

# **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y COVID-19**

## **Seminario virtual de formación del CGPJ (PCH2026)**

Coordinador: Dimitry Berberoff

Ponente: César Tolosa

Relator: Oriol Mir

Dinamizadora: Sandra González de Lara

## **CONCLUSIONES DEL SEMINARIO**

Oriol Mir

30.11.2020

### **1. Distinción entre la responsabilidad patrimonial, las privaciones singulares de tipo expropiatorio y las ayudas públicas concedidas en situaciones de catástrofe**

En situaciones catastróficas o de emergencia sanitaria como la generada por la pandemia de la COVID-19, el papel que le corresponde a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos para indemnizar los gravísimos daños sufridos por la población es secundario, canalizándose la respuesta del Estado social fundamentalmente a través de ayudas basadas en el principio de solidaridad.

Tales ayudas son de libre configuración por el legislador y no están destinadas a indemnizar completamente, sino a paliar tales perjuicios, en la medida de las disponibilidades presupuestarias.

Resulta también necesario distinguir los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración de aquellos otros casos en que se adopten privaciones singulares de derechos patrimoniales de tipo expropiatorio, como las requisas, las ocupaciones temporales y las expropiaciones (de p. ej., respectivamente, respiradores, solares para la instalación de hospitales de campaña y mascarillas).

La indemnización de dichas privaciones singulares viene impuesta por la propia Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 1, 48 y 120).

### **2. Aplicación de las reglas generales de la responsabilidad durante un estado de alarma**

La declaración del estado de alarma no suspende la vigencia de las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Así se

desprende del art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando remite a «lo dispuesto en las leyes».

Este precepto se limita a remitir a la regulación general de la responsabilidad patrimonial contenida en la actualidad en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), sin establecer una regulación específica (más laxa, o más estricta) para el estado de alarma.

Ello no significa que las circunstancias fácticas excepcionales de una situación de emergencia no deban ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, en especial al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración, que puede diferir del exigible en situaciones de normalidad.

### **3. Responsabilidad por todo tipo de acciones y omisiones administrativas**

Como en situaciones de normalidad, la responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la COVID-19 puede derivar de actuaciones normativas, de la adopción de actos administrativos y de su actividad material, ya sea comisiva u omisiva, siempre que concurren los requisitos de dicha institución.

### **4. Fuerza mayor**

Pese a la indiscutible gravedad de la pandemia y los extraordinarios efectos sanitarios, económicos y sociales que ha tenido y sigue teniendo, no cabe invocar de forma genérica la existencia de fuerza mayor (arts. 106.2 CE y 32.1 LRJSP) para excluir *ab initio* toda responsabilidad patrimonial de la Administración en su gestión, sin examinar el caso concreto.

En sí mismo considerado, el contagio del virus de la COVID-19 no es un fenómeno imprevisible e inevitable, y la Administración dispone de amplios instrumentos para reducir su propagación y letalidad. Incluso en el caso de eventos calificables indudablemente como de fuerza mayor (terremotos, huracanes, inundaciones extraordinarias, etc.) puede surgir responsabilidad administrativa como consecuencia de una mala gestión previa o posterior a su acaecimiento.

La carga de la prueba de una posible fuerza mayor en el caso concreto corresponde a la Administración que la alegue.

### **5. La cláusula de progreso del art. 34.1 LRJSP**

Tampoco cabe invocar de forma genérica la llamada cláusula de progreso o de exclusión de los riesgos del desarrollo (art. 34.1, segundo inciso LRJSP, en cuya virtud «[n]o serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos») para denegar *a radice* la responsabilidad de la Administración, sin examinar el caso concreto.

Esta cláusula, surgida en materia de responsabilidad por productos defectuosos para excluir la indemnización de daños inherentes al desarrollo tecnológico

(daños que son materialización de riesgos desconocidos en el momento en que se lanzan nuevos productos), tendrá una aplicación limitada en materia de COVID-19.

Ello es así porque, a diferencia de lo que sucedió con el contagio transfusional del virus del SIDA y de la hepatitis C, la ciencia ha identificado con mucha celeridad (semanas antes de la primera declaración del estado de alarma) al virus que lo causa, sus vías de transmisión y medios eficaces y económicos de prevención del contagio (sobre todo distancia social, limpieza de manos y uso de mascarilla), desarrollando incluso test para su detección e indicando tratamientos que, pese a no asegurar en absoluto la curación de la enfermedad, reducen significativamente el riesgo de muerte o de sufrir secuelas graves (respiradores, tratamientos antivirales, etc.). El conocimiento científico de las vías de transmisión del virus y de su tratamiento médico ha seguido incrementándose desde entonces.

Es, por ello, muy difícil argumentar que un determinado contagio resultaba imprevisible o inevitable según el estado del conocimiento científico. En los casos en que sí pueda afirmarse (p. ej., contagios producidos antes de que las autoridades chinas identificaran el virus y sus vías de transmisión) ni siquiera se sabrá, normalmente, que la persona sufrió COVID-19.

En muchos casos, además, el daño invocado por las víctimas no habrá sido ocasionado de forma directa por el virus, sino por las medidas adoptadas por la Administración para prevenir su contagio (p. ej., confinamiento domiciliario, perimetral o temporal, suspensión de las actividades de hostelería y restauración, deportivas y culturales).

El hecho de que normalmente no pueda afirmarse que el daño acaecido fue imprevisible o inevitable según el estado más avanzado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica no significa, sin embargo, que exista un funcionamiento anormal de la Administración que pueda desencadenar su responsabilidad, como se dirá luego. La cláusula de progreso toma solo en consideración los conocimientos científicos-técnicos más avanzados a nivel mundial, sin reparar en aspectos que son determinantes de la existencia de funcionamiento anormal, como son el coste, la disponibilidad efectiva o la propia razonabilidad (por los efectos colaterales muy negativos que pueden llegar a tener) de las medidas de prevención del daño que podrían adoptarse a la vista de tales conocimientos.

Así, p. ej., no cabe afirmar la existencia de funcionamiento anormal en caso de que la Administración no practique test diarios de PCR a toda la población o no ordene su confinamiento domiciliario durante varios meses, por mucho que exista la certeza científica de que tales medidas reducirían drásticamente los contagios del virus.

## **6. La exigencia de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas**

No pudiéndose pues invocar genéricamente la fuerza mayor o la cláusula de progreso para excluir automáticamente la responsabilidad, hay que analizar la concurrencia de los requisitos de dicha institución a la luz del caso concreto y de las pruebas practicadas.

El primero de tales requisitos es la producción de un daño, que ha de ser efectivo (no meramente hipotético o potencial), evaluable económicamente (sin perjuicio de que se indemnicen también los daños morales, pese a no ser objeto de cuantificación económica perfecta, en virtud del principio de reparación integral) e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art. 32.2 LRJSP).

Este último subrequisito impide indemnizar las cargas generales, aquellas que sufre la generalidad de la ciudadanía, como podría ser el confinamiento domiciliario general de toda la población española decretado por el art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

## **7. La exigencia de daño antijurídico**

Los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP excluyen también la indemnización de los daños que los particulares tengan «el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Existe tal deber siempre que la Administración ejerce de forma ajustada a derecho las potestades que le confiere la ley, sea esta la potestad sancionadora, la potestad tributaria o, en el caso que nos ocupa, las incisivas potestades limitativas de derechos individuales que la ley le atribuye en defensa de la salud colectiva, y que puede adoptar incluso en ausencia de plena certidumbre científica, en virtud del principio de precaución consagrado en esta materia por el art. 3.d de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP).

Tales potestades son reconocidas de forma general por la referida ley (art. 54, excluyendo en el apartado 3 expresamente el resarcimiento de las personas que las sufran) y por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 26), y de forma específica por los decretos que han declarado el estado de alarma, e incluyen medidas como la antes apuntada suspensión de las actividades de hostelería y restauración, deportivas y culturales, suspensión basada en la evidencia científica existente sobre el gran riesgo de propagación del virus que dichas actividades representan, y que explica que dicha medida haya sido adoptada en muchos otros países similares al nuestro.

Por ello, los titulares de dichas actividades tienen el deber jurídico de soportar los sin duda elevados perjuicios que dicha suspensión les pueda ocasionar, constituyendo un riesgo inherente a su actividad empresarial y un límite consustancial a la libertad de empresa (art. 38 CE) y al derecho de propiedad (art. 33 CE) de que gozan.

Naturalmente, ello no impide que pueda surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de que las referidas medidas sean objeto de anulación judicial, cuando resulten p. ej. arbitrarias, desproporcionadas o discriminatorias.

Tampoco impide, por supuesto, la legítima aspiración de los sectores afectados de recibir ayudas públicas que eviten el cese definitivo de tales actividades.

## **8. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad**

Para que surja la responsabilidad de la Administración es necesario que la víctima acredite la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación administrativa. En muchos casos será difícil probar que un determinado contagio se ha producido como consecuencia de una acción u omisión administrativa (p. ej., cuando se alegue que dicho contagio tuvo lugar como consecuencia de la asistencia a un acto público no prohibido por la Administración). Dicha prueba puede resultar más sencilla cuando el contagio se haya producido durante una estancia prolongada en un establecimiento público (p. ej. un hospital o residencia geriátrica de titularidad pública).

La teoría de la pérdida de oportunidad puede ser también aplicable en algunos grupos de casos relacionados con la COVID-19, sobre todo en materia de asistencia sanitaria. Dicha teoría permite conceder una indemnización –inferior al daño sufrido– en aquellos casos en que no existe la plena certeza acerca de si la actuación administrativa omitida hubiera o no evitado el resultado lesivo, pero sí evidencias científicas sólidas de que dicha actuación hubiera propiciado una oportunidad seria de dicha evitación (una oportunidad seria de curación). En tales casos, la indemnización será proporcional a las probabilidades de evitación del resultado lesivo existentes (si dichas probabilidades eran p. ej. del 50%, habrá que reducir la indemnización a la mitad).

Esta teoría no excluye la práctica de prueba de la causalidad y no resulta de aplicación cuando exista la plena certeza acerca de la existencia o inexistencia de relación de causalidad. De probarse que la actividad administrativa omitida hubiera evitado el resultado con toda certeza procederá conceder (si concurren los demás requisitos de la responsabilidad) el 100% de la indemnización, mientras que si no se acredita la referida pérdida de oportunidad habrá que denegar la reclamación y no se otorgará indemnización alguna.

La teoría de la pérdida de oportunidad tampoco altera el requisito general del funcionamiento anormal que se examinará en el siguiente apartado. Ello significa, en materia sanitaria, que, aunque se acredite que la actuación administrativa omitida hubiera incrementado seriamente las probabilidades de curación, habrá que examinar también si dicha actuación omitida era exigible según la *lex artis ad hoc*. Si la adecuación a la *lex artis* exime de responsabilidad en casos en que existe la plena certeza de que la actuación omitida (no negligente) hubiera evitado el resultado lesivo, con mayor motivo debe eximirla cuando ni siquiera exista dicha certeza.

## **9. Funcionamiento anormal y vulneración de la *lex artis ad hoc*. El papel limitado del principio de precaución**

La jurisprudencia, como regla general, vincula la responsabilidad patrimonial de la Administración a su funcionamiento anormal, teniendo los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal carácter excepcional.

Ello es especialmente cierto en materia sanitaria, donde se exige que la actuación administrativa vulnere la *lex artis ad hoc* para que surja tal responsabilidad (STS [Sala 3ª] de 15 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1084], entre muchas otras).

La jurisprudencia también señala que la mera anulación de un acto administrativo no comporta automáticamente la responsabilidad, negándola cuando dicho acto sea fruto de una interpretación razonada y razonable, en virtud de la doctrina del margen de tolerancia (SSTS [Sala 3ª] de 5 de febrero de 1996 [ECLI:ES:TS:1996:661], 16 de febrero de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:455], 9 de diciembre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:5175] y 7 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3972], entre otras).

En materia sanitaria, la determinación de la *lex artis* vendrá dada a menudo por los protocolos médicos existentes. Cabe exigir a la Administración que acredite su cumplimiento en el caso concreto, sobre la base de la historia clínica que obra en su poder. De haberse incumplido los protocolos, la Administración deberá justificar que su cumplimiento era materialmente imposible a la vista de los medios disponibles y razonablemente exigibles en un contexto de emergencia y saturación de los centros sanitarios como el vivido durante el primer estado de alarma. Tales circunstancias fácticas excepcionales deberían tener un peso menor durante el segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, habida cuenta de la experiencia acumulada en los primeros meses de la pandemia y de la previsibilidad de la segunda ola de contagios del otoño de 2020.

En el caso sensible de los triajes en las unidades de cuidados intensivos cabe exigir también que la Administración acredite que tales triajes fueron inevitables y que se realizaron de acuerdo con los criterios médicos y bioéticos preestablecidos o comúnmente aceptados por los intensivistas.

En la valoración de un posible funcionamiento anormal por la falta de suficientes equipos de protección individual (EPI) del personal sanitario durante el primer estado de alarma debería tenerse en cuenta la STS (Sala 3ª) de 8 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3024), que ha declarado la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de dicha falta de equipos, aunque esta sentencia no prejuzgue posibles responsabilidades. También habría que considerar aspectos tales como el coste, la complejidad y el tiempo de fabricación de EPI, las normas y recomendaciones internacionales de almacenamiento de EPI en previsión de posibles pandemias, la relevancia de la protección del personal sanitario para la lucha eficaz contra una pandemia y el volumen del personal sanitario existente en España.

De todos modos, como se dirá más adelante, el orden jurisdiccional competente para conocer de posibles reclamaciones del personal sanitario por contagios producidos, en ejercicio de sus funciones, por falta de EPI, es el social.

La posible responsabilidad de la Administración sanitaria frente a pacientes aquejados de dolencias distintas de la COVID-19 como consecuencia de la reprogramación de sus tratamientos deberá también valorarse con arreglo al criterio de la *lex artis* y a las reglas que rigen la gestión de las listas de espera, considerándose las circunstancias fácticas excepcionales antes aludidas.

El principio de precaución, procedente del Derecho medioambiental internacional y europeo, y aplicable también en materia de salud pública (lo recoge el propio art. 3.d LGSP, como se ha señalado antes), no está concebido para endurecer la responsabilidad patrimonial de la Administración e incrementar el estándar de funcionamiento que le resulta exigible al prestar asistencia sanitaria.

Desde su surgimiento, la finalidad de este principio es la de justificar que la Administración adopte medidas restrictivas de derechos individuales incluso en ausencia de plena certidumbre científica, sirviendo por ello más bien para exonerarla de responsabilidad en caso de que tales medidas se acaben revelando innecesarias.

Para su adecuada comprensión sigue resultando de gran utilidad la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución (COM [2000] 1 final de 2.2.2000).

## **10. Culpa de la víctima**

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la culpa de la víctima (p. ej., por un mal uso de los EPI) puede excluir total o parcialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Aunque cuando se valore la asistencia médica dispensada a un paciente enfermo de COVID-19 resulta irrelevante cómo se produjo su contagio.

## **11. Hecho de tercero y responsabilidad concurrente de diversas Administraciones**

En caso de concurrencia de sujetos privados o de otras Administraciones en la producción del daño parece conveniente beneficiar al reclamante con la regla de la solidaridad cuando no resulte fácil determinar la cuota de responsabilidad mancomunada de cada uno de los sujetos implicados. Así lo establece el art. 33.2 LRJSP en el caso de concurrencia de distintas Administraciones públicas, concurrencia que puede verse incrementada por las alteraciones competenciales propiciadas por los decretos que han declarado el estado de alarma.

En los casos de responsabilidad concurrente real o pretendida por el recurrente (tanto si reclama ante una sola Administración, invocando la solidaridad, como si reclama en paralelo frente a más de una), es aconsejable que todas las Administraciones potencialmente responsables (y sus aseguradoras respectivas) participen y puedan defenderse en un solo proceso contencioso-administrativo, para evitar el riesgo de sentencias contradictorias y de duplicidades indemnizatorias.

A tal efecto, la STS (Sala 3ª) de 12 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4979) permite la acumulación de acciones en materia de responsabilidad patrimonial, estableciendo que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial y, teniendo ambas el mismo, al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía.

Es incluso conveniente que las otras Administraciones participen ya en el procedimiento administrativo previo de reclamación de responsabilidad, a través de una consulta como la introducida como novedad por el art. 33.4 LRJSP. Aunque este último apartado se refiera a los supuestos de actuación conjunta de

distintas Administraciones públicas, nada impide que dicha consulta se utilice también en las demás hipótesis de responsabilidad concurrente.

## **12. La competencia del orden social en el caso de las reclamaciones del personal sanitario y demás empleados públicos**

Como ha señalado el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:5150A), del art. 2.º de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social se deduce que es el orden social, y no ya el contencioso-administrativo, el competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad derivada de los daños sufridos por los empleados públicos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Esto afecta, en particular, a las reclamaciones antes aludidas que pueda presentar el personal sanitario por los contagios sufridos al desarrollar sus funciones sin contar con los EPI prescritos por la normativa de prevención de riesgos laborales, y puede extenderse a las reclamaciones de otros colectivos de empleados públicos, como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.