

EL INCIERTO DESTINO DE LAS RECLAMACIONES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS A LA SALUD DERIVADOS DEL COVID-19

(PRECEDENTES. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL)*

María Zaballos Zurilla

Contratada Predoctoral FPU

Universidad de Castilla- La Mancha

<https://orcid.org/0000-0002-9781-5171>

Resumen: La crisis sanitaria desencadenada por el Covid-19 está provocando la interposición de numerosas reclamaciones contra la Administración por daños derivados de la adopción de diferentes medidas (o la ausencia de ellas) para hacerle frente. A fin de avanzar las posibles respuestas que darán nuestros tribunales a las mismas, el estudio examina varias sentencias, que tratan reclamaciones de daños sufridos en casos relacionados con enfermedades contagiosas como el Ébola y la Gripe A. También analiza jurisprudencia sobre responsabilidad por daños padecidos por empleados públicos en el desarrollo de sus funciones, debido a que muchas de las reclamaciones serán interpuestas por el personal sanitario, que en no pocas ocasiones ha desarrollado su labor en condiciones de total desprotección. El trabajo concluye con el estudio del precedente de la huelga de controladores aéreos por haber sido considerado como un supuesto de fuerza mayor, a efectos de exonerar de responsabilidad a la Administración, que, sin duda, se utilizará también por ésta en el caso del Covid-19.

* Trabajo realizado bajo la tutela del profesor Ángel Carrasco Perera en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

Palabras clave: Covid-19; Ébola, gripe A; responsabilidad patrimonial de la Administración; daños sufridos por empleados públicos; riesgos de desarrollo; pérdida de oportunidad; fuerza mayor.

Abstract: The health crisis triggered by Covid-19 is causing the filing of numerous claims against the Administration for damages derived from the adoption of different measures (or the absence of them) to address it. In order to advance the possible answers that our courts will give to them, the study examines several judgments that deal with claims for damages suffered in cases related to contagious diseases such as Ebola and Flu A. It also analyzes jurisprudence on liability for damages suffered by public employees in the development of their functions, because many of the claims will be filed by personnel working in the public health system, who on more than a few occasions have carried out their work in completely unprotected conditions. The work concludes with the study of the precedent of the air traffic controllers' strike because it was considered as an event of force majeure, in order to exonerate the Administration from responsibility, which, without a doubt, will also be used by it in the case of Covid -19.

Key words: Covid-19; Ebola, Flu A; patrimonial responsibility of the Administration; damages suffered by public employees; development risks; loss of opportunity; force majeure.

1. Introducción

En cuanto se dejaron ver las consecuencias del Covid-19, o mejor dicho, de las medidas adoptadas para ponerle freno (o la ausencia o deficiencia de las mismas), la doctrina rápidamente vaticinó el aluvión de reclamaciones que se iban a plantear en el ámbito de la asistencia sanitaria por parte de los particulares afectados. Me refiero a asistencia sanitaria entendida en sentido amplio, incluyendo la dejación de funciones por "abandono" de ancianos en residencias de mayores¹; el retraso de operaciones o pruebas programadas, algunas de vital importancia, no relacionadas con el Covid-19, pero que el colapso hospitalario causado por la pandemia impidió realizar; la falta de pruebas PCR, o test serológicos, para detectar precozmente la enfermedad y evitar contagios, adoptando las oportunas medidas preventivas...etc, etc. Todo ello sin olvidar las reclamaciones que ya se están llevando a cabo por parte del propio personal sanitario, debido a la falta de medios, principalmente, de equipos de protección (los tan nombrados EPI).

Tampoco es cuestión menor la relativa a las reclamaciones por daños derivados de la adopción de medidas de carácter expropiatorio, como, por ejemplo, la clausura de bares, restaurantes, espectáculos, discotecas y locales de ocio en general, o las limitaciones de horarios de apertura y cierre, así como de aforo, llevadas a cabo con fin de poner freno a la pandemia. En este ámbito las reclamaciones ante los tribunales serán también frecuentes, no tanto por la

¹ Sobre este asunto resulta de gran interés el trabajo de GONZÁLEZ CARRASCO. M.C, "Contagios masivos y fallecimientos por Covid en residencias de mayores: ¿quién responde?-", Publicaciones Jurídicas CESCO,2020.http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Contagios_masivos_y_fallecimientos_por_Covid_en_residencias_de_mayores.pdf [Última vez accedido: 06-09-2020].

medida en sí, plenamente justificada para evitar la propagación del virus, como por la imposibilidad de cumplimiento de infinidad de contratos derivada de estas (pensemos en la multitud de locales de negocio alquilados que ante la falta de ingresos no podrán hacer frente al alquiler). La imposibilidad no se debe al riesgo del virus sino a las medidas adoptadas para prevenirlo. Es esta sin duda alguna, cuestión relevante, que sin embargo, no ocupará las páginas siguientes.

En el presente trabajo me centraré en precedentes judiciales de índole especialmente sanitaria, cuyo análisis puede dar pistas sobre la deriva que pueden tomar las demandas, que ya están comenzando a proliferar como consecuencia de la pandemia que sufrimos desde hace meses. Para ello analizaré en primer lugar sentencias recaídas en relación con enfermedades infecciosas (Ébola y gripe-A). En segundo lugar, sentencias relativas a daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones (personal sanitario y guardia civil). Finalmente, resoluciones recaídas por daños derivados de la declaración del primer estado de alarma en nuestra democracia (el caso de la famosa huelga de los controladores aéreos, que conllevó al cierre del espacio aéreo español), que eximieron de responsabilidad a la Administración con base en la concurrencia de fuerza mayor. Se traen a colación estas sentencias a los efectos de determinar si el Covid-19 puede considerarse como tal.

2. Jurisprudencia en relación con enfermedades infecciosas

2.1. El precedente del Ébola

España fue el primer país en registrar un contagio del Ébola, persona a persona, fuera de África, y el primer caso de esta enfermedad identificado en Europa. A fin de tratar de arrojar un poco de luz sobre la cuestión que nos ocupa analizaré dos supuestos muy conocidos, relacionados con esta enfermedad, que llegaron a los tribunales.

En primer lugar, la reclamación interpuesta contra la Administración por una auxiliar de enfermería del Hospital Carlos III de Madrid, que contrajo el virus, sobreviviendo a él. La demandante solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios causados por el sacrificio de su perro, ordenado por la autoridad competente con base en el potencial riesgo de propagación de la enfermedad por parte del animal.

En segundo lugar, la demanda interpuesta por la peluquera que prestó sus servicios la auxiliar, ya enferma, y se vio obligada a la clausura de su local durante un tiempo como medida de protección de otros potenciales clientes.

La STSJ de Madrid de 6 de abril de 2017 (JUR 2017, 150694) resolvió el recurso sobre la denegación de indemnización de daños por el sacrificio del perro. La demandante solicitó una indemnización de 150.000 euros por daños morales derivados del sufrimiento padecido por el sacrificio de su perro "Pirata". Fundamentó su pretensión en la vulneración de los artículos 24 y 33 de la Constitución Española, y los artículos 3, 4, 17 y 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, argumentando que se procedió al sacrificio del perro de manera

arbitraria y desproporcionada puesto que la decisión no se basó en ninguna evidencia científica, ya que no se accedió previamente al historial clínico del animal, ni se llevó a cabo ningún tipo de diagnóstico previo, ni se tomaron muestras, ni se realizaron pruebas médicas. La vulneración del artículo 24 de la Constitución Española se fundó en la falta de notificación a la dueña del perro, del Auto 365/2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Madrid, mediante el que se autorizó la entrada en su domicilio para retirar al perro y sacrificarle. Consideró, asimismo, que el daño sufrido reunía todas las condiciones necesarias para ser indemnizable.

La pretensión fue desestimada, denegándose el derecho a la indemnización debido, según el Tribunal, a la poca información disponible en el momento y a los estudios que consideraban a los canes como potenciales transmisores del virus EVE. Procedía, por tanto, su sacrificio en aras a la imperiosa necesidad de proteger la salud pública.

¿Cuál fue la fundamentación jurídica utilizada por el Tribunal? Las disposiciones legales aplicadas son los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; artículos 3 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; artículo 26 de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; artículos 8.1.b) y 20 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal ; y el artículo 9.3 de la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos de la Comunidad de Madrid.

Establece la sentencia que "...La interpretación sistemática de los preceptos citados permite concluir que, en los supuesto de grave e inminente riesgo de transmisión de enfermedades de alta difusión y difícil control, las Administraciones Públicas competentes tienen amplias facultades discrecionales dirigidas a la prevención y protección de la salud pública y del medio ambiente que, entre otras medidas, legitiman el sacrificio cautelar de animales domésticos de forma rápida e indolora para los mismos y de acuerdo con los principios de pertinencia y de precaución, ya comentados".

El desconocimiento de la evolución del virus y los estudios que colocaban a los perros como posible foco de contagio, unido a la necesidad de proteger el bien superior de la salud pública fueron, por tanto, determinantes de la resolución adoptada por el TSJ de Madrid.

La STSJ de Madrid de 10 de enero de 2019 (JUR 2019, 117346) resolvió el recurso denegatorio de indemnización de daños y perjuicios solicitada a la Comunidad de Madrid, interpuesto por la peluquera que atendió la persona infectada. Solicitó aquella una indemnización de 14.909,50 euros por los perjuicios económicos causados por el cierre y la desinfección del negocio de peluquería y estética del que era titular. Tuvo además que ser ingresada preventivamente a causa del contacto personal con la auxiliar de enfermería afectada, al haberla atendido en su establecimiento.

La Comunidad de Madrid adujo en su defensa que no concurrieron los requisitos legalmente exigidos para apreciar la responsabilidad patrimonial

demandada. También que la Administración actuó debidamente, conforme a los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en aquellos momentos, (recordemos, primer contagio del virus Ébola en Europa), y siempre en aras de primar la protección de la salud de los ciudadanos.

La STSJ de Madrid desestimó el recurso por entender también que las determinaciones adoptadas en la gestión de la crisis del Ébola se fundamentaron en las indicaciones establecidas en los protocolos aplicables que, tal como señala la recurrente, se fueron modificando sucesivamente, cuestión que es claramente apreciable con una mera lectura de la ingente documentación incorporada en el expediente administrativo. Sin embargo, esto no significa, como alega aquella, que la Administración fue improvisando día a día, incurriendo así en una toma de decisiones deficiente, que permitió el contagio de la auxiliar de enfermería y su libre deambulacion posterior.

Concluye finalmente el Tribunal que se trata de una situación objetiva subsumible en el estado de los conocimientos de la ciencia, cláusula prevista en el art. 34.1 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, ya que sólo cabe exigir a la Administración que actúe diligentemente conforme al grado de entendimiento de la enfermedad disponible en cada momento, lo que, evidentemente, viene condicionado por el seguimiento de su evolución. No es posible determinar que no actuó correctamente basándose en un devenir de los acontecimientos que sólo fue conocido a posteriori pues, a lo que viene obligada, precisamente, es a modificar las pautas de los protocolos, en su caso, en función de tal evolución, para proteger la salud pública y evitar la propagación del virus, como así se hizo en el caso de autos. De hecho, el protocolo estaba en revisión permanente en función de la evolución y nueva información disponible de dicha epidemia. Con base en estos argumentos se desestimó la pretensión de la recurrente.

De forma preliminar se pueden extraer las siguientes conclusiones de lo hasta hora expuesto:

1. Que caso de tener que efectuarse una ponderación de derechos, sin olvidar la importancia de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la balanza se inclinará normalmente hacia el derecho colectivo de la salud pública.
2. La Administración se escudará en la cláusula de riesgos de progreso para justificar sus actuaciones y, además, como muestra este precedente, de forma efectiva. Primero, por la imposibilidad de saberse con carácter previo el devenir de acontecimientos y gravedad de la situación en el caso del Covid-19. Segundo, porque además la clausura de establecimiento es una actuación amparada por la Ley General de Sanidad y Salud Pública, por lo que las reclamaciones por daños de carácter expropiatorio difícilmente llegarán a buen puerto.

2.2. La gripe A

Viendo la posición adoptada por el TSJ de Madrid en relación con el Ébola, la primera toma de contacto no resulta muy alentadora para aquellos que han planteado o plantearán contra la Administración demandas de indemnización por los daños derivados del Covid-19, pero no tiremos la toalla tan rápido.

STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 40988). En este supuesto la demanda se interpuso en su momento por el esposo de la fallecida por Gripe A (una mujer de 19 años, embarazada), que acudió en tres ocasiones al hospital Gregorio Marañón y otra más al hospital de Fuenlabrada. Finalmente, fue ingresada el 15 de junio de 2009 en el primero de ellos, directamente en la UCI, donde en los días posteriores a su ingreso, sigue empeorando progresivamente desde el punto de vista respiratorio y hemodinámica, con imposibilidad de ventilación, hipoxemia severa, barotrauma, acidosis mixta severa y shock refractario, presentando nuevo episodio de PCR (parada cardiorrespiratoria en asistolia) no recuperada. Falleciendo a las 1:20h del día 30 de junio de 2009.

Este caso me resulta particularmente interesante porque se muestran en él varios planteamientos, que, por un lado, reiteran la postura de defensa de la Administración amparándose en la cláusula del art. 34. 1, relativo al estado de la ciencia y de la técnica en el momento de la causación del daño. Por otro, porque muestra uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia de forma habitual en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, cuya aplicación creo que será frecuente a la hora de resolver reclamaciones por daños derivados del Covid-19: la teoría de la pérdida de oportunidad.

Esta teoría se aplica con carácter general en casos en que existe una dejación de funciones por parte de la Administración o un retraso en su actuación. La aplicación de esta doctrina se admite en nuestros tribunales como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, y la han aplicado a la culpa del profesional, cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

En el supuesto que estamos estudiando, considera el TSJ que a pesar de que en los informes presentados queda acreditado que ha existido una atención deficiente (falta de realización de pruebas) y un retraso en el diagnóstico, la Administración se escuda de nuevo en la doctrina de los riesgos de desarrollo (art. 34.1 LRJSP). Entiende por ello que hay que atender al informe de la Inspección Médica en el que se analiza con detalle la asistencia prestada a la esposa del recurrente, siendo indispensable conocer el estado de la ciencia en cuanto al conocimiento de la enfermedad en el momento de los hechos que dan lugar al procedimiento. Consideró la Inspección en su informe que si bien era la tercera vez que la paciente acudía a urgencias, el 15 de junio de 2009 fue dada de alta sin intentar realizar pruebas diagnósticas que explicaran el bajo nivel de saturación de oxígeno objetivado. La relevancia de esas pocas horas desde el alta hasta que acude de nuevo la paciente al hospital, en la evolución que presentó la misma, no se pudo demostrar a la

vista de experiencia y conocimientos sobre la Gripe A en el mundo en la época de los hechos. Tampoco se ha podido demostrar que se hubiera podido evitar el fatal desenlace aunque no se le hubiera dado de alta en ese momento, dada la rápida y agresiva progresión que presentó la enfermedad en esta paciente y la no respuesta a las medidas terapéuticas instauradas. Cuando la paciente acudió las distintas ocasiones a urgencias parece que no se sospechó que pudiera haber sido infectada por dicho virus, por lo tanto, no se solicitaron pruebas diagnósticas, ni se pautó tratamiento con antivirales, probablemente porque no podía ser considerada caso, al no presentar criterios epidemiológicos necesarios para cumplir la definición de caso en cualquiera de sus clasificaciones. Según la normativa y protocolos que presumiblemente se siguieron en ese momento, 9 de junio de 2009, parece que fue tratada de forma médicamente correcta al ocurrir los hechos en un momento de transición, recién elevado a 6 el nivel de alerta por la OMS.

El diagnóstico de infección por virus de Gripe A se supo el día 19 de junio de 2009, ya ingresada la paciente en UCI, al conocer el resultado positivo de la PCR para el virus AH1N1, solicitado el día 17 de los mismos, instaurándose tratamiento con Tamiflu ese mismo día.

Finalmente, con base en lo que establece el Informe de la Inspección estima el Tribunal que si bien no puede considerarse que existiera como pretende el marido recurrente, retraso alguno o tratamiento inadecuado durante la asistencia prestada los días 11, 13, 14 y 15 de Junio de 2009 a su esposa, conforme los protocolos vigentes y aplicables en esos momentos en relación con el conocimiento, tratamiento y experiencia con casos de posible sospecha de padecimiento de Gripe A, sí estima que existió pérdida de oportunidad pues la situación de oxígeno por debajo de la normalidad parecía indicar insuficiencia respiratoria de la paciente, aunque la AP era normal. Parece razonable que ante dicha discordancia que aparece, como expresa el informe de Inspección Médica, en las neumonías atípicas, se hubiera efectuado un estudio para la averiguación de causas, y conforme a él, evaluar la pertinencia del alta, realizándose para una ello una radiografía de tórax, que hubiera objetivado las alteraciones radiológicas compatibles con neumonía que posteriormente se evidenció. Por todo ello, con base en esa pérdida de oportunidad, que, sin duda, condujo al fatal desenlace, concedió una indemnización de 18.000 euros.

La STSJ de Castilla y León de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 300423) en otro supuesto similar (si bien en este caso no fallece la enferma de Gripe A) llega a la misma conclusión, determinando que procede también la indemnización por pérdida de oportunidad por no haberse administrado con más prontitud el antibiótico más sensible conforme al antibiograma. En este caso la cuantía de indemnización se eleva 200.000 euros por las importantes secuelas sufridas por la reclamante.

Finalmente, la STSJ de Extremadura de 30 de abril de 2019 (JUR 2019, 150371), desestimando el recurso interpuesto por la Compañía de seguros Mapfre, confirma la condena impuesta en la instancia anterior. En ella se

indemniza a los padres de la niña fallecida con 100.000 euros pues estima el tribunal que ha existido pérdida de oportunidad. Si el diagnóstico hubiera sido más temprano y se hubiese puesto el tratamiento médico correcto, se hubiera podido evitar el fatal desenlace.

Los casos expuestos dan un halo de esperanza a quienes efectúan este tipo de reclamaciones pues, si bien no se reconoce la existencia directa de una mala praxis por parte de la Administración sanitaria, sí se reconoce el derecho a la indemnización, aunque sea de forma parcial, al apreciarse la existencia de una pérdida de oportunidad. No me cabe duda de que ésta va a ser una de las formas en que los tribunales van a responder frente a las innumerables reclamaciones a las que tendrán que hacer frente por el Covid-19. Así sucederá en los innumerables casos de retraso en el diagnóstico del virus, e incluso, de fallecimientos sin diagnosticar cuando la autopsia revela la existencia del mismo. También en los supuestos de personas, que no habiéndose visto afectadas por él han sufrido daños importantes para su salud, por el retraso o suspensión de pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas programadas, que de haberse realizado a tiempo hubieran evitado daños en ocasiones irreversibles.

Otra cuestión que llama la atención comparando las tres sentencias mencionadas es la disparidad en la cuantía indemnizatoria. En el primero fallece una mujer embarazada y la indemnización es de 18.000, en el tercero una niña y se indemniza con 100.000. En el segundo, la gravedad de las secuelas, la eleva a 200.000. La diferencia de cuantía en las indemnizaciones resulta notable lo que supone una gran inseguridad jurídica para los reclamantes.

Cuestión distinta es aquellos casos en que el contagiado sea un profesional de la salud como examinaré en el próximo apartado.

3. Jurisprudencia en relación daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones (personal sanitario y guardia civil)

El personal sanitario en su labor frente al Covid-19 se ha visto cara a cara con la enfermedad, trabajando en muchos casos en situaciones precarias por la falta de equipos de protección. Por este motivo, numerosos médicos, enfermeras, y auxiliares han puesto en peligro su vida como muestran los elevados números de contagios de personal sanitario, que en no pocas ocasiones ha desencadenado la muerte del contagiado. Por este motivo, este apartado del trabajo estudia la jurisprudencia existente en relación con el contagio de personal sanitario bien, por la manipulación de sustancias peligrosas, o bien, por el tratamiento de pacientes afectados de enfermedades contagiosas. También se analiza un caso en relación con los daños sufridos por un guardia civil una clase de manipulación de explosivos para observar la postura de nuestros tribunales en atención a los daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

La STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2013 (JUR 2013, 317579) reconoce el derecho a la indemnización de la viuda del fallecido, auxiliar de laboratorio de la Consellería con competencias en materia sanitaria en Lugo durante dos décadas.

En el desempeño de su trabajo inhaló sustancias cancerígenas y, además, trabajó habitualmente con tubos de ensayo, que con frecuencia estaban contaminados y con riesgo de rotura por tratarse de un proceso manual, sin medidas de seguridad.

¿Qué criterio utiliza la sala para resolver esta reclamación?. El criterio del círculo de riesgo asumido². Entiende la Sala que el riesgo asumido que debe aceptarse sin responsabilidad extraestatutaria es el inherente a las funciones del empleado público siempre que se desarrollen en las condiciones jurídicamente exigibles de seguridad. Desde el momento que se tolera una situación de relajo de las condiciones de seguridad, durante largo tiempo y con potencialidad letal, el empleador debe asumir a título propio las responsabilidades patrimoniales derivadas de un deficiente funcionamiento pues el círculo de riesgos asumidos por el empleado público es el delimitado por el contenido de sus obligaciones, pero sin extenderse a los riesgos o complicaciones que se vinculan a las deficiencias en medios o condiciones de seguridad omitidas por el empleador. Ni el trabajador debe soportar riesgos de origen ilícito, ni el empresario puede obtener el beneficio de la impunidad sobre la base del incumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene de los trabajadores. Además, puntualiza que en el caso analizado no nos encontramos con un bombero que con ocasión del servicio sufra daños personales en un incendio, ni con un cirujano que se contagia con ocasión de una intervención quirúrgica de objetivo riesgo infeccioso. Se trata de un auxiliar de laboratorio de la Consellería de Sanidade, que como consecuencia de la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, estuvo expuesto a la manipulación de productos perjudiciales para la salud y objetivamente peligrosos³.

Es decir, una cosa es que desarrolle un trabajo que por sus obligaciones pueda generar un riesgo mayor o menor para el funcionario que lo desempeña, y otra que se permita que desarrolle el mismo, totalmente desamparado sin estar dotado de los mecanismos de protección adecuados. Y ésta, ha sido tristemente la situación en la que se han visto innumerables médicos y enfermeras en la primera línea de batalla frente al Covid-19. Por lo tanto, entiendo que esta teoría va a ser aplicada por los tribunales en las reclamaciones presentadas por personal sanitario que se han visto desarrollando su actividad laboral en una situación de desamparo absoluto.

El siguiente supuesto de análisis en relación con personal sanitario es el resuelto por la STS de 10 de abril de 2012 (RJ 2012, 5700). En ella, el reclamante ATS, solicita indemnización por considerar que existe responsabilidad patrimonial de la Administración pues durante el desarrollo de su trabajo, por el movimiento brusco de la paciente a que asistía, que era portadora del virus hepatitis C y VIH, se contagió al pincharse con una aguja.

En este caso, al contrario que en el anterior, el tribunal desestima la pretensión. Desde mi punto de vista, la Sala efectúa una combinación de los criterios expuestos hasta el momento. Primero, estudia la normalidad o anormalidad en la

² Mediante este criterio se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada.

³ Vid. En el mismo sentido la STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5852).

prestación del servicio. Entiende el Tribunal sobre esta cuestión que “no existió un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria por lo que se refiere a la prestación a sus empleados públicos de los protocolos de prevención y cuidado de accidentes biológicos”. Después, se refiere al criterio del riesgo en el desarrollo de la profesión, en este caso, la enfermería. Así, razona la sala que “al encontrarnos ante un riesgo connatural al desempeño del servicio como enfermero del SAMU, debe asumir los posibles daños que se le causen por ser los mismos consecuencia de su incorporación voluntaria al servicio público. Por tanto, no hay en el presente caso conducta reprochable del perjudicado que interfiera el nexo causal sino que el daño no es antijurídico”. Por tanto, siempre que el funcionamiento del servicio se desarrolle en condiciones de normalidad y se trate de riesgos naturales, comunes inherentes a la profesión desarrollada, no va a existir derecho a la indemnización ya que el daño no será considerado como antijurídico.

Finalmente, pero no menos importante, el caso relativo a la manipulación de explosivos por parte de un empleado público. Resulta ilustrativa la STS de 1 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2358), que ratifica la sentencia de la instancia anterior donde se reconoce el derecho a la indemnización por las lesiones sufridas por un artificiero, guardia civil, durante unas clases prácticas de desactivación de explosivos.

La Sala considera que determinar si existe o no esa responsabilidad dependerá de la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, si ésta última es o no imputable al funcionario o servidor público. Así, razona la Sala que si existe un funcionamiento normal del servicio público en cuyo ámbito se produce el daño por quien ha asumido voluntariamente el riesgo, éste tiene el deber jurídico de soportarlo con lo que faltaría el requisito de antijuridicidad, y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial. Por el contrario, en el supuesto de funcionamiento anormal del servicio público cabe distinguir los casos en que la deficiencia o anormalidad es consecuencia de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño y faltaría el nexo causal, o el supuesto en que el funcionario ninguna participación hubiese tenido en el resultado producido, en cuyo caso ha de ser resarcido del perjuicio sufrido por el mismo⁴.

Puede concluirse de este razonamiento, por tanto, que si no existe ninguna participación por parte del funcionario o servidor público perjudicado en el

⁴ Este mismo planteamiento es utilizado en la STS de 16 de enero de 2008 (RJ 2008, 902) si bien en este supuesto no reconoce el derecho a la indemnización del funcionario pues: “ha de partirse de la normalidad de la actuación administrativa, constituyendo un riesgo derivado de la propia profesión del recurrente el que se deriva de la manipulación del aparato que, desde luego y por su conexión eléctrica, obligaba a no realizarlo con las manos húmedas, circunstancia ésta que resulta acreditada en las actuaciones y que hace que quiebre el principio de antijuridicidad del daño que en la presente situación no resulta imputable a la Administración, ya que para no entenderlo así el recurrente debió de haber acreditado un funcionamiento anormal del material que manejaba como elemento único causante del perjuicio junto con una correcta manipulación del mismo, habiéndose apreciado por el Tribunal de instancia que ni una ni otra circunstancia concurrían en el presente caso, de donde resulta la falta de responsabilidad de la Administración, bien por ausencia del elemento de la antijuridicidad del daño o bien por falta del nexo causal roto por la propia conducta del recurrente que, al manipular indebidamente el aparato conectado con la toma de corriente eléctrica, ha de ser considerada como única causante del perjuicio sufrido por el recurrente”.

resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación⁵.

Queda claro en vista de las sentencias mencionadas que los tribunales son favorables a conceder la indemnización por los daños sufridos en el desarrollo de sus labores a los empleados públicos cuando el perjuicio padecido es consecuencia de un riesgo no asumido voluntariamente por parte del trabajador, es decir, riesgos que exceden el riesgo standard de su profesión. Este es el caso del personal sanitario en su lucha frente al Covid-19, pues si bien asumen con valentía la posibilidad de contraer la enfermedad, lo que no están obligados a asumir es el desarrollo de su profesión sin los medios de protección adecuados. Así ha sucedido en el caso de la pandemia. La tardía respuesta de la Administración y la desprotección con que tuvieron que trabajar por falta de los equipos de protección adecuados entiendo será determinante para la admisión de las demandas contra la Admisión por falta de diligencia en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con el principio de precaución.

4. La huelga de los controladores aéreos de 2010. Referencia a la fuerza mayor

Este trabajo estaría incompleto si no se analizara entre los precedentes que sirven de base al mismo la huelga de controladores aéreos, que en 2010 obligó al gobierno a declarar el Estado de alarma y a cerrar el espacio aéreo español. El estudio de este asunto supone la referencia inexcusable a la fuerza mayor como causa de exclusión de la responsabilidad, en este caso de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

La SAN de 10 de julio de 2013 (RJCA 2013, 273304), resolvió la reclamación presentada por Iberia contra AENA, solicitando una indemnización por importe de 304.385,69 euros por los daños ocasionados a consecuencia del cierre del espacio aéreo español, motivado por el abandono masivo de sus puestos de trabajo por parte de los controladores aéreos los días 3, 4, 5 y posteriores del mes de diciembre de 2010. La Sala efectúa la siguiente reflexión, para concluir denegando la responsabilidad patrimonial de la Administración. Considera que se trata de "una situación absolutamente excepcional, grave, imprevisible e inevitable, generada de manera premeditada y voluntaria por los controladores aéreos, con la clara finalidad de colapsar el tráfico aéreo, haciéndolo inviable en las exigibles condiciones de seguridad, y obligando a AENA a adoptar medidas urgentes y excepcionales que no podían ser otras que el cierre de las posiciones de control, desatendidas por la mayor parte de los controladores que tenían que prestar servicio en ellas, con el consiguiente cierre del espacio aéreo. Constituyendo para AENA tal situación un supuesto de fuerza mayor, tal como se razona en la

⁵ Vid. JIMÉNEZ MORIANO, O. "La responsabilidad patrimonial por contagio de COVID-19 entre el personal al servicio de las Administraciones Públicas: Sanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Ejército", *Actualidad jurídica SEPÍN*, Junio 2020. [Última vez accedido: 25-06-2020]

sentencia de instancia, cuyos razonamientos fueron acogidos por la Audiencia Nacional”⁶.

La segunda vez en nuestra democracia que se ha decretado el estado de alarma ha sido a causa de la pandemia mundial por Covid-19, la cual ha motivado una proliferación normativa sin precedentes.

Centrándome ya en el tema que interesa a los efectos de este estudio. Interesan dos cuestiones.

¿Son la pandemia y el estado de alarma decretado para tratar de combatirla un caso de fuerza mayor?. Sin duda alguna, la pandemia es un hecho imprevisible -relativamente por las noticias que llegaban de China-, pero inevitable. Es además un hecho surgido por causas ajenas al funcionamiento de los servicios públicos. Encaja por tanto en la figura de la fuerza mayor.

La casuística que puede presentarse es, no obstante, muy variada y la respuesta no es fácil. No todas las contingencias derivadas de la pandemia quedarán amparadas por la fuerza mayor. Por ello considero de interés las reflexiones del profesor CARRASCO PERERA⁷, críticas con el abuso del concepto de fuerza mayor en estos momentos de crisis sanitaria. Pone de relieve que puede hablarse de una fuerza mayor propia en el caso de Covid-19 como virus dañino para la salud o la vida (por ejemplo un autónomo que no puede desarrollar su prestación por haber contraído la enfermedad. Estaríamos ante un supuesto de fuerza mayor propia. La propia enfermedad es la fuerza mayor, no el virus en sí mismo, señala). Distinto es el caso de la imposibilidad de desarrollar la prestación por las prohibiciones legales impuestas para frenar la pandemia (cierre de locales de hostelería, por ejemplo). En este supuesto la imposibilidad de cumplimiento proviene de esas disposiciones, no del virus (estaríamos ante una fuerza mayor impropia). También constituirán, según el profesor CARRASCO PERERA, fuerza mayor impropia las consecuencias derivadas de la tremenda crisis económica generada por la pandemia.

Hechas estas precisiones cabe preguntar ¿Dejará la Administración de responder, como sucedió en el caso de AENA, por los daños derivados de la pandemia con base en la consideración de esta como fuerza mayor? Desde mi punto de vista no, la Administración va a responder por los daños derivados de la pandemia, si bien no por la pandemia en sí misma sino por las consecuencias derivadas de las distintas disposiciones adoptadas para hacerle frente⁸. Comparto la opinión de MEDIAVILLA CABO pues “una cosa es la causa de la declaración del estado de alarma

⁶ Se pronuncian en idéntico sentido las SSAN de 15 de abril de 2013 (RJCA 2013\299) y de 7 de marzo de 2014 (RJCA 2014\442).

⁷ De gran interés a estos efectos resulta el trabajo de CARRASCO PERERA.A. “Permítame que le cuente la verdad sobre Covid-19 y la fuerza mayor”. Publicaciones jurídicas CESCO. Disponible en: [http://centrodesestudiosdeconsumo.com/images/Permítame que le cuente la verdad sobre el Covid-19 y la fuerzamayor.pdf](http://centrodesestudiosdeconsumo.com/images/Permítame%20que%20le%20cuente%20la%20verdad%20sobre%20el%20Covid-19%20y%20la%20fuerzamayor.pdf). (Última vez accedido 27-09-2020).

⁸En este sentido, en palabras de GONZÁLEZ CARRASCO, la pandemia, que es un hecho y no una actuación, ha de calificarse de fuerza mayor. Sin embargo, no cabe decirse lo mismo de las posibles soluciones adoptadas para minimizar el riesgo frente a la misma. La fuerza mayor se predica de hechos no de actuaciones en “Contagios masivos y fallecimientos...” op.cit p. 8.

constituida por la pandemia, y otra muy diferente la concreta asistencia sanitaria prestada durante la existencia de aquella y el conjunto de órdenes, actos administrativos e instrucciones, que en cada momento se adoptan por las Administraciones competentes para tratar de luchar contra la pandemia”⁹.

Siendo así, los perjudicados por las medidas (por su retraso o insuficiencia) para frenar el virus podrán alegar que dichos daños no se hubieran producido o hubieran sido menores si hubiera habido mayor previsión y anticipación por parte de la Administración (el Gobierno, que asumió el mando único durante el estado de alarma). Los daños podrán ser indemnizables si la omisión o deficiencia de dichas medidas puede considerarse infracción de la diligencia exigible y del principio de precaución, sin necesidad del recurso a la fuerza mayor.

5. Reflexiones finales

No existe duda, desde mi humilde punto de vista, de que la responsabilidad patrimonial de la Administración va a ser exigida por muchos de los afectados por el Covid-19 en una gran variedad de supuestos, y en una abrumadora cantidad de reclamaciones.

Dentro de esta amplia casuística, no todas las reclamaciones van a tener el final feliz deseado por el perjudicado. Este será el caso de la reclamación de daños derivados por el sacrificio especial nacido de la adopción de **medidas de carácter expropiatorio** como son, por ejemplo, la clausura de bares y discotecas. Considero que en estos casos los tribunales, en la línea del precedente de la clausura de la peluquería por posibilidad de contagio del Ébola, se van a decantar por denegar la responsabilidad patrimonial de la Administración por **la preeminencia de la necesidad de proteger la salud pública**. Estoy de acuerdo con la postura adoptada por las sentencias analizadas. Entiendo que la clausura está justificada pues ha resultado ser clave, como se ha demostrado, para frenar el contagio del coronavirus. Es decir, en caso de tener que efectuarse una ponderación de derechos, sin olvidar la importancia de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la balanza se inclinará normalmente hacia el derecho colectivo de la salud pública. Recordemos también, como dije con anterioridad, que en este caso los daños causados no proceden directamente de la pandemia, sino de las medidas legales acordadas para frenarla.

Con el fin de hacer frente a las reclamaciones la Administración cuenta con la protección que le otorga la doctrina de los **riesgos de progreso (o de desarrollo)**, recogida en el artículo 34. 1. LRJSP. Se invocará con toda seguridad por la Administración para eludir su responsabilidad. Podría resultar de aplicación por la imposibilidad de saber con carácter previo el devenir de acontecimientos y gravedad de la situación en el caso del Covid-19, tal como sucedió en su momento con el Ébola y la gripe A. Determinante resultará, a efectos de que prospere la reclamación demostrar que la Administración tenía conocimiento de los efectos e

⁹ MEDIAVILLA CABO, J.V. “Consideraciones sobre la responsabilidad de la administración pública sanitaria tras la crisis derivada del COVID-19”, Revista de Derecho VLex, núm 191, 2020. [Última vez accedido: 15-09-2020]

impacto del virus en el momento en que se produjo el daño¹⁰. No obstante, a ella corresponderá la prueba de la ruptura del nexo causal a causa de la concurrencia de riesgos de desarrollo.

La indemnización también procederá cuando se trate de daños sufridos en la salud de los particulares, bien por **retrasos en el diagnóstico y tratamiento** del Covid-19, bien por el retraso de otras pruebas intervenciones importantes programadas, originado por el colapso de los hospitales. En este tipo de casos considero que los tribunales van a optar, como he anticipado, por la aplicación de la teoría de la **pérdida de oportunidad**. Así, la concesión de indemnizaciones será posible, si bien, no por la totalidad del perjuicio sufrido, sino sólo en atención a esa pérdida de expectativas de curación. Esta posición ya se adoptó, como hemos visto, en el precedente de la gripe A. Además, cabría esperar que exista una tendencia a invertir la carga de la prueba por la facilidad de acceso a los medios de prueba por parte de la Administración, como ya se viene haciendo en otros supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria.

También soy optimista en cuanto a la concesión de indemnizaciones en los casos de **contagios, e incluso fallecimientos, de personal sanitario**. Es cierto que estos trabajadores, al igual que sucede con miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad, bomberos, etc, conocen que en el desarrollo de su profesión van a tener que hacer frente a una serie de riesgos, que asumen con valor. No se puede mantener, sin embargo, que los casos de contagio de Covid-19 por parte del personal sanitario hayan sido un riesgo inherente al desarrollo de su profesión. Como muestra la jurisprudencia en el caso de la contaminación con sustancias cancerígenas por parte de una auxiliar, se trata de un riesgo fuera del círculo de riesgo exigible. Una cosa es que en condiciones de seguridad y protección puedan tener una cierta probabilidad de contagio más elevada que un ciudadano de a pie, y otra cosa es el hacer frente a una enfermedad contagiosa en situaciones dramáticas de total precariedad y desabastecimiento absoluto de equipos de protección como las que se han vivido en los hospitales y centros de salud. Estoy totalmente de acuerdo con JIMENEZ MORIANO cuando sostiene que el funcionamiento del servicio público ha sido absolutamente deficiente por lo precario de las condiciones en que estos profesionales han tenido que desempeñar sus funciones. Y no se trata de condiciones ambientales de peligro, estrés o masificación de hospitales o residencias geriátricas, sino a la carencia más elemental de medios para prestar ese trabajo en las debidas condiciones de seguridad.

La ausencia de medios protectores ha sido el desencadenante de contagios que en muchos supuestos han desembocado en la muerte y en otros muy superiores en número han originado lesiones con un importante daño moral indemnizable¹¹. Cabría decir que con el Covid-19 no ha existido una deficiencia en el funcionamiento del sistema sanitario, sino que es el propio sistema en su conjunto el que ha fallado a los sanitarios.

¹⁰ Cuestión no sencilla, aunque puede seguirse la pista y conseguir información mediante la consulta de las notas de prensa del Ministerio de Sanidad (<http://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do>)

¹¹ JIMÉNEZ MORIANO, O. "La responsabilidad patrimonial por contagio..." op.cit

Finalmente, la Administración para hacer frente a este tipo de reclamaciones, se escudará, sin duda alguna, en la **fuerza mayor como causa de exclusión de la responsabilidad**. En mi opinión, la fuerza mayor servirá para eximir de responsabilidad a la Administración cuando se trate de daños derivados de la adopción de medidas expropiatorias adoptadas para salvaguardar la salud de la población en su conjunto, según se ha visto. No para exonerarla de dicha responsabilidad por los daños derivados de la deficiencia en la previsión y organización de las medidas adecuadas. En este caso no hay fuerza mayor sino incumplimiento del principio de precaución y falta de diligencia en el desarrollo de sus funciones, que, desde luego, habrán de conllevar la indemnización correspondiente.