RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y COVID-19

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL*

Resumen

El presente trabajo analiza las cuestiones más relevantes que probablemente se plantearán ante los Tribunales en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños ocasionados al gestionar la crisis de la COVID-19. Tras poner de relieve las insuficiencias de la legislación vigente en esta materia, el artículo trata, en primer lugar, los casos de responsabilidad patrimonial en sentido estricto, en los que una Administración ocasionó accidentalmente un daño. En segundo lugar, se abordan los casos de daños eventualmente causados por el funcionamiento normal de los servicios públicos o medidas materialmente expropiatorias, en los que la Administración infligió deliberadamente un daño a una persona o grupo de personas por razones de interés público.

Palabras clave

Derecho de daños; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; expropiación; daños catastróficos.

Abstract

This article analyses whether and under which conditions the State ought to compensate for the losses caused when managing the COVID-19 crisis. It focuses, firstly, on instances where public authorities have accidentally caused the damage at issue either through actions or omissions. Secondly, it considers cases of State liability for lawful conduct, where public authorities deliberately have inflicted some damage on a person or a group of people for the sake of the public interest.

* Catedrático de Derecho administrativo. Universitat de València.

Keywords

Tort law; state liability; expropriation; emergency; compensation of losses; catastrophic losses.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una legislación deficiente. III. Una jurisprudencia confusa. IV. Casos de responsabilidad patrimonial en sentido estricto. 1. Existencia de fuerza mayor. 2. El carácter individualizado de los daños. 3. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? 4. Incertidumbres causales. V. Casos de daños materialmente expropiatorios. 1. ¿Responsabilidad por el funcionamiento normal o expropiación? 2. Jurisprudencia. 3. Racionalidad del criterio de la «peligrosidad» de la actividad objeto de la restricción. 4. Regulaciones de precios y otras intervenciones en las relaciones contractuales privadas. VI. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

COMO era de prever, el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños ocasionados por la gestión de la crisis de la COVID-19 va camino de convertirse en el tema estrella de la «litigación pospandemia» en el ámbito del Derecho público, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Todo apunta a que estos litigios se van a caracterizar, cuando menos, por los tres siguientes rasgos:

El primero es el de su carácter masivo. Miles de afectados (por ejemplo, empresarios de los sectores de la hostelería, ocio nocturno, gimnasios, etc.) han anunciado que van a presentar o han presentado ya reclamaciones de resarcimiento de los perjuicios sufridos por cantidades multimillonarias. Seguramente no ha habido en la historia del Derecho público español un suceso (o conjunto de sucesos interrelacionados) equiparable, que haya engendrado un volumen tan elevado de casos de responsabilidad patrimonial del Estado como el que previsiblemente este va a generar.

El segundo es que aquí habrá que resolver varias cuestiones de importancia nuclear relativas al régimen de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

El tercero es que, seguramente, vamos a tener abundantes elementos de comparación. Es probable que en otros muchos países llegue a los Tribunales un gran número casos sustancialmente similares, lo que nos permitirá contrastar las soluciones que a estos se les dan en diferentes ordenamientos jurídicos.

Creemos, por ello, que esta va a constituir una gran ocasión para revisar, repensar, actualizar y mejorar tanto la teoría como la regulación de esa responsabilidad patrimonial en el Derecho español, que actualmente dejan bastante que desear. En las páginas que siguen se apuntan las grandes cuestiones que presumiblemente van a suscitar dichos litigios, así como las soluciones que se les podrían dar.

II. UNA LEGISLACIÓN DEFICIENTE

El primer problema es, precisamente, que las disposiciones legislativas que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ora con carácter general ora referidas específicamente a las medidas adoptadas durante un estado de alarma o una epidemia, apenas proporcionan ayuda para despejar innumerables interrogantes. Plantean más dudas de las que resuelven.

En efecto, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (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». El artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), contempla la posibilidad de que las autoridades sanitarias adopten determinadas medidas y dispone que «los gastos derivados de la adopción de [estas] correrán a cargo de la persona o empresa responsable». Ambos preceptos plantean no pocos interrogantes, a saber: (i) ¿Cómo hay que interpretar las expresiones «actos que no les sean imputables» y «persona o empresa responsable»? ¿Qué ocurre si las medidas adoptadas son ilícitas? ¿Qué hay de la eventual responsabilidad de la Administración por no haber adoptado ciertas medidas de precaución?, etc.

Tampoco en la legislación general [Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público (LRJSP), y Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF)] vamos a encontrar respuestas claras a estas preguntas. Lo que aquí encontramos son conceptos sumamente indeterminados o incluso tautológicos (*v. gr.*, «deber jurídico de soportar un daño de acuerdo con la ley»), que dejan a los jueces un amplísimo margen de decisión.

III. UNA JURISPRUDENCIA CONFUSA

La deficiente regulación legislativa y la cuestionable doctrina que se ha ocupado de ella han propiciado que la jurisprudencia producida en esta materia resulte en tanto contradictoria. Frecuentemente, los fallos de las sentencias dictadas en este ámbito no son consistentes con los argumentos y razonamientos utilizados para motivarlas, lo que genera un elevado grado de confusión. Estas suelen proclamar, por ejemplo, que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones es objetiva, pero luego resuelven casi todos los casos sometidos a su consideración aplicando, de hecho y de tapadillo, una regla de responsabilidad por culpa.

Esta manera de proceder, que oscurece los criterios realmente utilizados por los Tribunales en sus decisiones, produce varios efectos perniciosos. En primer lugar, mina la función informativa, clarificadora y nomofiláctica de la jurisprudencia, que resulta especialmente necesaria en un ámbito como este donde la regulación legal es tan magra y deficiente. Al ocultar esos criterios, dificulta que los Tribunales –con el auxilio de los académicos y los profesionales del foro– los conozcan, los critiquen, los modulen, los modifiquen, los desarrollen y los perfec-

cionen. En segundo lugar, alimenta la litigiosidad, al dar la impresión de que nuestro sistema de responsabilidad es diferente y, en particular, mucho más «generoso» de lo que realmente es, lo que propicia que los ciudadanos formulen pretensiones cuyas probabilidades de éxito son demasiado escasas. En tercer lugar, da pie a que, en alguna ocasión más o menos aislada, algún juez «despistado» aplique realmente la regla que la jurisprudencia dice aplicar pero que en realidad casi nunca aplica, con el menoscabo que ello puede suponer para el principio de igualdad.

IV. CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN SENTIDO ESTRICTO

Es probable que a los Tribunales lleguen, en primer lugar, no pocos casos de «responsabilidad patrimonial en sentido estricto», de daños ocasionados de manera accidental, no deliberada, no con el objetivo de incrementar el bienestar social. Cabe pensar que aquí se van a plantear, cuando menos, las siguientes grandes cuestiones.

1. EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR

El artículo 32.1 LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos en los casos de fuerza mayor.

A los efectos de este artículo, por fuerza mayor podemos entender, con arreglo a una consolidada jurisprudencia, un suceso imprevisible o irresistible, provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación del agente en cuestión (1). Esta exclusión de responsabilidad se justificaría por la razón de que, en tales escenarios, puede considerarse que los daños no han sido causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por el evento constitutivo de fuerza mayor. Carece de sentido hacer responder a las Administraciones públicas por daños que estas no podían haber evitado.

A nuestro juicio, la aparición del COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor, en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar.

Sin embargo, no creemos que ello 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. El diferente impacto que esta pandemia ha tenido en países similares, en función de las distintas precauciones adoptadas por sus respectivas

(1) *Vid.*, entre otras muchas, la STS de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993).

autoridades, así lo indica. 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. La razón es sencilla. En la medida en que una Administración pudo impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y aquellos requerida para que surja la obligación de indemnizar.

Así lo indican varias Sentencias del Tribunal Supremo en las cuales se declara que las Administraciones demandadas no adoptaron ciertas medidas debidas de protección del personal a su servicio contra la COVID-19(2).

2. EL CARÁCTER INDIVIDUALIZADO DE LOS DAÑOS

El artículo 32.2 LRJSP dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser «individualizado con relación a una persona o grupo de personas». La justificación de este requisito salta a la vista. Resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la generalidad de los ciudadanos fuera resarcido por los poderes públicos, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no solo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración. «Compensar» a las víctimas empeoraría paradójicamente su situación. El dinero que les entraría por un bolsillo sería menos que el que les saldría por el otro.

El problema es cómo interpretar este requisito en la práctica. Es difícil encontrar perjuicios que todos los ciudadanos hayan padecido exactamente en la misma medida. Lo normal es que aquí existan diferencias entre estos. Sin embargo, y por las razones antes expuestas, tampoco parece razonable incurrir en los enormes costes –v. gr. de procedimiento– que implica aplicar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se trata de daños con un elevadísimo grado de generalidad, como seguramente es el caso de muchos de los causados con ocasión de la lucha contra la COVID-19.

Con todo, no creemos que aquí pueda excluirse *a priori* la posibilidad de que las Administraciones públicas hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los que los ciudadanos, con carácter general, han soportado como consecuencia de la gestión de la pandemia. Determinados daños personales –v. gr. la muerte de un pariente cercano– o patrimoniales pueden encajar perfectamente en el referido concepto legal.

(2) Vid. la STS (Cont.-Adm.) de 8 de octubre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3024) y las SSTs (Social) de 17 de febrero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:449) y 18 de febrero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:502).

3. ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR CULPA?

A pesar de que la mayoría de la doctrina española y prácticamente todos nuestros Tribunales vienen afirmando desde hace décadas que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, lo cierto es que, en la práctica, la jurisprudencia aplica *de facto* una regla de responsabilidad por culpa, con algunas contadas excepciones. Por lo general, las Administraciones solo responden cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible (3).

Para llegar a este resultado, la jurisprudencia española hace un uso masivo de manipulaciones, artificios y eufemismos argumentativos (4). Un truco muy socorrido consiste en introducir la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal: si el servicio público funcionó normalmente, si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se concluye que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento (5). Otras veces, simplemente se dice que el criterio de la objetividad ha de modularse en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer allí una excepción (6). La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste en recurrir a la «antijuridicidad del daño» para introducir a escondidas la responsabilidad por culpa: si el servicio público funcionó normalmente, si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el deber de soportar el daño sufrido, que, por ende, no sería antijurídico (7).

Esta última manipulación argumentativa viene propiciada por la circularidad del concepto de «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley» (art. 32.1 LRJSP). Decir que hay que resarcir aquellos daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar es una tautología (8). Para escapar del razonamiento circular que tal afirmación entraña se necesita otro criterio que permita determinar cuándo existe o no ese deber. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia han conseguido elaborar un criterio general satisfactorio. En contra de lo sostenido por algunos autores (9), la jurisprudencia ha desmentido una y otra vez la supuesta

(3) MIR PUIGPELAT, O., «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 629-652.

(4) LETELIER, R., «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, 2001, pp. 63-79; MEDINA ALCOZ, L. (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.

(5) STS de 19 de junio de 1998 (rec. 1985/1994).

(6) STS de 15 de marzo de 2018 (rec. 1016/2016).

(7) STS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 7931/2004).

(8) GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Herrador Guardia, M. J. (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 65-142; RUDA, A., «El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19», en *Derecho de los Desastres: COVID-19, tomo II: Estudios Internacionales*, PUCP, Lima, 2020, p. 1424.

(9) Esta suerte de reserva de ley explícita fue defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en antiguas ediciones de su *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid (por ejemplo, en la de 1993), cap. XXI, IV, 2. También por BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 365-366.

exigencia de que ese «deber de soportar» ha de haber sido establecido expresamente por la ley (9). En la práctica, el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de «cajón de sastre» completamente vacío, que los jueces suelen rellenar con la regla de la responsabilidad por culpa.

Pues bien, no hay razón alguna que permita pensar que los Tribunales vayan a apartarse de este criterio cuando resuelvan casos derivados de la COVID-19. Las eventuales excepciones serán probablemente las ya reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aquí destaca la de los daños ocasionados por las vacunaciones impuestas forzosamente o incluso «recomendadas» por las Administraciones públicas (10).

Un caso que puede suscitar alguna duda en este punto es el de si la Administración ha de indemnizar a sus empleados –v. gr. a su personal sanitario– por los daños que hayan sufrido en «actos de servicio». La STS de Tribunal Supremo de 8 de julio de 2020 (rec. 2519/2018) parece dar una respuesta positiva al afirmar la existencia de un «principio general de resarcimiento o indemnidad», según el cual, a los servidores públicos, «si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan» (11). En nuestra opinión, el Tribunal Supremo incurre aquí en un exceso dialéctico con el objeto de justificar que el régimen específicamente previsto para los policías nacionales resulta extensible a los autonómicos. Sin embargo, para este viaje no se necesitaban tales alforjas. Para justificar la extensión bastaba invocar la supletoriedad del Derecho estatal. De todos modos, no creemos que ese supuesto principio de indemnidad resulte aplicable en defecto de previsión legislativa específica ni, desde luego, cuando el legislador ya ha dispuesto un régimen jurídico para determinados daños sufridos por su personal en acto de servicio. No se aplicaría, por ejemplo, a los resultantes de riesgos laborales, que ya cuentan con una regulación especial.

4. INCERTIDUMBRES CAUSALES

Es probable que en no pocas ocasiones resulte difícil probar, con el grado de certeza normalmente requerido para que se declare la responsabilidad, que el daño en cuestión es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, es decir,

(10) Vid. la STS de 9 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6645). En la doctrina, GARRIDO CUENCA, N., «Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172; CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 71 ss.; Rebollo Puig, M., «Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 68-79..

(11) Afirma esta Sentencia que aquí «el principio general de resarcimiento o indemnidad es un principio inherente al sentido instrumental de toda Administración. En la medida en que quienes la sirven no actúan en interés propio sino en el público –en el de todos– si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Por eso, venga o no expresado en preceptos concretos, hay que recordar que el artículo 1729 del Código civil establece la obligación de que el mandante indemnice al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».

que no se hubiera producido si la Administración hubiera tomado las debidas medidas de precaución. Tomemos como ejemplo el caso de las muertes producidas por la COVID-19. Aquí podemos encontrar tres tipos de incertezas.

En primer lugar, muchas veces no se podrá saber si una persona murió infectada con el SARS-CoV-2. Repárese en que las cifras oficiales de fallecidos por este virus solo incluyen casos en los que se ha acreditado positivamente el contagio a través del correspondiente test, y no aquellos de los que en este punto existe una sospecha que no fue confirmada de tal manera. Nótese, también, que durante un tiempo no se realizaron estas pruebas a los fallecidos porque las autoridades consideraron preferible dar un uso más valioso a los escasos recursos a la sazón disponibles. Habida cuenta de ello y de que ha habido un notable «exceso de mortalidad» durante la pandemia, cabe razonablemente considerar que la mayor parte de este exceso ha sido causada, de manera directa o indirecta, por la COVID-19, aunque no siempre podremos saber con certeza qué individuos fallecidos durante la pandemia estaban infectados.

En segundo lugar, habrá casos donde tampoco sea posible saber si una persona infectada con el virus murió a causa del mismo o de otra causa concomitante.

En tercer lugar, muchas veces será difícil precisar si una persona que falleció como consecuencia de la COVID-19 hubiera sobrevivido si la Administración hubiera actuado con el cuidado exigible. Como mucho, en determinadas circunstancias, solo será posible hacer una estimación de la probabilidad de que el daño se hubiera evitado si el servicio público en cuestión hubiese funcionado correctamente.

Estos y otros problemas similares de incertidumbre causal podrían ser resueltos aplicando dos reglas a las que nuestros Tribunales recurren a veces en situaciones similares.

La primera es la de la «inversión de la carga de la prueba». Por lo común, el demandante, para obtener el resarcimiento de los daños sufridos, ha de probar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del demandado y estos (12). No obstante, tal carga puede invertirse cuando al demandado le resulta más fácil que al actor producir y traer al proceso pruebas que acrediten la inexistencia de tal relación (13). Esta regla propicia que dicha evidencia probatoria sea suministrada por la parte que puede llevar a cabo tal actividad de manera más eficiente, lo que contribuye a minimizar los costes del proceso, lo cual es un objetivo muy atendible (14).

Esta regla podría ser aplicada, por ejemplo, en aquellos casos donde no se puede saber con la certeza usualmente requerida si una persona fallecida estaba infectada con el SARS-CoV-2 porque la Administración, por la razón que sea, decidió no practicarle el test correspondiente. Parece obvio que la Administración tenía la posibilidad de probar este extremo con un coste menor que la víctima.

La segunda regla es la de la responsabilidad proporcional. Los Tribunales españoles resuelven normalmente los casos de incertidumbre causal mediante la regla del «todo o nada». O se responde, en cuyo caso hay que resarcir íntegramente todos los

(12) Vid. el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

(13) Vid. artículo 217.7 LEC, así como la STS (Sala Civil) de 23 de diciembre de 2002 (rec. 1761/1997).

(14) Vid. HAY, B. L. y SPIER, K. E. «Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective», *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 413-431.

daños causados a la víctima, o no se responde, en cuyo caso no hay nada que indemnizar. Y se responde cuando el grado de convicción del juez acerca de la existencia de la relación de causalidad supera un determinado umbral de evidencia o estándar de prueba, al que en el Derecho español suele aludirse con la expresión «certeza razonable» (15). No obstante, los Tribunales aplican a veces un criterio de responsabilidad proporcional, con arreglo al cual la compensación equivale a los daños sufridos por la víctima multiplicados por la probabilidad (es decir, el grado de convicción del juez acerca) de que el demandado haya causado el accidente. El ejemplo más relevante y frecuente de esta responsabilidad proporcional es la doctrina de la «pérdida de una oportunidad». Uno de los ámbitos donde típicamente se aplica esta doctrina es el de la asistencia sanitaria, cuando el anormal funcionamiento del servicio público privó al paciente de una oportunidad –es decir, redujo su probabilidad– de curarse o sobrevivir. Aquí, la indemnización debida equivale a los daños sufridos por la víctima multiplicados por la probabilidad de curación o supervivencia que esta hubiera tenido si el servicio público hubiera funcionado correctamente (16).

Si la probabilidad de haber causado el daño queda sistemáticamente por debajo del referido umbral de evidencia, la regla de la responsabilidad proporcional da a la Administración mejores incentivos para actuar diligentemente que la regla del «todo o nada» (17). Supongamos, por ejemplo, que esa probabilidad es siempre del 40 %, la Administración ha causado realmente el daño en el 40 % de las ocasiones y dicho umbral es del 50 %. En este escenario, conforme a esta última regla, la Administración nunca respondería, lo que seguramente minaría sus incentivos para tomar las debidas medidas de cuidado. Conforme a la primera regla, por el contrario, su responsabilidad esperada sería igual a los daños esperados ocasionados por su actividad, lo que la induciría a llevar un nivel adecuado de precaución.

Es posible que entre los casos relacionados con la crisis de la COVID-19 haya algunos similares a aquellos en los que nuestros Tribunales aplican típicamente una regla de responsabilidad proporcional. No es ni mucho menos descartable que ciertas autoridades administrativas, por acción u omisión, hayan privado a determinadas personas de una oportunidad de curación o supervivencia, que puede ser significativa y quedar sistemáticamente por debajo del estándar de «certeza razonable».

V. CASOS DE DAÑOS MATERIALMENTE EXPROPIATORIOS

El segundo gran tipo de casos que va a llegar a nuestros Tribunales es el de los infligidos deliberadamente por las Administraciones públicas por razones de interés

(15) Vid. MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ, J., «Causal Uncertainty and Proportional Liability in Spain», en Gilead, I., Green, M. D. y Koch, B. A. (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter, Berlin, 2013, pp. 297.

(16) MARTÍN-CASALS y JOSEP SOLÉ (2013, p. 309). Vid., también, MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007; *idem*, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2019.

(17) Vid., por todos, BEN-SHAHAR, O., «Causation and Foreseeability», en Faure, M. (ed.) *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 94.

público. Se trata de perjuicios que constituyen la consecuencia previsible y prácticamente inevitable de medidas administrativas adoptadas con el fin de proteger determinados intereses generales, señaladamente el de la salud pública. Cabe mencionar aquí: las requisas de material sanitario; la intervención de hospitales privados con el fin de atender pacientes de COVID-19; la imposición a determinados empresarios de la obligación de prestar servicios considerados esenciales; cierres de establecimientos en los que se desarrollan actividades comerciales, de hostelería, restauración, ocio, culturales, deportivas, recreativas, etc.

1. ¿RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O EXPROPIACIÓN?

Estos casos se pueden abordar desde dos perspectivas: la de la expropiación o la de la responsabilidad. Desde la primera, la gran cuestión es si las arriba mencionadas medidas tienen un carácter materialmente expropiatorio, en cuyo caso deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE) con arreglo a lo establecido en la legislación de expropiación forzosa, o, por el contrario, constituyen delimitaciones no indemnizables de los derechos afectados.

Desde la segunda, la cuestión es si en estos casos la Administración ha de responder patrimonialmente (de manera objetiva) por el funcionamiento normal de los servicios públicos. A nuestro juicio, la perspectiva correcta es la primera, pero lo cierto es que en la práctica estos casos suelen ser planteados por los reclamantes y resueltos por los Tribunales desde la segunda (18).

Sea como fuere, la cuestión suele plantearse desde las dos perspectivas en términos muy similares. En ambos casos, los argumentos en uno u otro sentido suelen girar en torno a si la medida en cuestión supone para determinadas personas un «sacrificio especial y desproporcionado», que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas y que aquellas no están obligadas a soportar.

2. JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia y la doctrina se han propuesto y utilizado varios criterios para distinguir entre las medidas expropiatorias y las regulaciones no indemnizables. Las primeras: (i) tendrían un carácter singular, mientras que las segundas tendrían un alcance general; (ii) revestirían una mayor intensidad (por ejemplo, afectarían al «contenido esencial» del derecho en cuestión); (iii) supondrían una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas; (iv) implicarían la privación de «derechos adquiridos», y no de simples expectativas; (v) conllevarían la adquisición del bien objeto de expropiación por un «beneficiario»; (vi) e incidirían sobre una situación lícita o beneficiosa desde el punto de vista de los valores sociales generalmente aceptados, a diferencia de las regulaciones no compensables, que afectarían a situaciones o actividades ilícitas o perjudiciales (19).

(18) *Vid.*, por ejemplo, la STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7.

(19) Sobre estos criterios, *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.

En la práctica, este último criterio ha sido el utilizado por los Tribunales para resolver casos similares a los planteados por las medidas de protección de la salud pública adoptadas para luchar contra la COVID-19(20).

Cabe mencionar a modo de ejemplo la doctrina sentada en el caso del aceite de orujo. El 3 de julio de 2001, el Ministerio de Sanidad y Consumo lanzó una alerta alimentaria por la cual se aconsejaba la inmovilización cautelar de este aceite, consejo que siguieron las autoridades autonómicas, lo que ocasionó enormes pérdidas económicas y reputacionales a las empresas productoras de este alimento. En 2007, el Tribunal Supremo declaró ilegal esta alerta, por considerar que el riesgo que la motivó no era inminente ni extraordinario, como exigía el legislador para dictarla (21). A pesar de ello, el Tribunal Supremo, en una nutrida serie de Sentencias posteriores, ha declarado que las autoridades autonómicas que observaron la recomendación no habían de resarcir los daños causados a las empresas por la inmovilización cautelar, pues estas tenían el deber jurídico de soportarlos. El Tribunal Supremo utiliza dos argumentos principales para llegar a esta conclusión. El primero es que los productores tienen el deber de comercializar «productos seguros». Y, en el caso enjuiciado, los análisis practicados revelaron que, en la mayoría de las ocasiones, la presencia en este aceite de cierta sustancia peligrosa rebasaba los niveles recomendados y posteriormente establecidos mediante una norma, presencia que las empresas hubieran podido reducir y prácticamente eliminar utilizando determinadas técnicas. El Tribunal, sin embargo, no llega a sostener que los productores cometieron una ilegalidad o una negligencia. El segundo argumento es que las autoridades administrativas actuaron diligentemente, al adoptar medidas de protección de la salud pública exigibles en virtud del principio de precaución (22).

Conforme a la llamada «doctrina del margen de tolerancia», la misma solución resultaría aplicable incluso en los casos en los que los Tribunales declarasen la ilegalidad de la medida administrativa que causó el daño. Para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta que la ilegalidad sea el fruto de una «flagrante desatención normativa» o, dicho con otras palabras, de una negligencia (23). También aquí se aplica, pues, una regla de responsabilidad por culpa (24).

(20) Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 65-99.

(21) STS de 27 de junio de 2007 (rec. 10820/2004).

(22) Vid., entre otras muchas, las SSTs de 14 de noviembre de 2007 (rec. 77/2004), 8 de junio de 2010 (rec. 3340/2008) y 16 de septiembre de 2011 (rec. 714/2007).

(23) Sobre esta jurisprudencia, en sentido favorable, si bien con matices, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 179-231. En contra, 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; BLANQUER CRIADO (2020, pp. 367-370 y 427-461); MEDINA ALCOZ, L., «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 69-91.

(24) Esta doctrina ha recibido un espaldarazo de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, por el que se estableció un estado de alarma. Véase, especialmente, el fundamento jurídico 11.c) de la Sentencia y lo que respecto de este se dice en el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

3. RACIONALIDAD DEL CRITERIO DE LA «PELIGROSIDAD» DE LA ACTIVIDAD OBJETO DE LA RESTRICCIÓN

Hacer responder o no a la Administración en los casos en los que tanto ella como la víctima han llevado el cuidado exigible conlleva ventajas y desventajas desde el punto de vista de los intereses legítimos implicados.

La responsabilidad, básicamente: (i) incrementa el coste esperado que para las autoridades administrativas tiene tomar medidas de protección de la salud pública y, por lo tanto, puede ejercer un efecto disuasorio sobre esta adopción; y (ii) «asegura económicamente» a las personas que realizan ciertas actividades frente al riesgo de sufrir determinadas restricciones, lo que estimula dicha realización.

La no responsabilidad: (i) reduce el coste esperado que para las autoridades administrativas implica tomar medidas de protección de la salud pública, por lo que encierra el riesgo de que aquellas se excedan al adoptarlas; y (ii) aumenta el coste esperado que para los particulares se deriva de llevar a cabo las actividades en cuestión, lo que puede disuadirles de realizarlas.

La cuestión, por consiguiente, es determinar en cada caso si el peligro de que la Administración no tome las debidas medidas de protección y se estimule la realización de las correspondientes actividades privadas es peor o no que el peligro de que la Administración cometa excesos y los particulares no lleven a cabo dichas actividades. Y aquí cabe pensar que la solución dependerá de manera decisiva del tipo de actividad privada que es objeto de restricción.

Pongamos que se trata de una actividad intolerablemente peligrosa, que genera serias externalidades negativas y cuyos costes para la sociedad exceden de sus beneficios, lo que motiva que la Administración limite su ejercicio. En este supuesto encargaría, por ejemplo, la apertura al público de establecimientos de hostelería y restauración cuando esta apertura genera un grave peligro de contagio⁽²⁵⁾. Nótese que tanto los titulares de estos locales como sus usuarios engendran importantes externalidades negativas, pues no soportan en su totalidad los considerables costes sociales derivados de los contagios que pueden ocasionar al mantener abiertos y usar tales establecimientos. Ello propicia que el volumen de su actividad sea excesivo desde el punto de vista del bienestar social. Recordemos que las autoridades administrativas han cerrado o limitado muy intensamente la actividad de estos y otros negocios en los momentos en los que la incidencia de la COVID-19 era muy elevada.

Parece claro que, en estos casos, los riesgos de la responsabilidad (el riesgo de que la Administración se inhiba en el ejercicio de su poder de adoptar tales medidas y de que los particulares realicen una actividad intolerablemente peligrosa) son superiores a los que entraña la no responsabilidad (el riesgo de que las autoridades administrativas impongan restricciones excesivas y de disuadir a los particulares de llevar esa actividad peligrosa). Así cabe entenderlo si tenemos en cuenta que: (i) la responsabilidad puede ejercer un potente efecto disuasorio sobre las autoridades administrativas, habida cuenta del elevado número de personas a las que habría que compensar y de la magnitud de las correspondientes indemnizaciones; (iii) los Tribunales pueden controlar y prevenir hasta cierto punto los excesos cometidos por la

(25) Según BLANQUER CRIADO (2020, p. 114), esta es una «medida general de ordenación de [actividades económicas] que no da lugar a indemnización a título de responsabilidad patrimonial».

Administración al tomar medidas restrictivas, lo que mitiga el riesgo de que se produzcan tales excesos; (iv) a la sociedad le interesa desincentivar que los particulares lleven a cabo la referida actividad, que es intolerablemente peligrosa para la salud pública; y (v) si se permite el desarrollo de esta actividad, resulta enormemente costoso para el Estado controlar y evitar que su volumen resulte excesivo; si dichos establecimientos permanecen abiertos sin restricciones, difícilmente pueden la Administración y los Tribunales prevenir que demasiada gente acuda a ellos y no adopten las debidas medidas de precaución; no hay policía suficiente para controlarlos a todos; los titulares de los establecimientos están mucho mejor situados a estos efectos; son los *cheapest cost avoider*, los que más eficientemente pueden prevenir los daños (26), por lo que, desde un punto de vista económico, es razonable que sean ellos los que soporten el riesgo de los cierres

Ello no quita que las autoridades competentes puedan establecer programas de ayudas que permitan mitigar al menos parcialmente los daños sufridos por los titulares de estos establecimientos, bien con el objeto de salvar aquellos que son económicamente viables bien con una finalidad asistencial. Estas ayudas tienen dos grandes ventajas sobre la responsabilidad patrimonial: los procedimientos que hay que observar para otorgarlas son menos costosos que los que hay que seguir para declarar dicha responsabilidad, y el dinero puede destinarse a las personas que más lo necesitan o que mayor rentabilidad social pueden extraer de él.

Supongamos, por el contrario, que la actividad objeto de restricción no engendra externalidades negativas (piénsese, por ejemplo, en el cierre de una gasolinera) ni es socialmente deseable, sino más bien lo contrario (piénsese en la importación de material sanitario o la prestación de servicios sanitarios) (27). Recordemos que durante la pandemia la Administración: (i) impuso a los titulares de ciertas estaciones de servicio la obligación de mantenerlas abiertas, a pesar de que su apertura no era rentable por falta de tráfico suficiente; (ii) requisó material sanitario; e (iii) intervino hospitales privados con el fin de atender eventualmente a pacientes de COVID-19.

Cabe pensar que, en estos casos, los costes esperados de la no responsabilidad (el riesgo de que la Administración restrinja en exceso dichas actividades y de que los particulares dejen de realizarlas) son superiores a los que entraña la responsabilidad (el riesgo de disuadir la adopción de tales medidas restrictivas y de incentivar la realización de las referidas actividades privadas). Así puede entenderse si tenemos en cuenta que aquí: (i) la responsabilidad no engendra un peligro muy elevado de que la Administración deje de tomar dichas medidas, pues la magnitud de las compensaciones no es muy elevada (desde luego, menor que la de las compensaciones que eventualmente tendría que pagar en el caso de los cierres de establecimientos de hostelería y análogos); y, sobre todo, (ii) a la sociedad le interesa incentivar estas actividades privadas, no desincentivarlas.

(26) En contra, *vid.* ARRUÑADA, B., «Quien cierra, que pague», *Voz Populi*, 28 de febrero de 2021.

(27) Según BLANQUER CRIADO (2020), los daños ocasionados por la imposición a ciertas gasolineras de la obligación de apertura son resarcibles a título de responsabilidad patrimonial (pp. 98 y 168). También son indemnizables los ocasionados por las requisas (pp. 58-73). En cambio, en el caso de la intervención de establecimientos sanitarios privados, estima que «solo hay derecho a percibir una indemnización si las pérdidas o la disminución de ingresos ha sido causada por la mala gestión administrativa mientras ha durado la intervención temporal de la empresa» (p. 77).

4. REGULACIONES DE PRECIOS Y OTRAS INTERVENCIONES EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES PRIVADAS

Un grupo de casos particularmente dudosos es el de aquellos en los que el legislador ha intervenido en ciertas relaciones jurídico privadas, por ejemplo, al modificar el contenido de las obligaciones asumidas por las partes en virtud de un contrato. Sirvan algunos ejemplos:

El Decreto-ley catalán 34/2020, de 20 de octubre, otorga a los arrendatarios de locales de negocio afectados por la restricción de actividades con ocasión de la COVID-19 la facultad de requerir a los arrendadores el inicio de negociaciones para modificar las condiciones de sus contratos de arrendamiento. En caso de que no lleguen a un acuerdo, esta norma impone una reducción de la renta que puede llegar hasta un 50%. En sentido similar, el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, reconoce a los arrendatarios de ciertos locales o industrias el derecho a obtener del arrendador durante un tiempo bien una reducción de la renta del 50% bien una moratoria de su pago, sin intereses.

Los Reales Decretos-leyes 37/2020, de 22 de diciembre, y 1/2021, de 19 de enero, otorgan a los jueces la facultad de suspender, bajo ciertas condiciones y durante el estado de alarma, el desahucio de personas que estén ocupando su vivienda habitual sin título habilitante. Ambas disposiciones reconocen el derecho de los propietarios a obtener, en determinadas circunstancias, una compensación económica por los perjuicios que les ocasione la suspensión.

En nuestra opinión, conviene distinguir entre dos tipos de casos. Cabe entender que no tienen carácter expropiatorio aquellas disposiciones (como las arriba citadas del Decreto-ley catalán 34/2020 y del Real Decreto-ley 35/2020) que tratan de establecer, con mayor o menor acierto, una regulación general equivalente o sustitutoria de la que las partes hubieran pactado ora inicialmente, de haber previsto *ex ante* la crisis de la COVID-19, ora posteriormente, tras renegociar *ex post* sus contratos a la vista de la pandemia (28). Es dudoso que aquí pueda hablarse siquiera de «privación patrimonial», pues el legislador trata simplemente de reflejar con carácter general la solución que las partes o incluso los jueces hubiesen establecido caso por caso en aplicación del Derecho vigente (en virtud, sobre todo, de la cláusula *rebus sic stantibus*). Es más, como bien advierte Blanquer Criado, estas disposiciones generales, en la medida en que reducen la discrecionalidad que los jueces tienen para decidir caso por caso, pueden llegar a tener un efecto beneficioso para las personas a las que aparentemente perjudican, al evitarles sentencias con un contenido todavía más desfavorable que el que resulta de tales normas (29).

En cambio, creemos que el Estado debe responder cuando la restricción o privación impuesta a una persona en beneficio de otra tiene por objeto una actividad socialmente deseable y, además, no hubiera sido establecida voluntariamente por ambas partes, ni *ex ante* ni *ex post*. Cabe razonablemente pensar que el propietario que ha conseguido una sentencia firme con el objeto de desahuciar a una persona que la está ocupando ilegalmente no aceptaría, ni *ex ante* ni *ex post*, que se suspendiera el desahucio durante varios meses y sin compensación. Nada ganaría con ello. No es razonable entender que esa suspensión sería la solución que ambas partes acordarían si se les dejara negociar libremente.

(28) Sobre el tema, *vid.* BLANQUER CRIADO (2020, pp. 127-140).

(29) BLANQUER CRIADO (2020, p. 140).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARRUÑADA, B., «Quien cierra, que pague», *Voz Populi*, 28 de febrero de 2021.
- BEN-SHAHAR, O., «Causation and Foreseeability», en Faure, M. (ed.) *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 83-108.
- BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 65-99.
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 179-231.
- «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, núm. 2/2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 221-237.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José Herrador Guardia (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 65-142.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, t. II.
- GARRIDO CUENCA, N., «Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172.
- HAY, B. L. y SPIER, K. E. «Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective», *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 413-431.
- LETELIER, R., «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, 2001, pp. 63-79.
- MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ, J., «Causal Uncertainty and Proportional Liability in Spain», en Gilead, I., Green, M. D., y Koch, B. A. (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter, Berlín, 2013, pp. 295-321.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 153-181.
- *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

- MIR PUIGPELAT, O., «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 629-652.
- RAMOS GONZÁLEZ, S., «State liability for Personal Injuries Caused by the COVID-19 Disease under Spanish Law», Hondius, E. *et alii* (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2020.
- REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 68-79.
- RUDA, A., «El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19», en *Derecho de los Desastres: COVID-19, tomo II: Estudios Internacionales*, PUCP, Lima, 2020, pp. 1407-1430.