ser ponderadas con el objetivo de equilibrar o restablecer el equilibrio económico en relación con el sacrificio especial sufrido. La indemnización por la suspensión temporal de actividades comerciales u otras medidas restrictivas con motivo de la pandemia, unida a la compensación obtenida por otras vías, no puede comportar la doble indemnidad o un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado (*compensatio lucri cum damno*).

En fin, un apunte sobre dos cuestiones más: la primera, sobre una controvertida afirmación contenida en el fallo de la STC 148/2021, y la segunda, sobre la compatibilidad de las vías de resarcimiento.

## VIII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

La primera se refiere a la posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la aplicación de las medidas como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma. El fallo de tal STC remite al fundamento jurídico 11.º, *in fine*, en el que se afirma

que «al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial».

A propósito de esta afirmación, pueden hacerse algunas apreciaciones:

a) Por una parte, el TC parece entornar la puerta de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuyo resbaladizo régimen jurídico genera inseguridad y dudas puestas de manifiesto por la doctrina. Corrobora tal posición la Sentencia de 28 de junio de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que declaró contraria al Derecho europeo la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador contenida en distintos preceptos de las Leyes 39/2015 y 40/2015.

La demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado legislador exige una celeridad en los reclamantes que parece difícil de llevarse a cabo: no solo han de acreditar que la aplicación de las medidas les ha producido un sacrificio especial, sino que, además, conforme al art. 32.4 LRJSP, «procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

b) Por otra parte, el fallo de la STC excluye la acreditación de la anti-juridicidad basada única y exclusivamente en la nulidad de los preceptos del estado de alarma, declarados inconstitucionales. Lo que el TC modula con la afirmación de que tal acreditación será posible «sin perjuicio de lo dispuesto en la LOEAES». Es decir, la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una disposición declarada inconstitucional no queda excluida. Lo que se cercena es que la reclamación se fundamente, *in toto*, en la declaración de nulidad. Pero nada impide que la antijuridicidad en los casos covid pueda basarse en otros argumentos jurídicos.

c) El fallo tiene paralelismo con el art. 32.2 LRJSP, que dispone que la anulación de un acto o disposición administrativa «no presupone, por sí misma, el derecho a la indemnización». La intención de la norma es evitar que la mera anulación de una actuación administrativa constituya un derecho automático de indemnización, sin haberse acreditado los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Es decir, tanto el precepto normativo como la sentencia determinan que la antijuridicidad no presupone, por sí misma, un sacrificio especial que haya de soportarse e incitan a encontrar tal antijuridicidad no solo en la anulación de la norma o la disposición.

d) Sin embargo, y en relación con ello, la declaración de ilegalidad de una norma puede no dar derecho a una indemnización, aun cuando la antijuridicidad se asienta en el sacrificio especial que provoca el daño, si el Tribunal Supremo aplica el «principio del margen de apreciación razonable», construido jurisprudencialmente, pero muy criticado por la doctrina, en especial por el profesor T. R. Fernández (Alonso, 2021, p. 162). La aplicación de este criterio tiene relación directa con la razonabilidad interpretativa de las normas en que la Administración fundamenta su actuación, aunque esta hubiese sido declarada ilegal por la jurisdicción y el particular hubiese acreditado haber cumplido los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial.

Es decir, el carácter indemnizable de los daños derivados de esa actuación depende de la complejidad de la operación interpretativa. La dificultad de tal operación es alta si comprende la dotación de sentido de conceptos jurídicos indeterminados; ante esta compleja labor, la jurisprudencia mantiene que, aunque la norma en que se fundamentan las medidas haya sido declarada ilegal, el resarcimiento del particular puede quedar condicionado a la razonabilidad de la interpretación hecha por la Administración. Así las cosas, la aplicación de este principio por la jurisprudencia comportará que, a salvo de casos palmarios de arbitrariedad, el margen de razonabilidad de la operación interpretativa (a mayor dificultad, mayor margen) es el que determina el carácter indemnizable o no del daño.

El riesgo de utilización por la jurisprudencia de este «criterio del margen de apreciación o de tolerancia razonable» en los casos covid, puede llevar a los tribunales a desestimar sistemáticamente la indemnización por responsabilidad patrimonial. Y ello, a pesar de que el particular haya acreditado que los daños soportados encajan en los requisitos exigidos por la LRJSP y a pesar de la declaración de ilegalidad de las normas en que se basa la actuación administrativa.

e) Cuestión distinta sugieren las medidas declaradas lícitas, calificadas por el TC como limitaciones de derechos no indemnizables. En este caso, la antijuridicidad y el título de imputación de las reclamaciones de responsabilidad descansará en la razonabilidad de las medidas que provocaron un concreto «sacrificio especial»; esto es, en su idoneidad, en su necesidad y en su adecuación o carácter proporcionado, para hacer frente a la crisis sanitaria.

## IX. LAS VÍAS DE RESARCIMIENTO

Es interesante también la problemática jurídica que se plantea acerca de las vías que el particular puede utilizar para el resarcimiento de los daños derivados de las medidas anticovid que imponen limitaciones temporales en derechos o bienes. Estas medidas están autorizadas en tres grupos de normas:

- a) En las declarativas del estado de alarma: arts. 8 —«requisas temporales de todo tipo de bienes» (ap. 1) y «realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles» (ap. 2)— y 13 del Real Decreto 463/2020 —«intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales..., incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada» [ap. b)], así como «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias» [ap. c)]—.
- b) En las previstas en las leyes sanitarias generales —«inmovilización y decomiso de productos y sustancias», «intervención de medios materiales y personales», «cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industria» y «suspensión del ejercicio de actividades» (art. 54.2, ap. 2, LGSP)—.
- c) En las referidas en el art. 120 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), que dispone que cuando por motivos de «epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubieren de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos... el particular dañado tendrá derecho a indemnización».

Las medidas a que alude el tenor literal de los preceptos, en realidad pueden constituir formas de expropiación que generan la obligación de indemnizar. El triple origen de las medidas, y su similitud, abre la posibilidad de que el particular pueda utilizar dos vías distintas para el reconocimiento e indemnización de los daños sufridos: la de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la vía de la expropiación forzosa. La duda es cómo distinguir si las medidas de restricción tienen la consideración de derechos indemnizables o no indemnizables, o de verdaderas expropiaciones, a efectos de que el particular decida qué vía plantear.

Una interpretación jurídico-formal (Durán, 2020, pp. 303 y ss.) lleva a plantear la singularidad de la vía expropiatoria frente a la vía de la res-

ponsabilidad patrimonial. Es la que ha mantenido el Consejo de Estado (Dictamen de 23 de julio de 2014). Afirma que no procede encauzar peticiones indemnizatorias por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando para el hecho causante y su resarcimiento se prevé un cauce procedimental específico como es el de la vía expropiatoria. Ambas figuras son instituciones distintas, tienen diferentes regulaciones y objetos formalmente no coincidentes («derechos e intereses patrimoniales» *versus* «persona, derechos y bienes»), por lo que, siguiendo al TC, obedecen a un título competencial distinto (STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 4.º; ponente: Ollero).

Esta no es una cuestión menor, porque la esperada acumulación de demandas de indemnización puede desaconsejar una separación tajante de los mecanismos para dar respuesta al derecho a la indemnización por covid. A este respecto, podría tenerse presente que la invocación de uno u otro fundamento resarcitorio no debe afectar ni perjudicar al particular en el ejercicio del derecho a la indemnización ni al *quantum* del *petitum*, porque los criterios de valoración para el cálculo de la indemnización en ambas vías caen bajo la influencia e inspiración del principio de la reparación integral del daño. Anticiparse a esta problemática significa buscar instrumentos en favor del objetivo constitucional pretendido con la responsabilidad patrimonial del Estado: resarcir el sacrificio especial sufrido por algunos ciudadanos en beneficio del interés general con motivo de la pandemia y de la aplicación de las medidas adoptadas por las Administraciones para hacerle frente.

## X. A MODO DE CONCLUSIONES

1. Aunque la legislación sanitaria vigente atribuye a las Administraciones potestades suficientes para luchar contra la pandemia, numerosas voces de la política, la doctrina y la jurisprudencia han planteado la necesidad de dar una respuesta jurídica, integrada y actualizada, a los problemas de la legislación sobre pandemias (Álvarez). Un planteamiento de ese tipo requeriría superar problemas de encaje constitucional en relación, al menos, con la protección de los derechos fundamentales, la distribución de competencias y el papel de las comunidades autónomas en situaciones de emergencia sanitaria.

2. La posición general de la doctrina coincide en que las reglas, principios generales y requisitos previstos en la legislación sobre responsa-

bilidad patrimonial, así como la construcción jurisprudencial asentada durante decenios, son suficientes y válidos para dilucidar cuándo la Administración puede ser considerada jurídicamente responsable por los daños y perjuicios causados a los particulares por las medidas adoptadas u omitidas durante la emergencia sanitaria de la pandemia.

3. Con respecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, se han sugerido propuestas para deslindar el funcionamiento normal de los servicios públicos del anormal, a fin de superar la actual insuficiencia jurídica al respecto; esto es, acometer la regulación por separado de la responsabilidad en función de la actividad legítima o ilegítima de la Administración (Cassange).

4. Convendría precisar la antijuridicidad del daño. Desde el plano teórico, prevalece en la doctrina la identificación de la antijuridicidad con el sacrificio especial soportado en beneficio del interés general que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad, aplicando *de facto* un régimen de responsabilidad por culpa (Doménech).

5. Sería conveniente unificar criterios para la aplicación de los principios de proporcionalidad de las medidas y de razonabilidad del actuar de la Administración, principalmente en los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, así como aclarar los criterios de aplicación del principio de ponderación de la indemnización en relación con la doctrina de la pérdida de la oportunidad en los supuestos de funcionamiento normal.

6. Con respecto al «periodo cero», la exclusión de la responsabilidad por causa de fuerza mayor debiera ser aplicada con proporcionalidad. La duda de si la Administración podría haber evitado algunos perjuicios adicionales de especial gravedad por no haber tomado las medidas con mayor prontitud y celeridad tiene cierto sentido, sobre todo ante los casos más graves, ante los que el funcionamiento pasivo de la misma pudo no contribuir a disminuir su incidencia.

7. La puerta de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador parece haber quedado entornada tras el contenido del fallo del Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, en paralelo con el art. 32.2 LRJSP. El resbaladizo terreno de su configuración legal exige una celeridad a los reclamantes que parece difícil de acometerse.

8. La incompatibilidad jurídico-formal de las vías de resarcimiento de los daños sufridos (responsabilidad patrimonial *versus* expropiación forzosa) no debe afectar ni perjudicar al particular en el ejercicio de su dere-

cho indemnizatorio ni a la cuantía pretendida. La previsible avalancha de demandas puede ayudar a prever instrumentos aplicativos e interpretativos a favor del objetivo constitucional de la responsabilidad patrimonial perseguido ante la emergencia sanitaria vivida: proteger la vida y la salud de las personas y resarcir el sacrificio especial sufrido por algunos ciudadanos en beneficio del interés general.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO TIMÓN, A. J., *Visión crítica de la gestión del covid-19 por la Administración*, Madrid, Lefevbre, 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias de nuestro país», *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 100-102 (2022), pp. 70 y ss.
- CASSAGNE, J. C., «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho comparado», *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 100-102 (2022), pp. 12 y ss.
- 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*, núm. 86-87 (2020), pp. 102 y ss.
- DURÁN VICENTE, H., «La indemnización de los daños causados por las medidas de intervención u ocupación transitoria de empresas y servicio durante la pandemia», en *La crisis sanitaria derivada del covid-19: retos jurídicos de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2021, pp. 303 y ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el covid-19*, Salamanca, Ratio Legis, 2021.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, núm. 205 (2018), pp. 221-237.
- MARTÍN LORENZO, B., «Responsabilidad patrimonial y covid 19. Los daños a la hostelería», *Actualidad Administrativa*, núm. 12 (2022), pp. 1-13.
- NIETO GARRIDO, E., «La indemnización de daños o perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», *Diario La Ley*, 15 de septiembre de 2022, pp. 1-8.